

REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año I- Quito, Miércoles 4 de Agosto del 2010 - Nº 250



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

Año I -- Quito, Miércoles 4 de Agosto del 2010 -- N° 250

EC. MARCO QUINTEROS VELASCO
DIRECTOR ENCARGADO

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto - Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 400 + IVA -- Impreso en Editora Nacional
1.200 ejemplares -- 64 páginas -- Valor US\$ 2.50 + IVA

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
CORTE CONSTITUCIONAL para el Período de Transición			
SENTENCIAS:			
007-10-SIN-CC Niégase la demanda de acción pública de inconstitucionalidad por la forma del acto normativo contenido en el inciso tercero del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, publicado en el Registro Oficial N° 16 del 12 de mayo del 2005	2	borazo, en relación a la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, publicado en el Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo del 2009	31
008-10-SIN-CC Niégase la acción pública de inconstitucionalidad presentada por el accionante, en contra de ciertas palabras o frases contenidas en la Ordenanza Especial N° 008 del Distrito Metropolitano de Quito, que aprueba la Red Vial Básica de la Zona Nororiental del Distrito, publicada en el Registro Oficial N° 338 del 21 de agosto del 2006	14	015-10-SEE-CC Declárase la procedencia formal y material del Decreto Ejecutivo N° 389, Estado de Excepción emitido el 17 de junio del 2010, en la Zona Especial 1 de La Josefina de la provincial del Azuay	37
013-10-SCN-CC Deséchase la consulta de constitucionalidad planteada por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Chim-		030-10-SEP-CC Acéptase la acción extraordinaria de protección propuesta por el doctor José Fernando Rosero González, en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha	44
		031-10-SEP-CC Acéptase la acción extraordinaria de protección planteada por María Rosario Llanga Llanga y otros y por lo tanto declárase sin efecto la sentencia dictada dentro del recurso de casación, por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia	52

	Págs.
032-10-SEP-CC Niégase la acción extraordinaria de protección propuesta por la abogada Gliset Plaza Molina, Subsecretaria General Jurídica del Ministerio de Finanzas	60

Quito, D. M., 15 de julio del 2010

Sentencia N.º 007-10-SIN-CC

CASO N.º 0006-08-IN

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
para el período de transición:**

Juez Constitucional Ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

El Doctor Efraín Mariano Borrero Espinoza, abogado en libre ejercicio profesional, mediante acción pública de inconstitucionalidad presentada el 29 de diciembre del 2008, solicitó a la Corte Constitucional, para el período de transición, declarar “*la inconstitucionalidad tanto de forma como de fondo del inciso tercero del Art. 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial No. 16 de 12 de mayo del 2005*” por considerar que dicha norma viola expresas disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador. En tal virtud, se procede conforme lo establecido en el artículo 436, numeral 2 de la Constitución, y artículos 26 y 27 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición.

La Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento, certificó que con anterioridad no se ha presentado otra acción pública de inconstitucionalidad similar. Por otro lado, la Sala de Admisión, conformada por el Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (e), Dra. Ruth Seni Pinoargote y Dra. Nina Pacari Vega, Juezas Constitucionales, mediante Auto del 29 de enero del 2009, resuelven admitir la demanda de acción pública de inconstitucionalidad propuesta por el Dr. Efraín Mariano Borrero Espinoza a través de la causa signada con el N.º 0006-08-IN.

El 10 de febrero del 2009 se realizó el sorteo correspondiente, tal como lo establecen los artículos 8 y 9 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las

Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, consecuencia de lo cual se radicó el caso en la Primera Sala de Sustanciación de la Corte Constitucional, para el período de transición, designándose como Juez Constitucional Sustanciador al Dr. Patricio Pazmiño Freire.

Igualmente, se procedió a efectuar la notificación de rigor de avoco de conocimiento y de contestación a la demanda, tanto al legitimado activo (Dr. Efraín Mariano Borrero Espinoza) como a los pasivos (Arq. Fernando Cordero Cueva, Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, y Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado).

De acuerdo al artículo 27 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, se procedió a publicar un extracto de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad en el Suplemento del Registro Oficial N.º 531 del día miércoles 18 de febrero del 2009, con la finalidad de que cualquier ciudadano se pronuncie respecto a la aparente inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público.

Detalle de la demanda

Acto normativo impugnado

El accionante, a través de la presente acción, demanda a la Corte Constitucional, para el período de transición, la inconstitucionalidad por el fondo y por la forma del siguiente acto normativo de carácter general: Artículo 133 inciso tercero de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial N.º 16 del 12 de mayo del 2005, cuyo texto reza: “*Los jubilados en general y los que reciben pensiones de retiro, solo podrán reingresar al sector público siempre que sus pensiones mensuales no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América*”

Normas constitucionales que el demandante considera violadas

El accionante estima que el inciso tercero del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público, viola los siguientes artículos de la Constitución: 3, numeral 1; 10; 11, numeral 2; 33; 34; 37, numeral 2; 38, numeral 2; 61, numeral 7; 66, numerales 2 y 17; 284, numeral 6; 325; 326, numeral 1; 340, inciso 2; 341; 424; 425; 426 y 427. Por otro lado, manifiesta que dicha norma viola también los artículos 7 y 23, numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Argumentos del demandante que sustentan la inconstitucionalidad

En lo principal, el accionante manifiesta que el inciso tercero del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del

Sector Público, es contrario con la Constitución y los Derechos Humanos, ya que “*viola groseramente los derechos humanos, igualdad de todas las personas, al trabajo y la no discriminación (...)*”. Respalda su posición argumentando que en la actualidad existen muchísimos jubilados de temprana edad, a quienes se les estaría impidiendo ejercer el derecho al trabajo y se estaría estimulando “*el anquilosamiento a técnicos y profesionales que tienen la energía para seguir produciendo para el desarrollo del Ecuador (...)*”. Así también, manifiesta que el monto de quinientos dólares de los Estados Unidos de América no responde a la realidad socio económica del país, habida cuenta de los niveles de inflación y el costo de la canasta familiar. Finalmente, considera que la norma acusada es atentatoria al principio de igualdad y no discriminación.

Argumentos de los ciudadanos coadyuvantes

El día 9 de marzo del 2009, el ciudadano Gonzalo Enrique Castro Espinosa, abogado en libre ejercicio profesional, libre y voluntariamente expresa su total conformidad con la demanda planteada, argumentando que “*existe una discriminación odiosa contra los jubilados del Ecuador al marginarlos de los derechos al trabajo, a la igualdad de las personas ante la ley y a la no discriminación, y prohibirles la participación ciudadana (...)*”. Se argumenta además, que la norma acusada viola el derecho de participación ciudadana de los jubilados, quienes no podrían ejercer ninguna dignidad y consecuentemente no podrían ser elegidos, en virtud del artículo 229 de la Constitución.

Pretensión concreta

Con los antecedentes y fundamentos señalados, se solicita a la Corte Constitucional, para el período de transición, que en sentencia se declare la inconstitucionalidad por el fondo y por la forma del inciso tercero del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial N.º 16 del 12 de mayo del 2005, por considerar que dicha norma viola varios derechos constitucionales señalados *supra*.

Contestación a la demanda

Pronunciamiento del Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización

El día 19 de febrero del 2009, el Arq. Fernando Cordero Cueva, en su calidad de Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional, y como tal su representante legal, judicial y extrajudicial¹, contesta la demanda de acción pública de inconstitucionalidad respecto al inciso tercero del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial N.º 16 del 12 de mayo del 2005, afirmando que la demanda es insustentable en Derecho, además de improcedente, por lo siguiente:

Respecto al principio de igualdad ante la ley, se menciona que el ex Tribunal Constitucional, en varias resoluciones, ha señalado que la igualdad equivale a impedir o no permitir

discriminación o distinción arbitraria dentro de un mismo *tertium comparationis* que sirve para estimar factores de igualdad o desigualdad. En este orden de ideas, se dice que hay discriminación cuando hay una diferencia entre situaciones similares, y se respalda tal pronunciamiento a través de un comentario efectuado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina².

En cuanto al derecho al trabajo, se dice que no se ha conculcado tal derecho, pues la limitación o el impedimento de reingreso de jubilados que superen los quinientos dólares mensuales de pensión es solo al sector público; el pensionista público puede trabajar en el sector privado. Se plantea una interrogante ¿por qué no dar oportunidad a la población en general a ocupar un cargo público? Se menciona que se estaría privilegiando a personas de un sector de la población, que ya fueron empleados o funcionarios públicos y son pensionistas del Estado.

Por otro lado, se alega aplicación del principio preconstitucional de la ley y de correspondencia y armonía.

Pronunciamiento del Procurador General del Estado

El día 2 de marzo del 2009, el Doctor Néstor Arboleda Terán, en su calidad de Director Nacional de Patrocinio y, por tanto, delegado del Procurador General del Estado³, contesta la demanda de acción pública de inconstitucionalidad respecto al inciso tercero del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial N.º 16 del 12 de mayo del 2005, afirmando que la acción planteada carece de sustento legal, por lo siguiente:

Respecto a la discriminación en la que incurriría la norma acusada, se dice que el principio de igualdad y no discriminación no puede ser analizado de una forma general, porque existen particularidades en las cuales se radican diferencias entre uno y otro individuo, que harían pensar que el tratamiento no es igualitario, cuando no es esa la realidad. Se reitera diciendo que este principio opera cuando las personas se encuentran en idénticas condiciones. La norma advierte que la condición de los jubilados y pensionistas a quienes se les aplicaría la disposición impugnada, no es la misma que la de todos los ecuatorianos, porque claramente habla de un “**reingreso al sector público**” (las negrillas pertenecen al texto original) lo que

¹ De conformidad con el Mandato Constituyente No.- 23, aprobado el 25 de octubre del 2008, se designó al Asambleísta Fernando Cordero Cueva, como: Presidente de la Comisión de Legislativa y de Fiscalización. Nombrado mediante Resolución expedida el 27 de octubre del 2009, conforme consta a fojas 51 del proceso.

² El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto a la discriminación ha dicho que “la noción de discriminación implica tanto el manejo diferente de situaciones similares como el manejo idéntico de situaciones diferentes (...)”.

³ De conformidad con los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

significa que ya fue parte de éste y que la norma refiere a quienes salieron del sector público. En tal virtud, se sostiene que mal podría alegarse que la disposición analizada contraría el artículo 61, numeral 7 de la Constitución que prevé que los ecuatorianos tienen derecho a desempeñar empleos y funciones públicas, porque el inciso 3 del artículo 133 de la LOSCCA es aplicable a aquellas personas que ya ejercieron ese derecho de desempeñar empleos y funciones públicas.

Respecto a la violación de los artículos 33, 34, 37 numeral 2, y 38 de la Constitución, se menciona que no existe tal violación, pues el Estado no puede ser considerado como el único empleador del país, porque el sector productivo del país está conformado por entes públicos y privados. Así también, se establece que el desempeño de un empleo público o función pública no va de la mano con el derecho a una vida digna, porque de lo contrario, se entendería que únicamente cuatrocientos sesenta y ocho mil personas que forman parte del sector público vivirían en condiciones dignas.

Determinación de los problemas jurídicos que se resolverán

Previo a efectuar el examen de constitucionalidad de la norma acusada, la Corte Constitucional, para el período de transición, delimita el contenido de la demanda que contiene la acción pública de inconstitucionalidad de acuerdo a los siguientes tópicos: (1) sentido y alcance del control de constitucionalidad por el fondo y la forma; (2) ¿qué se entiende por jubilación y pensiones de retiro y reintegro al sector público?; (3) el principio de igualdad y no discriminación en relación al inciso tercero del artículo 133; (4) dimensión del derecho al trabajo en la esfera pública y privada; y, (5) costo de la vida *versus* pensión mensual fijada en quinientos dólares de los Estados Unidos de América como límite para el *reingreso al sector público*.

II. PARTE MOTIVA

Competencia

Conforme lo previsto en el artículo 436, inciso 2 de la Constitución de la República del Ecuador, del artículo 27 del Régimen de Transición⁴ y la Resolución de interpretación constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008, en concordancia con las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, publicadas en el Registro Oficial N.º 446 del 13 de noviembre del 2008, la Corte Constitucional es competente para verificar la constitucionalidad del siguiente acto normativo: tercer inciso del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial N.º 16 del 12 de mayo del 2005, conforme la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Dr. Efraín Mariano Borrero Espinoza.

Precisiones referenciales para un mejor entendimiento y evitar la repetición constante de frases, se indica lo siguiente: Corte Constitucional, para el período de transición (en adelante “la Corte”); Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la

Corte Constitucional para el período de transición (en adelante “las Reglas de Procedimiento”); demanda de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público (en adelante “acto normativo impugnado”); Dr. Efraín Mariano Borrero Espinoza (en adelante “el actor”); Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador (en adelante “la Asamblea”) y Procurador General del Estado (“el Procurador”).

Consideraciones de la Corte

En razón de los problemas jurídicos planteados y sobre los cuales, la Corte pasará a reflexionar en el marco del estricto apego a la supremacía de la Constitución, garantizando la protección de los derechos en juego y respetando los límites impuestos por la democracia representativa⁵, la Corte formula las siguientes reflexiones en función de los argumentos expuestos por las partes, en aras de alcanzar una decisión correcta y bien fundamentada⁶.

Sentido y alcance del control de constitucionalidad por el fondo y la forma

El actor demanda la inconstitucionalidad de fondo y forma del acto normativo impugnado. En líneas generales, por control de constitucionalidad se entiende aquella competencia que tiene la Corte para establecer si una determinada ley es compatible o no con la Constitución. Siendo además: “[una] garantía efectiva de los derechos fundamentales [que] exige por tanto un control constitucional sobre la legislación que los configura (...)”⁷. En el caso *sub judice* se solicita a la Corte que determine si el acto normativo impugnado, que configura o articula la prohibición de reintegro al sector público de los jubilados y

⁴ Publicados en Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre del 2008.

⁵ La consabida tensión derechos – democracia ha sido claramente desarrollada por uno de los mejores juristas norteamericanos, Ronald Dworkin, quien sostiene que el control de constitucionalidad posibilita alcanzar una verdadera democracia, concebida no en un sentido estadístico como el gobierno de la mitad más uno, sino en un sentido comunitario. Véase, Dworkin, Ronald: *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pág. 7.

⁶ Una argumentación correcta y una decisión bien fundamentada en el control de constitucionalidad de las leyes, es aquella que respeta los criterios de racionalidad. Así, Carlos Bernal Pulido sostiene que “(...) una decisión y una motivación serán tanto más racionales cuanto más satisfagan los criterios de racionalidad”. Para una mayor referencia Véase, Bernal Pulido, Carlos: *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 65. Y los criterios de racionalidad no son más que ideales que orientan el trabajo de la Corte para llegar en todos los casos a una decisión correcta (Vg. claridad y consistencia conceptual, consistencia normativa, respeto de las cargas de la argumentación).

⁷ Op. Cit., *El Derecho de los Derechos*, pág. 29.

pensionistas del Estado que perciban por concepto de jubilación una renta superior a los quinientos dólares de los Estados Unidos de América, es o no compatible con la Constitución; es decir, la Corte pasa a efectuar un control abstracto de constitucionalidad⁸ de tal acto normativo⁹.

Tal control puede adoptar dos análisis en esencia: uno de fondo y otro de forma. Cuando la Corte efectúa un control de constitucionalidad de fondo, pasa revista a cuestiones sustanciales o materiales; es decir, analiza el acto normativo impugnado en función de posibles regulaciones contrarias a los derechos plasmados en la Constitución. Por el contrario, cuando la Corte efectúa un control de constitucionalidad de forma, examina si el acto normativo impugnado adolece de vicios de procedimiento en su proceso de formación conforme lo determina el texto constitucional. Este control únicamente permite establecer que la ley no ha sido creada en virtud del procedimiento legislativo establecido en la Constitución¹⁰.

Corresponde a la Corte examinar la aparente inconstitucionalidad de fondo del acto normativo impugnado, más no de forma. Esto se hace en razón de que el actor se limita en el libelo de la demanda a fundamentar la aparente inconstitucionalidad del acto normativo impugnado en relación, o si se quiere en función de principios constitucionales que no versan sobre aspectos de procedimiento de formación de las leyes. Resulta oportuno señalar que este tipo de acción, impone al actor "(...) *la carga mínima de demostración argumentativa del cargo de inconstitucionalidad que propone ante la Corte*"¹¹, sin que ello signifique apartarse del carácter informal que caracteriza a todas las acciones que se proponen ante esta Corte. Por lo tanto, al no haberse demostrado que la norma acusada adolezca de vicios de forma, se declara la constitucionalidad de la misma, sin que ello implique la imposibilidad de pronunciarse respecto a la supuesta inconstitucionalidad de fondo.

El control de constitucionalidad de fondo que efectúa la Corte a continuación será en función de los siguientes principios constitucionales, alegados por el actor: Artículos: 3 numeral 1 (deber del Estado a garantizar los derechos sin discriminación); 10 (titularidad de derechos constitucionales); 11, numeral 2 (igualdad en derechos y prohibición de discriminación); 33 (derecho al trabajo); 34 (derecho a la seguridad social); 37, numeral 2 (derecho de las personas adultas mayores al trabajo remunerado); 38, numeral 2 (deber del Estado de ejecutar políticas públicas de protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica); 61, numeral 7 (derecho de desempeñar empleo y funciones públicas con base en méritos y capacidades); 66, numerales: 2 (derecho a una vida digna) y 17 (derecho a la libertad de trabajo); 284, numeral 6 (el pleno empleo y respeto de los derechos laborales); 325 (derecho al trabajo); 326, numeral 1 (eliminación del subempleo y desempleo); 340, inciso 2 (inclusión y equidad social); 341 (protección integral a todos los habitantes del Estado); 424 (jerarquía de la Constitución); 425 (jerarquía de las leyes); 426 (aplicación y cumplimiento inmediato de la Constitución); 427 (interpretación constitucional); 7 y 23, numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Análisis sustancial del acto normativo impugnado. ¿Qué se entiende por jubilación y pensiones de retiro y reingreso al sector público?

El artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial N.º 16 del 12 de mayo del 2005, trata sobre el beneficio por jubilación de los funcionarios y servidores que integran el sector público¹². El actor demanda la inconstitucionalidad respecto al inciso tercero (*ut supra*).

⁸ Al respecto, esta Corte en su Sentencia No. 0003-08-IN ha dicho que "(...) *el control abstracto de constitucionalidad es una actividad relacionada con la revisión, verificación o comprobación de las normas jurídicas, que se encuentran dentro de un marco de referencia. Esta referencia es la Constitución, en la cual consta como uno de sus principios el control de actos normativos (Art. 436.2.3), tanto de actos de aplicación (436.4).*

⁹ Al respecto, esta Corte en su Sentencia No. 0003-08-IN ha dicho que "[e]n un estudio detenido sobre la palabra, **actos normativos**, (contenido en el artículo 436.2 Constitución referente al control abstracto de constitucionalidad) incluye el término "Ley", ya que es comúnmente usado para referirse a fenómenos normativos, es así, que en general se usa para los fenómenos normativos el término "Ley", en, Guastini Ricardo, *Estudio de Teoría Constitucional* p.106.

Del mismo modo cabe precisar que el Guastini, M Atienza y Ruiz Moreno, coinciden en que un acto normativo, tiene como antecedente un procedimiento productor de normas, cuyo consecuente son las normas resultantes de interpretaciones (actos normativos). De otro lado la Función Legislativa es la que crea actos normativos (leyes) de carácter general y abstracto.

¹⁰ El proceso de formación y aprobación de las leyes se rige en virtud de lo dispuesto en el capítulo II, Sección tercera de la Constitución.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena: *Sentencia C-115/06*, 22 de febrero del 2006. En igual sentido, la *Sentencia C-1299-05* de la Corte Constitucional colombiana ha reafirmado el deber que le asiste a todo demandante de una acción pública de inconstitucionalidad de una carga mínima, entendiéndose por esta como "(...) *una confrontación objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, por lo que no es dable resolver sobre la exequibilidad o inexequibilidad de una norma a partir de argumentos "vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales que no se relacionan de manera concreta y directa con las disposiciones que se acusan (...)*"

¹² Según el artículo 225 de la Constitución "[e]l sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos". Así también, la Constitución determina quienes son servidoras o servidores públicos en su artículo 229: "[s]erán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público (...)"

Este inciso, en líneas generales, trata sobre la **prohibición de reingreso al sector público** de todos aquellos **jubilados en general** y los que reciban **pensiones de retiro** cuyas pensiones mensuales superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América (la negrilla nos pertenece).

Esta Corte puntualiza que la norma acusada se refiere exclusivamente a jubilados y pensionistas que pertenecieron al sector público; es decir, la norma no se refiere a jubilados y pensionistas en general (sector público y privado), sino más bien a todos aquellos jubilados y pensionistas que desean reingresar al sector público, en otras palabras, son todos aquellos jubilados y pensionistas que fueron servidores públicos y que dejaron de serlo por acogerse al *derecho a la jubilación*¹³, pero que desean nuevamente reintegrarse al sector público. En este orden de ideas, de acuerdo al artículo 9, literal **g** de la Ley de Seguridad Social, “[e]s jubilado toda persona que ha cumplido los requisitos de tiempo de imposiciones y edad de retiro, o padece una lesión permanente, física o mental, total o parcial, y percibe una pensión regular del Estado o del Seguro Social, o una renta vitalicia de una compañía aseguradora, por condición de vejez o invalidez”. Etimológicamente, la palabra jubilación viene del latín *iubilatio* que hace referencia a la acción y efecto de jubilar o jubilarse. Así, una persona se jubila cuando reúne los requisitos señalados en la ley y pasa a una situación pasiva (inactividad laboral). Esta inactividad laboral implica una pérdida de ingresos para la persona, lo cual es subsanado a través del beneficio de la jubilación que, por lo general, consiste en una renta mensual vitalicia.

Como bien lo señala el actor en su demanda (fojas 27): “la jubilación es un sistema de prestaciones basado en una modalidad contributiva, que se financia con las aportaciones efectuadas por los afiliados y los empleadores, sean públicos o privados (...)”; es decir, la jubilación es un derecho de naturaleza laboral que ampara tanto a los ecuatorianos que trabajaron en el sector público como privado. Por otro lado, las pensiones de retiro son el equivalente a la jubilación patronal para todas aquellas personas que prestaron su servicio en las Fuerzas Armadas¹⁴ y Policía Nacional¹⁵ y se los conoce como pensionistas. En este sentido, la Corte precisa que cuando se hable de jubilado, se estará haciendo alusión también al pensionista.

Efectuadas estas precisiones conceptuales, la Corte pasa inmediatamente a referirse a la denominación *reingreso al sector público* contenida en el acto normativo impugnado y, cuyo alcance es objeto de examen por parte de esta Corte. La Constitución, en su Título IV, Capítulo Séptimo “Administración Pública” trata sobre el manejo del sector público en lo que se refiere al ingreso, ascenso y la promoción, mas no del reingreso al mismo. Esta omisión de carácter constitucional y posterior regulación mediante ley, encuentra su razón de ser en virtud del principio democrático, según el cual, el legislador dispone de un muy amplio margen de apreciación para realizar los preceptos constitucionales. Esto no significa, sin embargo, que el legislador pueda obrar de manera caprichosa o arbitraria y pueda, en este orden de cosas, contrariar los preceptos constitucionales o desconocer los derechos constitucionales que se desprenden de la Constitución.

En tal virtud, la Corte estima pertinente pasar a examinar si la obra del Legislador, contenida en el inciso tercero del

acto normativo impugnado, vulnera los preceptos constitucionales señalados por el actor.

El principio de igualdad y no discriminación en relación al inciso tercero del artículo 133

Los derechos constitucionales señalados por el actor, y, expuestos por la Corte (ver *supra* 2.1) constituyen la base sobre la cual se examina la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la norma acusada. Tales derechos se refieren *estricto sensu* al principio de igualdad y no discriminación en relación al derecho al trabajo, seguridad social, vida digna y protección integral a todos los habitantes del Estado, principalmente. A fojas 27 del proceso, el actor sostiene que: “[e]l inciso tercero del Art. 133 transcrito viola groseramente los derechos humanos, igualdad de todas las personas, al trabajo y la no discriminación constantes en la actual Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos” y que se estaría limitando “(...) las posibilidades de trabajo de los jubilados (...)”.

Por el contrario, la Asamblea manifiesta que el acto normativo impugnado no es discriminatorio. Tal aseveración es respaldada con un criterio emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina acerca de la noción de discriminación, que “*implica tanto el manejo diferente de situaciones similares como el manejo idéntico de situaciones diferentes*”¹⁶. Así también, en similar línea argumentativa, se expresa que: “[e]l derecho al trabajo no se ha conculcado, pues la limitación o el impedimento de reingreso de jubilados que superen los quinientos dólares mensuales de pensión es solo al sector público, el pensionista público puede trabajar en el sector privado (...)”, y se puntualiza que a la inversa podría darse una posible discriminación, y se formula la interrogante: “¿[p]or qué no dar oportunidad a la población en general a ocupar un cargo público?” privilegiándose de esta manera a quienes ya fueron empleados públicos.

La Procuraduría, en similar razonamiento, expresa que “[e]l principio constitucional de la “igualdad” y “no discriminación” no puede ser analizado de una forma general, porque existen particularidades en las cuales se radican diferencias entre uno y otro individuo, que harían pensar que el tratamiento no es igualitario, cuando no es esa la realidad. Para que opere este principio, las personas

¹³ La persona se acoge a la jubilación ordinaria por vejez, por invalidez o por edad avanzada, conforme lo determina el artículo 184 de la Ley de Seguridad Social publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 465 del 30 de noviembre del 2001.

¹⁴ Para una mejor referencia, puede consultarse el Título Quinto, Capítulo Primero “Del Seguro de Retiro” de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

¹⁵ Para una mejor referencia, puede consultarse el Título Quinto, Capítulo Primero “Del Seguro de Retiro” de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional.

¹⁶ Consta a fojas 49 del proceso.

*deben encontrarse en idénticas condiciones, evidentemente, esta comparación supone un análisis de individuos que se encuentran en las mismas circunstancias*¹⁷.

Con los argumentos expuestos por las partes, la Corte estima pertinente delimitar el alcance de uno y otro principio y establecer los parámetros de su aplicación al caso en concreto. En primer lugar, resulta oportuno referirse al principio de igualdad, para inmediatamente estudiar el principio de no discriminación, y finalmente conectar ambos principios a los derechos constitucionales presuntamente vulnerados por el acto normativo impugnado.

El principio de igualdad jurídica

Los planteamientos dados por la Asamblea como por la Procuraduría respecto al principio de igualdad, requieren de un estudio pormenorizado. La clásica concepción del principio de igualdad se remonta a los orígenes del Estado moderno y es la tradición liberal que incorpora la denominación *igualdad jurídica*. Renombrados juristas sostienen efectivamente que “[l]a igualdad jurídica es precisamente esta igualdad en *droits* (...)”¹⁸ y que, por el contrario, “(...) la desigualdad jurídica (...) es una desigualdad en *droits* (...)”¹⁹. En este sentido, se entiende por igualdad jurídica el derecho de todos los seres humanos a la afirmación y a la tutela de todos los derechos catalogados como fundamentales: vida, libertad, integridad, políticos, sociales, culturales, entre otros. La igualdad jurídica no se refiere únicamente al tratamiento igual ante la ley (igualdad formal), sino al pleno goce y satisfacción de los derechos constitucionales (igualdad sustancial)²⁰. Por el contrario, la desigualdad jurídica es fruto de las múltiples discriminaciones “(...) con las que de hecho puede ser violada mediante lesiones fácticas (...) los derechos fundamentales”²¹. Ferrajoli insiste en establecer que las discriminaciones son las desigualdades antijurídicas, puesto que consisten en el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas.

La Constitución, en su artículo 66 numeral 4, determina el derecho de las personas a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Aquel tratamiento igual ante la ley (igualdad formal) no es otra cosa que el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos; es decir “(...) implica la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho”²². Bajo este razonamiento, entonces, ¿cómo se explica que el acto normativo impugnado rompa con este principio constitucional de igualdad formal? habida cuenta de la aparente disparidad que existe en cuanto a la aplicación de la norma, cuya inconstitucionalidad se demanda. Una lectura simple del acto normativo impugnado nos deja entrever una clara diferenciación que se hace entre aquellos jubilados que perciben una renta mensual inferior a quinientos dólares de los Estados Unidos de América, de entre quienes perciben una renta mensual superior a aquella cifra.

La Corte estima que el problema central está en establecer si aquella diferenciación hecha por el Legislador, es o no legítima. En otras palabras, si es o no posible romper con el tradicional criterio de igualdad formal para alcanzar una verdadera igualdad material a través de criterios de diferenciación²³, sin que ello equivalga a una desigualdad antijurídica. El criterio de diferenciación impuesto por el

Legislador versa sobre una situación o circunstancia similar: personas que trabajaron en el sector público y se han acogido al derecho a la jubilación (situación real) y que desearían reincorporarse o reingresar al sector público (situación previsible), y sobre quienes se impone un tratamiento diferenciado. No hacerlo, de lo contrario “(...) supondría regularlo todo de la misma manera, cuando los supuestos de hecho que se producen en la vida son tan distintos entre sí que no permiten medirlo todo con el mismo rasero”²⁴, y cuyo resultado al caso en concreto, sería establecer una prohibición absoluta para el reingreso al sector público de todas aquellas personas que ya se acogieron al derecho a la jubilación o, por el contrario, permitir que todos puedan hacerlo sin establecer prohibiciones de ningún tipo. La Corte estima pertinente buscar un justo medio. En el primer caso, hacerlo equivaldría a empeorar las cosas, pues la idea de equiparación y el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales quedarían en entredicho, y en el segundo, sería privilegiar a ciertos grupos (jubilados del sector público) en detrimento del derecho de las mayorías (población en general) que desean ingresar al sector público, pues dicho sector se vería saturado de funcionarios que de cierta forma ya tuvieron la posibilidad de lucrar de la actividad pública, marginando a quienes aún no lo han hecho. Así las cosas, válidamente puede esgrimirse que dicha diferenciación se traduce en *igualdad de oportunidades* a través de *acciones positivas*²⁵. En el caso

17 Escrito de la Procuraduría General del Estado presentado el día lunes 2 de marzo del 2009.

18 Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías La ley del más débil*, Madrid, Trotta, Quinta Edición, 2006, pág. 80.

19 Id., pág. 81.

20 Uno de los criterios más avanzados respecto al tratamiento de la igualdad jurídica es la que nos trae el profesor italiano Ferrajoli, él establece con un criterio supremamente acertado que “(...) la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, es incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes” Id., pág. 82.

21 Id., pág. 83.

22 Pérez Luño, Antonio Enrique: *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, pág. 228.

23 Con suma claridad, el profesor Pérez Luño sostiene que “[a]unque pueda parecer paradójico, la igualdad ante la ley se traduce también, en ocasiones, en la exigencia de diferenciación, es decir, en el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones aparentemente semejantes, pero que requieren una reglamentación jurídica distinta (...)” Op. Cit., Pérez Luño, pág. 229.

24 Id., pág. 229

25 La doctrina en general, viene sosteniendo que “[e]n el plano político la igualdad material (...) debe traducirse en igualdad de oportunidades (...)” y que “(...) son perfectamente legítimas las acciones positivas, dirigidas a garantizar la igualdad real de los ciudadanos (...)” Id., pág. 229.

sub examine la igualdad de oportunidades se verifica en el instante mismo en que el acto normativo impugnado marca aquella diferenciación con dos objetivos primordiales: 1). Permitir el reingreso al sector público de todos aquellos jubilados que menor renta mensual perciban; y, 2). Permitir el ingreso al sector público de todas aquellas personas que desean y aún no lo hacen. A criterio de la Corte, ambas situaciones permiten equiparar a todos los ecuatorianos en el disfrute de condiciones económicas y sociales que impidan situaciones de dominio, a través de acciones positivas.

Bajo estos lineamientos, la Corte sostiene que el acto normativo impugnado no vulnera el artículo 11, numeral 2 de la Constitución, tanto más que de acuerdo al inciso segundo de dicha norma: “[e]l Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”, situación de desigualdad que recae sobre quienes menos jubilación perciben y sobre quienes aspiran a ingresar a laborar en el sector público y aún no lo han hecho.

Principio de no discriminación

Parecería ser que al momento en que el acto normativo impugnado brinda un trato diferenciado a una situación de igualdad (criterio de diferenciación señalado *ut supra*) se estaría provocando una aparente discriminación, y por tanto, la norma acusada sería incompatible con los artículos: 3, numeral 1 (deber del Estado a garantizar los derechos sin discriminación) y 11, numeral 2 (igualdad en derechos y prohibición de discriminación) de la Constitución.

Al respecto, esta Corte manifiesta que efectivamente aquel tratamiento diferenciado a situaciones semejantes podría equipararse a una violación al principio de no discriminación. Ahora, tal discriminación hay que analizarla en relación al caso concreto. Así, cuando aplicamos medidas que implican una ruptura del principio de igualdad de tratamiento de todas las personas y, por tanto, suponen una discriminación, habremos de analizar si en el caso concreto, esa discriminación perjudica o no, favorece o desfavorece. Si de tal análisis concluimos que tal discriminación favorece y no perjudica, entonces estamos frente a la denominada *discriminación positiva o inversa*²⁶. La Corte reitera que lo importante está en demostrar que aquella discriminación positiva establece ventajas para los grupos más desventajados. En este orden de ideas, la Corte considera que el acto normativo impugnado establece una discriminación de carácter positivo. ¿Por qué? La Corte reflexiona bajo el siguiente razonamiento en aras de buscar un justo equilibrio: Dicha discriminación favorece a los jubilados y pensionistas del sector público que menos renta perciben por concepto de jubilación. No es difícil advertir que quien menos remuneración percibió a lo largo de su vida laboral menos renta jubilar percibe; por lo tanto, lo que se busca con tal discriminación es alcanzar esa igualdad material, entendida como la posibilidad cierta de alcanzar una justa equiparación económica y social. Por otro lado, tal discriminación favorece al resto de población que aspira a ocupar un cargo en el sector público; población que ciertamente se puede encontrar en el desempleo. Hacer lo contrario, sería reducir las posibilidades de esta población a encontrar un trabajo que le permita vivir en condiciones dignas. Obviamente, este tipo de discriminación puede encontrar varios detractores, quienes se pueden sentir

perjudicados con tal medida. Tales personas o grupos no favorecidos podrían exigir la eliminación de aquellas ventajas o privilegios, en este caso, todos los jubilados y pensionistas que reciben una renta mensual superior a los quinientos dólares de los Estados Unidos de América. Retomando nuevamente las palabras del profesor Pérez Luño “(...) la discriminación inversa y positiva para determinadas minorías no puede traducirse en discriminación directa y negativa para las mayorías”²⁷. En el presente caso, entendemos por minorías los grupos más oprimidos o desaventajados *versus* las mayorías, como grupos dominantes y aventajados. A efectos de determinar si tales grupos aventajados han sufrido una discriminación directa y negativa, la Corte analiza si estas medidas suponen obstáculos para el pleno ejercicio de derechos constitucionales, para lo cual fundamentará su decisión en relación a si tales grupos de jubilados y pensionistas sobre quienes la prohibición de reingreso al sector público recae, han visto vulnerado su derecho al trabajo en su dimensión general.

Dimensión del derecho al trabajo en la esfera pública y privada

La Constitución, en sus artículos 33 y 325, trata sobre el derecho al trabajo. Se reconoce fundamentalmente que el trabajo es un derecho y un deber social y que el Estado garantizará a todas las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones, retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable libremente escogido y aceptado. Asimismo, el Estado reconoce todas las modalidades de trabajo. Estas modalidades implican tanto el trabajo bajo dependencia como el trabajo autónomo. El trabajo bajo dependencia es aquel que se lo ejecuta tanto en el sector público como en el privado, y se caracteriza particularmente por la relación entre empleador o patrono y empleado o trabajador.

La Corte reitera que este derecho es fundamental y constituye parte inseparable e inherente de la dignidad humana. El derecho además implica tener un trabajo digno y libremente escogido²⁸. Efectivamente, como bien lo señala la Procuraduría, en la contestación a la demanda, una vida digna, en este caso, un trabajo digno, no puede ir de la mano con el desempeño de una función pública. Lo contrario entonces sería afirmar que todas las personas que trabajan en el sector privado, no ostentan un trabajo digno, lo cual evidentemente es ajeno a la realidad y a cualquier criterio que pueda emitir esta Corte.

²⁶ Véase, Id., págs 230 y 231.

²⁷ Id., pág 231.

²⁸ De acuerdo a la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, un trabajo digno es aquel “(...) que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración (...)” y por trabajo libremente escogido aquel que parte de la “(...) libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica (...)”.

Por otro lado, esta Corte va más allá con el razonamiento, pues se podría aseverar que muchos de aquellos jubilados y pensionistas que no pueden reingresar al sector público, a quienes el Estado únicamente garantiza su derecho al trabajo en el sector privado, ya sea en relación de dependencia o como trabajadores autónomos, equivaldría a restringir el derecho de todo trabajador a elegir libremente su cargo, su puesto o su actividad laboral. En otras palabras, estarían ejecutando un trabajo forzado. En primer lugar, por trabajo forzado entendemos "(...) *todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente (...)*"²⁹; es decir, se requiere a fin de cuentas que exista coacción sobre el individuo. En el caso *sub judice* la Corte puntualiza que bajo ningún concepto se podría entender que la norma acusada impone al jubilado o al pensionista obligación alguna de ejecutar trabajos de naturaleza forzada. Más allá de cualquier razonamiento que se pueda hacer respecto a la afinidad, gusto o confort que pueda tener un jubilado o pensionista del sector público de reingresar a él, lo cierto es que la Administración Pública no es el único empleador y, peor aún, creer que únicamente con el ejercicio de un cargo público, la persona puede realizarse materialmente y alcanzar condiciones de vida digna. Tales jubilados tienen el derecho de ejercer plenamente el derecho al trabajo en cualquier otro sector que no sea el público, donde tienen eso sí, plena libertad para decidir dónde y qué hacer.

El actor sostiene que el Estado no estaría garantizando el derecho de las personas adultas mayores al trabajo remunerado, en función de sus capacidades. Nuevamente la Corte se plantea otro cuestionamiento ¿es acaso que el hecho de perpetuarse en un cargo público garantiza a los adultos mayores un trabajo remunerado? La respuesta ciertamente es que no. Además, el artículo 38 numeral 2 de la Constitución insta al Estado a tomar medidas "(...) *destinadas a fomentar la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia (...)*" (el subrayado nos pertenece) y no sólo y exclusivamente en el sector público. Esto nos da la pauta de que el espíritu de la norma constitucional es incentivar a que los adultos mayores, que en este caso, están jubilados o retirados, contribuyan con su experticia en el sector privado.

Asimismo, el actor manifiesta que se estaría violando el artículo 284, numeral 6 de la Constitución³⁰. Al respecto, esta Corte hace la siguiente precisión: el acto normativo impugnado, al momento en que se estableció el criterio de diferenciación *ut supra*, fomenta el pleno empleo de todos los ecuatorianos, dando ciertamente aquella posibilidad de que quienes no han trabajado en el sector público lo puedan hacer³¹. Por otro lado, se están valorando todas las formas de trabajo: sector público y sector privado, y no sólo se está garantizando y hasta privilegiando el trabajo en un determinado sector.

Costo de la vida versus pensión mensual fijada en quinientos dólares de los Estados Unidos de América como límite para el reingreso al sector público

El actor, en su demanda, formula la siguiente interrogante: "¿Cómo podemos concebir que se haya [sic] fijado una cantidad de quinientos dólares para limitar el acceso de los jubilados que superen esa cantidad a un empleo? y la

siguiente afirmación "[r]ealmente resulta inconcebible si tomamos en cuenta los niveles de inflación y el costo de la canasta familiar que supera esa cantidad".

Cuando la Corte establecía el criterio de diferenciación, estableciendo condiciones diferenciadas de trato frente a una situación similar: personas que trabajaron en el sector público y se han acogido al derecho a la jubilación (situación real) y que desearían reincorporarse o reingresar al sector público (situación previsible) se analizaba esencialmente la intención del legislador de equiparar la situación económica y social de los jubilados y pensionistas del sector público. Para equiparar se requiere obviamente establecer un máximo, un límite, que en el presente caso es de quinientos dólares de los Estados Unidos de América. Esta cifra debió ser necesariamente analizada en función del costo de la vida en el Ecuador. Se entendería pues, que los quinientos dólares fijados por el legislador son suficientes para cubrir las necesidades básicas y vitales de los ecuatorianos; quienes no perciban ese monto por concepto de jubilación, entonces se encuentran en un plano de desigualdad. Recordemos que lo que se combate son las desigualdades y lo que se tutela son las diferencias. Efectuadas estas reflexiones, corresponde a esta Corte examinar si dicho monto establecido en el acto normativo impugnado, responde o no a la realidad nacional.

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante "INEC") el costo de la canasta familiar básica a nivel nacional y proyectada al mes de julio del 2009 es de quinientos veintiún dólares con setenta y tres centavos (USD 521,73) y el costo de la canasta familiar vital a nivel nacional y proyectado al mes de julio del 2009 es de trescientos sesenta y ocho dólares con treinta y ocho centavos (USD 368,38)³². A efectos de resolver el problema jurídico planteado, habremos de retener el concepto de canasta familiar básica, que no es más que la canasta promedio de los hogares urbanos, que incluye todos los gastos que son relevantes para estos hogares, salvo cuando se trata de productos exclusivos del consumo de sólo un segmento de la población.

En este orden de ideas, es preciso examinar los índices de inflación³³. Según el reporte analítico del primer trimestre

²⁹ Convenio de la OIT sobre trabajo forzoso (N° 29), 1930, párrafo 1 del artículo 2; véase también el párrafo 2 del Convenio N° 105 de la OIT relativo a la abolición del trabajo forzoso, de 1957.

³⁰ Cuyo texto dispone: "La política económica tendrá los siguientes objetivos: 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales".

³¹ Así, de cierta forma se está impulsando la eliminación del desempleo y subempleo como lo señala el artículo 326 numeral 1 de la Constitución.

³² Ambas cifras han sido tomadas de la página web oficial del INEC en http://www.inec.gov.ec/web/guest/ecu_est/est_eco/ind_eco/ipc

³³ Se entiende por inflación "el aumento sostenido y generalizado del nivel de precios de bienes y servicios, medido frente a un poder adquisitivo" tomado de Wikipedia (La Enciclopedia Libre) en <http://es.wikipedia.org/wiki/Inflaci%C3%B3n>

del 2009, el INEC estableció que la inflación anual asciende al 3.85%, y la inflación, en lo que va del año, es de 2.79%³⁴. Así también, a través del Reporte de Inflación del 2009 efectuado por el INEC, vemos que el costo de la canasta básica se incrementa paulatinamente cada año, pues en el mes de marzo del 2007 estaba en cuatrocientos cincuenta y cuatro dólares con veintinueve centavos (USD 454,29); es decir, ha existido un incremento de sesenta y siete dólares con cuarenta y cuatro centavos (USD 67,44). La última codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de la Remuneraciones del Sector Público es del 12 de mayo del 2005. Si revisamos que para aquella época el costo de la canasta familiar básica estaba en cuatrocientos veinticinco dólares con treinta y ocho centavos (USD 425,38), entonces fácilmente podemos entrever que la decisión del legislador fue la correcta. Sin embargo, ahora las circunstancias son diferentes, pues un jubilado y pensionista cuya renta mensual ascienda a los quinientos dólares de los Estados Unidos de América no podría cubrir sus necesidades básicas y las de su familia, por lo tanto, estaría en un plano de desigualdad porque a dicho grupo humano también se le debería permitir el reingreso al sector público. Finalmente, al haber agotado el análisis de constitucionalidad, se procede mediante la siguiente:

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional para el período de Transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Negar la demanda de Acción Pública de Inconstitucionalidad por la *forma* del acto normativo contenido en el inciso tercero del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial N.º 16 del 12 de mayo del 2005.
2. Declarar la constitucionalidad de la norma acusada, disponiéndose que dentro del plazo y procedimiento parlamentario respectivo, la Asamblea Nacional, mediante acto normativo, establezca el mecanismo idóneo que permita actualizar y ajustar el monto fijado por la norma en “quinientos dólares de los Estados Unidos de América” en función de los índices de inflación vigentes y del costo de la canasta familiar básica.
3. Notificar con la presente Sentencia a la Asamblea Nacional para su cumplimiento.
4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (e).

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con seis votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Freddy Donoso Páramo y Edgar Zárate Zárate, voto concurrente del Dr. Hernando Morales Vinueza y voto salvado del Dr. Alfonso Luz Yunez; sin contar con la presencia del doctor Manuel Viteri Olvera, en sesión ordinaria del día jueves quince de julio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, a 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

CASO No. 006-08-IN

VOTO CONCURRENTE DEL DR. HERNANDO MORALES VINUEZA

Estando de acuerdo con el informe de mayoría, presentado por los Jueces Dr. Patricio Pazmiño Freire y Dra. Ruth Seni Pinoargote, consigno mi voto concurrente en los siguientes términos:

Me parece innecesario el análisis constante en el punto 2.5 del informe de mayoría ya que, si bien no se puede desconocer la realidad socio económica que afecta a los jubilados en general, debido al índice inflacionario que tiende a desmejorar las pensiones jubilares que perciben, por lo cual bien puede el Estado adoptar medidas o expedir normas que mejoren dicha pensiones; sin embargo, no es el monto de dicha pensión (\$ 500,00) materia de la presente impugnación sino la prohibición para reingresar al sector público a los jubilados cuya pensión jubilar supere ese valor, aspecto que, a criterio del accionante transgrede el derecho a la igualdad y a la no discriminación, contenidos en la Carta Suprema de la República.

Es necesario tener presente que el derecho a la igualdad no puede entenderse como dar un trato igualitario absoluto a todas las personas, sin atender las diferencias que entre iguales puedan surgir, ya que si bien la norma jurídica impugnada prohíbe que los jubilados que laboraron en el sector público puedan reingresar al mismo cuando su pensión jubilar supere los \$ 500,00, esta prohibición toma en cuenta las diferencias generadas con relación a aquellos jubilados que tienen pensiones inferiores a la señalada, pues lo contrario implicaría favorecer a quienes, percibiendo una pensión jubilar superior a \$ 500,00, obtengan un nuevo cargo público, acentuando las diferencias en cuanto a ingresos, lo que sí constituiría una gran injusticia que favorece a unos en detrimento de los otros.

³⁴ Para mayor referencia puede consultarse en http://www.inec.gov.ec/web/guest/ecu_est/est_eco/ind_eco/ipc

No se puede desconocer tampoco la experiencia que puedan tener los ex servidores públicos, lo que sin duda constituye un aporte valioso en el aparato estatal; sin embargo, es necesario tener en cuenta que si el trabajo constituye un derecho que debe ser garantizado por el Estado, tal garantía no debe favorecer solamente a los jubilados, quienes ya ejercieron este derecho al ocupar puestos burocráticos, y por su condición de jubilados (muchos de ellos personas de la tercera edad que forman parte de los grupos de atención prioritaria) gozan actualmente de una pensión jubilar, que al menos les permitirá satisfacer sus más apremiantes necesidades.

La prohibición para que los jubilados que tengan una pensión de más de \$ 500,00 puedan reingresar al servicio público bien puede entenderse como una discriminación positiva, instituida a favor de quienes perciban pensiones inferiores a dicho valor o se encuentren sin empleo, pues si puede parecer injusto limitar el monto de la pensión jubilar que perciben los jubilados en \$ 500,00 para que puedan reingresar al sector público, mucho más injusto sería que, para favorecer a los que reciben pensiones superiores, se atente contra el derecho de las nuevas generaciones, que forman parte de la población económicamente activa y se encuentran en estado de desempleo a pesar de su preparación académica, la vitalidad propia de su juventud y el deseo de contribuir con su trabajo, no solo a la correcta y eficiente prestación de servicios en la administración pública, sino además como un medio de satisfacer las necesidades propias y las de sus familias.

Permitir el reingreso a la administración pública de quienes, una vez cumplido su ciclo laboral, se encuentran jubilados y en tal virtud reciben una pensión jubilar superior a los \$ 500,00, implica un evidente trato discriminatorio contra las nuevas generaciones que bien pueden acceder al servicio civil de acuerdo al perfil y las necesidades de la administración pública, en un mundo cambiante y cada día más exigente.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **Administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador**, la Corte Constitucional para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA:

- 1.- Desechar la demanda de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de la norma contenida en el inciso tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, deducida por el Dr. Efraín Mariano Borrero Espinoza; y,
 - 2.- Notificar y publicar la presente Sentencia en el Registro Oficial.
- f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Juez Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, a 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

VOTO SALVADO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DR. MSC. ALFONSO LUZ YUNES, DENTRO DEL CASO No. 0006-08-IN

Me aparto del informe de mayoría en la parte relacionada con la solicitud de inconstitucionalidad por el fondo del inciso tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, con las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- El legitimado activo en la petición de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa argumenta que existe tal inconstitucionalidad porque el fondo del mismo está en contradicción con derechos primordiales del Estado, como los que establecen el numeral 1 del artículo 3, y con relación a los derechos humanos, derecho a la no discriminación, igualdad de las personas y el derecho del que tratan las siguientes normas: artículo 10, numerales 1 y 2 del artículo 11, artículo 33, numeral 2 del artículo 37, numeral 2 del artículo 38, numeral 7 del artículo 61, numerales 2 y 17 del artículo 66, numeral 6 del artículo 284, artículo 325, numeral 1 del artículo 326, inciso segundo del artículo 340, artículos 341, 424, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República del 2008, y los artículos 7 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

SEGUNDA.- La parte de la norma que es objeto de la pretensión del actor de la demanda es, como se ha venido mencionando, el inciso tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, cuya codificación fue realizada por la Comisión de Legislación y Codificación del entonces Congreso Nacional el 26 de abril del año 2005, publicada en el Registro Oficial N.º 16 del 12 de mayo del 2005, disposición referida a la jubilación de los servidores públicos, y que en su inciso tercero textualmente dice: *“Los jubilados en general y los que reciban pensión de retiro, sólo podrán reingresar al sector público siempre que sus pensiones mensuales no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América”*. En definitiva, con esta norma se prohíbe a los ciudadanos del país que hubieran obtenido una jubilación o pensión de retiro que no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América mensuales, a reingresar al servicio civil ecuatoriano como servidores públicos. Debe entenderse que cuando en la redacción de la disposición el legislador utilizó el término “reingreso”, se está refiriendo única y exclusivamente a los “jubilados en general” del sector público, y no a los que la hubieren obtenido como obreros y empleados del sector privado, bajo el criterio de la interpretación de la norma en su integridad, puesto que el inciso primero de dicho artículo 133 se refiere a los funcionarios y servidores de las entidades y organismos mencionados en el artículo 101 de la misma Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que se fueren a acoger al beneficio de la jubilación, a quienes además se le otorgará el beneficio remunerativo que allí se determina.

TERCERA.- Extrayendo los términos expuestos por el actor de la acción, en forma concisa, puede concluirse que los aspectos materia de inconstitucionalidad de la norma

impugnada están relacionados con el quebrantamiento de los derechos humanos, los derechos a no ser discriminados, a la igualdad de las personas ante la ley y al trabajo. Sin duda, varias de las disposiciones constitucionales invocadas por el demandante para la fundamentación de la acción, tienen una relación cercana entre sí, de donde deviene que al tratar cada uno de los derechos constitucionales que se afirman vulnerados con el fondo de la disposición materia de inconstitucionalidad, se tratarán en conjunto en lo que sigue del examen.

CUARTA.- De entre las definiciones que proporciona la Ley de Seguridad Social en su artículo 9, se encuentra la que describe el literal *g*, que dice: *“Es jubilado toda persona que ha cumplido los requisitos de tiempo de imposiciones, edad de retiro o padece una lesión permanente, física o mental, total o parcial, y recibe una pensión regular del Estado o del Seguro Social, o una renta vitalicia de una compañía aseguradora, por condición de vejez o invalidez”*. Es procedente traer al debate esta norma, porque este caso se trata justamente de un problema relacionado con funcionarios y servidores públicos que hubieran llegado al estado de jubilación. La disposición que antecede es concordante con la norma del artículo 369 de la Constitución de la República del 2008, cuyo inciso primero dice: *“El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad...”*, derecho que ha estado consagrado en Constituciones anteriores.

Al amparo de estas disposiciones, quienes hubieren cumplido con los requisitos que establece la Ley de Seguridad Social, tienen derecho a la jubilación, derecho que lo acompaña hasta la muerte. Esta misma ley determina los parámetros sobre los cuales debe calcularse el monto de la pensión de jubilación, el que está relacionado mucho más concretamente con el contenido de la norma impugnada. Ciertamente el cálculo del monto de la pensión de jubilación tiene como esencia cálculos matemáticos elaborados por técnicos; pero uno de los factores que se conjuga para establecer su monto es el relacionado con la remuneración y otros ingresos de los trabajadores, servidores o asegurados en general. Mas, en lo referente a este particular, necesariamente hay que convocar a la discusión, en lo fundamental, el sistema remunerativo que existió en el país, y la circunstancia política económica de haber abandonado la unidad monetaria sucre, para ingresar a un proceso de dolarización. Para nadie es desconocido que antes del año 2000 el régimen de sueldos y salarios en el país era un caos, y no cabe en este espacio hacer un comentario del porqué, puesto que ello significaría entrar al examen del sistema en que se desenvuelve la vida política, económica y social del país, campo vedado para el juzgador. Sin embargo, vale recordar que debido a la pésima política remunerativa, los trabajadores y servidores aportaban al IESS sólo sobre un porcentaje mínimo de sus ingresos, práctica que condujo al hecho cierto y lamentable de que las pensiones de jubilación fueran de hambre, miserables. El abandono de la unidad monetaria que tenía el Ecuador para ingresar a la dolarización de la economía, de manera general, fue un golpe duro para la economía de los ecuatorianos, en especial para los trabajadores y servidores públicos, quienes pasaron a percibir salarios y sueldos que no alcanzaban para cubrir las más elementales necesidades; mucho peor les fue a los jubilados que pasaron a percibir pensiones de apenas

unos cuantos dólares. Dentro de este panorama, resulta mucho más penosa la situación de los servidores públicos, ya que si a los trabajadores se les unificó los sueldos y salarios, tratando de ordenar el caos remunerativo, con los otros se siguió la misma política remunerativa, hasta la expedición de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. Dentro de este escenario nada halagador para los trabajadores y servidores, es que a éstos se les fija el monto de su pensión de jubilación, una vez que cumplan los requisitos que determina la Ley de Seguridad Social para que proceda la misma. Como lógica consecuencia de lo antes expresado, ha de concluirse que el monto de las pensiones de jubilación, cualquiera que sea éste, dentro del techo que impone el IESS, son pensiones que no alcanzan para satisfacer las más elementales necesidades de los jubilados. No sólo esto conspira contra los jubilados y contra los trabajadores y servidores en general, sino también el sistema económico del país. Sin entrar a mayor examen sobre este particular, porque puede conducir a abordar tópicos políticos, se presta para que, aún con el dólar como unidad monetaria, las pensiones reduzcan su poder adquisitivo por el incremento de precios de bienes y servicios y por la generación de más necesidades que el desarrollo de la ciencia y tecnología traen consigo. Dentro de este mismo marco, conviene tener presente que según reglas del IESS, la edad mínima para obtener la jubilación es de 60 años. Si bien este requerimiento resulta bueno para los trabajadores y servidores, conviene considerarse también que, en una buena medida, el hombre a dicha edad está en posibilidad de producir física e intelectualmente. Expuestas estas consideraciones, cabe concluir en este plano que el jubilado vive apretado económicamente por el monto de su pensión, y que ello lo obliga a laborar para poder completar sus ingresos para la satisfacción de sus necesidades, estando apto para hacerlo física e intelectualmente.

QUINTA.- El artículo 326 de la Constitución elaborada por la Asamblea Constituyente en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí, determina los principios en los que se sustenta el derecho al trabajo, entre los que dispone: *“El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo”*. El impulso que debe dar el Estado a los aspectos que la norma menciona no está dirigido únicamente a los particulares en sus formas comunitarias, cooperativas, empresariales privados y otras, sino que comprende a las que el mismo Estado pueda desarrollar. Así, entonces, si el Estado garantiza el derecho al trabajo, tal garantía lleva implícito su reconocimiento, cuanto más que como quedó dicho, le corresponde impulsar el pleno empleo. Pero, ¿a quién debe garantizar este pleno empleo?. Sin duda alguna a toda la población económicamente activa. Si como se examinó en la consideración anterior, por las razones que allí se exponen, los jubilados están entre los pobladores que pueden desarrollar actividades físicas y/o intelectuales, significa que si una norma legal contradice tal garantía, lejos de cumplirse el principio que contiene el artículo 11 que dice: *“El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”*, se estaría en el caso de que el mismo Estado, a través de la Función Legislativa, se ubicaría en la disposición que establece que *“será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que*

disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. No cabe la más mínima duda de que el contenido del inciso tercero del artículo 133 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público contradice este principio, al disponer que los jubilados que perciban sueldos de hasta quinientos dólares no pueden reingresar a laborar en la administración pública, norma que claramente disminuye el derecho al trabajo de un sector de los ecuatorianos que puede considerarse dentro del campo de la población económicamente activa.

SEXTA.- En la misma línea del análisis, pero considerando otro aspecto del asunto que motiva la acción de inconstitucionalidad, el artículo 11 de la Constitución dice: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2.- Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.- Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, ... condición socio-económica, ... ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos”*. Y el inciso segundo de dicho numeral dispone que: *“El Estado adoptará medidas de acción normativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Todos los ecuatorianos son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”* Esta es una de las declaraciones más importantes que ha realizado el hombre y adquirió trascendencia universal con el movimiento revolucionario francés de 1789. El principio ha ido desarrollándose en la legislación nacional y extranjera, con señalamientos concretos de aspectos en donde es más común realizar discriminación violatoria del mismo. En el tema que es materia de examen, resultan por demás evidentes dos aspectos de la norma que son violatorios a la disposición constitucional transcrita. El primero está relacionado con la desigualdad que incorpora en la parte central la norma, esto es, negar a los jubilados el acceso al trabajo en alguna institución del Estado, por el sólo hecho de percibir una pensión jubilar superior a la cifra fijada en la disposición. En este plano debe resaltarse que se niega el derecho al trabajo por una condición socio-económica. En segundo lugar, corresponde al Estado garantizar la igualdad de oportunidades de las que gozan todos los ecuatorianos. En la especie, la norma impugnada, al realizar una discriminación por condición socio-económica, que la da el monto de la pensión, está menoscabando el derecho del sector de jubilados excluidos a tener oportunidades en las mismas condiciones que los demás ecuatorianos para ingresar como servidores de alguna institución pública. Tal es, pues, una discriminación totalmente injustificada, que rompe principios que están muy por encima de la consideración incorporada. No se puede justificar la evidente desigualdad del contenido de la norma con los criterios expuestos por el señor Presidente de la Comisión Legislativa y Fiscalización de que *“...hay discriminación cuando: hay una diferencia entre situaciones similares; la diferencia debe tener una justificación objetiva y razonable...”*. Los principios constitucionales, según la forma de su ejercicio, son *“...inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”*. En el caso propuesto, la situación similar está dada en el sentido de que la norma se refiere a los jubilados del Estado y la diferencia nace de un aspecto económico; es decir, que hay discriminación por este particular. Pero no sólo esto, si como se afirma que los derechos constitucionales son indivisibles,

resulta evidente que en cuanto al derecho al trabajo que tienen los ecuatorianos, dentro de éste, se está estableciendo una división: todos los ecuatorianos tienen derecho a ingresar a laborar en las instituciones públicas, menos los que ganan más de quinientos dólares mensuales. Más claro no puede ser el discrimen, esto es, que se parte el derecho. Ubicando el asunto en otro sentido, también existiría el quebrantamiento del derecho al trabajo, pues con la fórmula, los jubilados del sector público que ganen pensiones superiores a los quinientos dólares pueden laborar en el sector privado, pero no en el sector público. ¿Cuál la razón? El sólo hecho de haber logrado, probablemente, una “mejor pensión”, pero que en definitiva no le permite tener un nivel de vida digna para sí y su familia, es decir, que comprenda la satisfacción de necesidades como alimentación, vestuario, vivienda, educación de su descendencia y, en fin, de todas las que genera el avance técnico y científico de la humanidad.

SÉPTIMA.- Si bien no puede tenerse a todo jubilado como adultos mayores, sí es procedente considerarlos como mayores de 60 años, por ser ésta la edad que se exige para que proceda la jubilación. Sin embargo, cabe que se dé al sector de los jubilados el tratamiento de adultos mayores. El artículo 36 de la Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre del 2008 dice que: *“Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económico y protección contra la violencia”*; el artículo 37 ibidem dispone que: *“El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: “2.- El trabajo remunerado, en función de sus capacidades, para lo cual se tomará en cuenta sus limitaciones; ...7.- El acceso a una vivienda que asegure una vida digna”*. Y el artículo 38 en el que se dispone que el Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, adoptando medidas como *“Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. El Estado ejecutará políticas destinadas a fomentar la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia y desarrollará programas de capacitación laboral en función de su vocación y sus aspiraciones”*. Este es el marco de derechos constitucionales que tienen los adultos mayores. Conviene preguntar: la norma impugnada, ¿observa estos derechos? La respuesta definitiva es no. ¿Cuáles son las razones para tal afirmación?. El Estado, a través de sus funciones e instituciones, está obligado a dar a los adultos mayores atención prioritaria, en especial en los campos social y económico, a garantizarles trabajo remunerado y, entre otros, a establecer políticas públicas destinadas a fomentar su trabajo. Tomando sólo estos temas para el análisis, la norma, como ha quedado visto antes, contiene una discriminación con determinado grupo de jubilados que no habla bien de una sociedad con una Constitución que proclama un Estado de derechos y justicia, pues no es posible que mientras unos jubilados sí puedan optar por un cargo en la administración pública, otros no. La disposición conlleva una grave limitación para el mismo sector a acceder a una plaza de trabajo, por el sólo hecho de percibir una pensión que sobrepase los quinientos dólares mensuales; es decir, esta es una acción negativa del Estado, respecto al derecho al trabajo y contrario al principio o la obligación que tiene el Estado de fomentar el trabajo para los adultos mayores. Se sostiene como criterio para justificar la existencia de la norma cuestionada, que la

naturaleza de ella coincide, paradójicamente, con la política de dar oportunidad de trabajo a otras personas. Esta opinión no concuerda de manera alguna con la obligación que tiene el Estado de aplicar políticas públicas para crear y desarrollar nuevas fuentes de trabajo, porque no es quitándole o restringiéndole a unos para darle a otros que se cumple con las obligaciones del Estado y sus instituciones, cuanto más que no puede quitársele la oportunidad a un adulto mayor que merece atención prioritaria y de quien hay que aprovechar su experiencia, producto de la inversión que muchas veces hace el Estado en su preparación, para dársela a personas sin antecedente alguno en el manejo de la cosa pública.

OCTAVA.- Cabe en este espacio reproducir y comentar ligeramente el texto de algunas disposiciones de dos instrumentos internacionales, cuya esencia tiene íntima relación con la de los principios constitucionales que quedaron mencionados y de los cuales se realizó un esbozo. El artículo 2, numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en París, Francia, por la 183 Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, dice: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, ... o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica ... o cualquier otra condición”*. El artículo 7: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*, y el artículo 23, numeral 1: *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, por su lado, en cuanto al derecho al trabajo dice en su artículo 2, numeral 2: *“Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivo de raza, ... origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*; artículo 6, numeral 1 que: *“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”*; artículo 11, numeral 1: *“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido, vivienda adecuados y a una mejoría continua en las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho”*. Para efectos de este examen, basta la enunciación de estos principios que traen los convenios internacionales a los que el Ecuador se encuentra adherido. En ellos hay una total y absoluta coincidencia con los derechos que en el campo de igualdad y trabajo trae la Constitución de la República del año 2008. La norma del artículo 3 de este instrumento dispone que: *“Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”*; el artículo 11 de la misma Constitución dispone que: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de*

directa e inmediata aplicación...”. Así, entonces, los derechos consagrados a favor de todas las personas en los instrumentos internacionales referidos, son parte del ordenamiento jurídico del país y, como tales, deben ser acatados y cumplidos por todas las funciones, instituciones y organismos del Estado, sus autoridades y los ciudadanos; por tanto, su inobservancia en leyes elaboradas adolecen del vicio de inconstitucionalidad. Como se dijo en las referidas disposiciones, se trata del derecho a la igualdad ante la ley, a la prohibición de discriminar por cualquier condición, y el derecho de las personas a tener un trabajo que le permita obtener una remuneración, que a su vez sirva para lograr un nivel de vida adecuado para sí y su familia. En lo demás, lo expresado antes sobre las normas constitucionales relativas al trabajo y a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar, resulta aplicable a los derechos que en el mismo ámbito contienen las normas de los instrumentos internacionales mencionados.

Por estas consideraciones, me aparto del punto 2 de la sentencia, que a juicio de este juzgador debe decir:

2. Declarar la inconstitucionalidad, por el fondo, del tercer inciso del artículo 133 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial N.º 16 del 12 de mayo del 2005, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 436, parte final del numeral 2, esta declaratoria tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

f.) Dr. MSc. Alfonso Luz Yunes, Juez Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, a 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 15 de julio del 2010

Sentencia N.º 008-10-SIN-CC

CASO No. 0012-09-IN

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
para el período de transición:**

Jueza Constitucional: Dra. Nina Pacari Vega

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

La presente acción de inconstitucionalidad fue interpuesta ante la Corte Constitucional, para el período de transición, el 31 de marzo del 2009.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, a fojas 85 el Secretario General certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de sujeto, objeto y acción; en consecuencia, la solicitud no contraviene la norma citada. Sin embargo, se deja constancia para los fines pertinentes, que existe relación con la acción N.º 0025-08-TC, que contiene la demanda de inconstitucionalidad de acto normativo presentada por el señor Gonzalo Ruperto Vargas Alarcón.

En providencia del 12 de agosto del 2009 a las 18h05, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional avoca conocimiento de la causa No. 0012-09-IN y admite a trámite la acción, disponiendo que se proceda al sorteo correspondiente para la sustanciación de la misma, correspondiendo su conocimiento a la Segunda Sala de Sustanciación.

El 26 de agosto del 2009, se efectuó el sorteo correspondiente de conformidad con lo prescrito en los artículos: 436, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, 9 inciso segundo, y 10 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, según consta en el acta del sorteo que se encuentra a fs. 97 del expediente, en donde correspondió actuar como jueza sustanciadora a la Dra. Nina Pacari Vega.

Mediante auto del 26 de agosto del 2009 a las 16h50, la Segunda Sala avoca conocimiento de esta acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 27 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, disponiendo que se cite con el contenido de este auto, y copia de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad al Señor Alcalde y Procurador Síndico del Distrito Metropolitano de Quito, Ministro de Obras Públicas, Gobierno Provincial de Pichincha, y al Señor Procurador General del Estado, para que en el término de quince días emitan sus criterios sobre el contenido de la demanda, disponiendo además que se remita al Registro Oficial un extracto de la demanda para su publicación, a fin de que en el término de quince días, cualquier ciudadano emita su opinión a la Corte Constitucional.

De la Solicitud y sus argumentos

El legitimado activo, Gonzalo Ruperto Vargas Alarcón, propone acción de inconstitucionalidad demandando la inconstitucionalidad parcial por vicios de fondo de la Ordenanza Metropolitana Especial N.º 008, que aprueba la Red Vial Básica de la Zona Nororiental del Distrito Metropolitano de Quito, promulgada en el Registro Oficial N.º 338 del 21 de agosto del 2006, de conformidad con lo previsto en los artículos 86, numeral 1, 436, numeral 2, y 439 de la Constitución de la República, manifestando en lo principal:

Que el acto legislativo seccional, cuya inconstitucionalidad impugna, es el contenido en ciertas frases de la Ordenanza Metropolitana Especial N.º 008, mediante la cual se aprueba la Red Vial Básica de la Zona Nororiental del Distrito Metropolitano de Quito, promulgada en el Registro Oficial N.º 338 del 21 de agosto del 2006, expedido por el Concejo Metropolitano de Quito.

Impugna las frases e incisos inconstitucionales contenidos en los siguientes artículos:

1. Dentro del primer inciso del artículo 1, se demanda que se eliminen las palabras "cuatro" y "y Sur" que se resaltan en la siguiente transcripción:

"Art. 1.- Definición de rutas principales: La red vial principal de la zona nororiental del Distrito Metropolitano de Quito, se estructurará a partir de *cuatro* rutas: Norte, Zámiza, Vía Interoceánica optimizada y *Sur*, de acuerdo a la siguiente descripción y al trazado constante en el Mapa No. 1, que forma parte de esta ordenanza."

2. También se demanda la inconstitucionalidad del último inciso del mismo artículo uno:

"Ruta Sur: Su trazado sigue la ruta constante en los estudios realizados por el Consorcio ASTEC, F. ROMO y L&G para enlazar la Avda. Simón Bolívar con la Perimetral Metropolitana entre Pifo y Yaruquí, en el Intercambiador Alpachaca, tomando en cuenta la relación con la Vía Interoceánica, de acuerdo al Mapa No. 1, que forma parte de esta ordenanza."

3. En cuanto al artículo 2 de la Ordenanza, se demanda la inconstitucionalidad de su último inciso:

"Ruta Sur: 25 m. desde el eje de la vía".

4. Se demanda la inconstitucionalidad de la última frase dentro del segundo inciso del artículo 3 (se resalta en negrilla la frase objeto de demanda de inconstitucionalidad):

"Primera Prioridad: Optimización de la Vía Interoceánica e inicio simultáneo y desarrollo progresivo de la Ruta Sur".

5. Dentro de la primera disposición general, se demanda la inconstitucionalidad de la frase "y de la Ruta Sur" (en cursiva a continuación):

"Primera: Para los diseños definitivos de la optimización de la Vía Interoceánica y de la Ruta Sur, se considerarán los enlaces transversales Norte-Sur, que determinen los Planes Parciales de las zonas de Tumbaco y Nuevo Aeropuerto."

6. Esta demanda también se dirige contra la totalidad de la segunda disposición general de la Ordenanza N.º 008:

"Segunda: La Ruta Sur observará un diseño de vía de estructuración territorial zonal que contemple carriles de paso y servicio local, transporte público, carriles para ciclovía, aceras peatonales y tratamiento paisajístico y de protección ambiental. El retiro de construcción será determinado por los Planes Parciales de las zonas de Tumbaco y Nuevo Aeropuerto en concordancia con la asignación de usos".

7. Del mismo modo, se demanda la inconstitucionalidad de toda la cuarta disposición general:

"Cuarta: Los derechos de vía respetados en la Ruta Sur por las edificaciones, urbanizaciones y desarrollos

aprobados por la Municipalidad, se mantendrán y serán desarrollados como áreas de forestación y áreas verdes por la Municipalidad."

8. Finalmente, se demanda la inconstitucionalidad de todo el texto de la disposición transitoria primera:

"Primera: En las áreas comprendidas entre los 50 metros a cada lado del eje de la vía de la ruta Sur, no se concederán autorizaciones de desarrollo ni edificación hasta que los Planes Parciales de la zona Tumbaco y Nuevo Aeropuerto sean aprobados por el Concejo Metropolitano de Quito."

Expresa que a través de estas disposiciones se consagra una violación a múltiples normas constitucionales y de derechos que la Constitución consagra, afectando a decenas de miles de ciudadanos, de los cuales los demandantes son apenas un pequeño porcentaje, con lo que el Municipio, a través de la ordenanza impugnada, incumple y viola el deber constitucional consagrado en los artículos: 3, numeral 1, y 11 de la Constitución. Se pide la declaratoria de inconstitucionalidad de parte de los artículos arriba transcritos, sobre la base del fundamento jurídico de esta demanda.

Señala como antecedentes que el Estado ecuatoriano ha tenido en proyecto la construcción de un nuevo aeropuerto para la ciudad de Quito y el norte del país desde hace varias décadas. Dentro del proyecto de construcción de un nuevo aeropuerto para Quito, el entonces Ministerio de Obras Públicas (MOP) planteó la construcción de una autopista que conecte el nuevo aeropuerto con la ciudad como tal. Para la construcción de esta autopista, el Ministerio contrató un estudio preliminar a cargo de la compañía consultora Astec & Godoy. El objeto de esta consultoría era, en teoría, establecer el trazado más óptimo para la construcción de la autopista. Que mediante Acuerdo Ministerial N.º 039, publicado en el Registro Oficial N.º 879 del 20 de julio de 1979, el Ministerio de Obras Públicas resolvió construir la vía cerrada de alta velocidad. El proyecto que Astec & Godoy ofreció al MOP consistía en un mega-proyecto automovilístico, conformado por una autopista de gran velocidad, con 150 metros de ancho y seis carriles.

Que este proyecto inicial, realizado a fines de la década de los setenta, no contemplaba criterios técnicos y de entorno, que en estos tiempos son fundamentales a la hora de elaborar un proyecto vial, como son los criterios de: respeto al entorno de la comunidad, valoración del medio ambiente circundante al proyecto de obra, conexión de la obra con el desarrollo socio económico de la población a la que se pretende servir, etcétera. Que el proyecto de autopista de 1979 sólo tenía como enfoque la necesidad de un medio de conexión directo que una al nuevo aeropuerto con la ciudad capital. Expresa que cerca de treinta años después, esta forma de realizar estudios técnicos ha sido superada por la ciencia y la tecnología, que exigen una visión integral y global de los problemas de provisión de servicios, para evitar que la obra pública cause efectos secundarios que sean contraproducentes y más graves a las soluciones buscadas.

Que a pesar de la inconveniencia del proyecto presentado por la consultora, el MOP decidió, mediante el precitado Acuerdo Ministerial, disponer el derecho de vía sobre los sectores donde la mega autopista estaba planificada y, aún

más, se dispuso la prohibición de la enajenación de los inmuebles afectados por el trazado. Desde entonces, los moradores del Valle de Tumbaco, especialmente quienes se veían afectados por dicha prohibición de enajenación, iniciaron acciones ante las autoridades correspondientes y presentaron reclamos en sede administrativa, en razón de que la prohibición de enajenación no estaba fundamentada en una necesidad social, pues tanto la construcción del nuevo aeropuerto como la de su ruta de conexión con la ciudad eran proyectos sin avance de ningún tipo. Que la Dirección de Aviación Civil avanzó poco o nada en la construcción del nuevo aeropuerto de Quito durante todos esos años. A pesar de ello, durante más de quince años, los propietarios de los predios afectados vieron limitado su derecho de propiedad y su derecho a la seguridad jurídica, pues ni se les permitía ejercer completo dominio sobre sus bienes ni se iniciaba la construcción de ninguna obra pública relacionada con el nuevo aeropuerto.

Señala que el Tribunal Constitucional, mediante Resolución No. 0786-2004-RA señaló lo siguiente:

"DÉCIMO TERCERO.- Que, el mantenimiento indefinido de una limitación al dominio a través de una afectación total del inmueble (sin que el bien haya sido objeto de expropiación), afecta de forma ilegítima las facultades de goce de la cosa corporal materia de este amparo desde el año 1992 a la fecha, actuación que no se compadece con las normas constitucionales que consagran el derecho fundamental a la propiedad. En definitiva, la actuación municipal vulnera el derecho de propiedad de la representada del accionante, reconocido en el artículo 33 de la Constitución y en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;" (las negrillas no son del texto).

Que al cabo de años de esfuerzos para convencer a las distintas autoridades del MOP durante las distintas administraciones, los propietarios de los pequeños lotes y parcelas afectados por la prohibición establecida en 1979, lograron que se levanten las afectaciones al dominio de sus inmuebles. El MOP levantó las prohibiciones de enajenar sobre los inmuebles afectados mediante Acuerdo Ministerial N.º 037 publicado en el Registro Oficial N.º 492 del 27 de julio de 1994. Que en este mismo Acuerdo Ministerial N.º 037 se reconoce explícitamente que con el transcurso del tiempo, desde 1978 hasta ese entonces, el trazado propuesto de 20 kilómetros de longitud había devenido en técnica y económicamente inviable, debido al alto índice de asentamientos humanos con edificaciones y viviendas que han saturado las zonas aledañas al proyecto, incluso lesionando el derecho de vía; por ende, este desarrollo demográfico, verificado hasta 1994, hacía imposible que la vía proyectada sea una autopista de gran velocidad, como se planificó originalmente.

Es decir, el referido Acuerdo Ministerial reconoce que la construcción de la denominada Ruta Sur habría perdido toda ventaja con el cambio en las condiciones socio económicas del sector, pues no puede hacerse una vía rápida cerca de verdaderos barrios y urbanizaciones que se han establecido en este tiempo, mientras que entre las desventajas se incluye el alto costo que esta ruta representa para el Estado, considerando que la pretendida expropiación de tantas propiedades asentadas en el trazado proyectado originalmente, tendría un considerable costo económico

para el erario nacional, no sólo por la extensión de la ruta planificada, sino por el incremento en los valores nominales de los predios en cuestión; además del costo socio económico inherente a la privación de la propiedad de los inmuebles a pequeños propietarios que no podrían invertir el valor recibido por la expropiación en otro terreno tan propicio para la agricultura y el trabajo de campo lo que contraviene los artículos 276, numeral 4; 281, numeral 6; 284, numeral 3; 395, numeral 3; 396; 398; 409 y 415 de la Constitución. Que la inconveniencia de la vía trazada por la pretendida "consultora" Astec & Godoy también es considerada por el mencionado Acuerdo Ministerial No. 037 de 1994, donde expresamente se manifiesta que la Dirección de Aviación Civil había considerado la conveniencia de otra ruta, que era más corta (14 Km) y que, atravesando Llano Chico, unía directamente el norte de la ciudad con el terreno del proyecto de nuevo aeropuerto.

Expresa que estos antecedentes nos demuestran que el Ministerio de Obras Públicas estudió a fondo la propuesta Ruta Sur, estudiada en 1978, y determinó ya en 1994 la inconveniencia técnica y económica de insistir en este anticuado trazado.

Por otro lado, expresa que con el levantamiento de las prolongadas medidas de restricción a la propiedad de los predios por donde iba a pasar la vía Quito-Nuevo Aeropuerto, los propietarios de los inmuebles en cuestión ejercieron sus derechos de propiedad y, en general, procedieron a mejorar sus predios, realizar nuevas edificaciones, incrementaron sus cultivos e inversiones, y en ciertos casos transfirieron el dominio de algunos inmuebles. Que a partir de 1994 el crecimiento poblacional de Tumbaco se vuelve más intenso.

Que el 21 de Julio de 1995, el Consejo Provincial de Pichincha, al amparo de su competencia para regular la planificación y ejecución de obras viales internas en la provincia (de acuerdo con la Ley del Control de Caminos), volvió su atención al antiguo proyecto de autopista que el MOP había descartado años atrás. Con este propósito, la corporación provincial emitió una Resolución que reactivó y habilitó el proyecto de la mega autopista del Valle de Tumbaco, estableciendo una nueva prohibición de enajenar a los inmuebles del sector. Que el Prefecto de Pichincha de la época, Federico Pérez, recorrió los centros poblados de Tumbaco y Cumbayá en compañía de técnicos y representantes del Consejo Provincial, y como resultado de este recorrido, los consejeros y el Prefecto resolvieron, previo informe N.º 15-OP de los técnicos del Consejo Provincial, levantar esta nueva prohibición de enajenar. Que la resolución del H. Consejo Provincial de Pichincha que desecha el proyecto de mega autopista a través del Valle de Tumbaco fue aprobada en sesión ordinaria de fecha 27 de noviembre de 1995. Las consideraciones que fundamentaron esta decisión eran las siguientes: inconveniencia ambiental, ecológica y socio económica que revelaba el cruzar por una zona poblada, y de carácter agrícola nada menos que una autopista de seis carriles, destinada a conectar la ciudad con un aeropuerto que aún estaba en proyecto, sin iniciarse su construcción.

Que la inactividad de la Dirección de Aviación Civil motivó que los Municipios de Quito y de Guayaquil solicitaran al Gobierno Nacional la descentralización de las competencias para construir y administrar los aeropuertos de cada ciudad. En tal virtud, mediante Decreto Ejecutivo N.º 855 del 23 de

octubre del 2000, el Presidente de la República transfirió la competencia para administrar el Aeropuerto Mariscal Sucre y para llevar a cabo la construcción del Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito (en adelante, NAIQ) al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. Que el Municipio de Quito, para la realización de las actividades relativas a la construcción del NAIQ, decidió crear un ente de derecho privado para evitar recurrir a las normas de contratación pública aplicables. Así, fue constituida en octubre del 2000, la Corporación Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito, conocida como CORPAQ.

Que no fue el Municipio Metropolitano de Quito la entidad que pidió la elaboración de un estudio técnico para determinar la ubicación del NAIQ y el trazado de la potencial ruta de conexión, sino CORPAQ, sin seguir los pasos establecidos por la Ley de Contratación Pública y por la Ley de Consultoría, sino mediante su propia regulación interna. CORPAQ escogió a la firma consultora norteamericana The LPA Group Inc., para la elaboración de los estudios técnicos que antecederían a la construcción de la vía Quito-NAIQ. Dentro del estudio global de vías en los valles nor-orientales de Quito, al proyecto inicial del MOP se lo denominó "Ruta Sur", para diferenciarlo de otras rutas (Norte, Zámbez e Interoceánica).

Expresa que de acuerdo a la Ley de Consultoría, no es posible que una consultora contratada por una entidad de derecho público pueda "subcontratar" a una tercera compañía para que elabore la consultoría encomendada. Es de suponerse que la regulación interna de CORPAQ sí permite este tipo de subcontrataciones, pues la consultora The LPA Group Inc., contrató a varias firmas ecuatorianas para que hicieran su trabajo. El Informe presentado a la entidad privada CORPAQ por The LPA Group Inc., tiene la firma de responsabilidad de las siguientes compañías ecuatorianas asociadas a la consultora originalmente contratada: Fernando Romo Consultores Cía. Ltda., Drillsoil Cía. Ltda., y Urbana Consultores. Esto significa que uno de los autores del estudio entregado a CORPAQ es el Ing. Fernando Romo, quien ve afectada su imparcialidad en este caso.

Que la CORPAQ convoca a un nuevo concurso para el estudio de las observaciones presentadas al trabajo que se presentó como de autoría de The LPA Group "aunque fue realizado por Fernando Romo y otros". Se escogió como consultora para analizar las observaciones al proyecto inicial, nada menos que al Consorcio ASTEC-Fernando Romo Consultores-León & Godoy, como lo revela el Oficio N.º CAQ-2004-3164, emitido por CORPAQ el 24 de diciembre del 2004. Este consorcio incluye al propio Ing. Fernando Romo, uno de los coautores del proyecto inicialmente recibido por CORPAQ, a nombre de The LPA Group Inc.

Quien analiza las observaciones es la propia Astec & Godoy, aquella consultora que elaboró el estudio de 1979 para el MOP. Por ende, que el Concejo Metropolitano al haber tomado una decisión dentro de su órbita de acción pública sobre la base de un estudio "técnico" que no contrató la corporación municipal y que carece de credibilidad y de imparcialidad, vuelve a este acto normativo como violatorio de la Constitución en cuanto a los deberes del sector público como institución, y de los servidores y funcionarios públicos como tales y como ciudadanos.

Pretensión concreta

Con los fundamentos expuestos, y amparado en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 436, en concordancia con el artículo 28 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el legitimado activo solicita que se declare mediante sentencia la inconstitucionalidad por el fondo, única y exclusivamente, de las siguientes palabras y frases contenidas en la Ordenanza Metropolitana Especial N.º 008, que aprueba la Red Vial Básica de la Zona Nororiental del Distrito Metropolitano de Quito, promulgada en el Registro Oficial N.º 338 del 21 de agosto del 2006. En la especie:

En el artículo 1 de la Ordenanza Metropolitana Especial N.º 008, se pide la declaratoria de inconstitucionalidad de las palabras: "cuatro" "y Sur", así como del inciso final, que reza:

"Ruta Sur: Su trazado sigue la ruta constante en los estudios realizados por el Consorcio ASTEC, F. ROMO y L&G para enlazar la Avda. Simón Bolívar con la Perimetral Metropolitana entre Pifo y Yaruquí, en el Intercambiador Alpachaca, tomando en cuenta la relación con la Vía Interoceánica, de acuerdo al Mapa No. 1, que forma parte de esta ordenanza."

En el artículo 2 del acto legislativo seccional impugnado, se pide la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso final:

"Ruta Sur: 25 m. desde el eje de la vía".

En el artículo 3 de la Ordenanza Metropolitana Especial N.º 008, se pide la declaratoria de inconstitucionalidad de la frase:

"e inicio simultáneo y desarrollo progresivo de la Ruta Sur."

En la Disposición General Primera del mismo acto legislativo seccional, se pide la declaratoria de inconstitucionalidad de la frase:

"y de la Ruta Sur".

Todo el texto de la Disposición General Segunda de la mencionada Ordenanza Metropolitana:

"Segunda: La Ruta Sur observará un diseño de vía de estructuración territorial zonal que contemple carriles de paso y servicio local, transporte público, carriles para ciclovia, aceras peatonales y tratamiento paisajístico y de protección ambiental. El retiro de construcción será determinado por los Planes Parciales de las zonas de Tumbaco y Nuevo Aeropuerto en concordancia con la asignación de usos".

Se pide que se declare inconstitucional la Disposición General Cuarta de la Ordenanza Metropolitana N.º 008:

"Cuarta: Los derechos de vía respetados en la Ruta Sur por las edificaciones, urbanizaciones y desarrollos aprobados por la Municipalidad, se mantendrán y serán desarrollados como áreas de forestación y áreas verdes por la Municipalidad."

Y se pide que se declare inconstitucional la Primera Disposición Transitoria de dicha ordenanza:

"Primera: En las áreas comprendidas entre los 50 metros a cada lado del eje de la vía de la ruta Sur, no se concederán autorizaciones de desarrollo ni edificación hasta que los Planes Parciales de la zona Tumbaco y Nuevo Aeropuerto sean aprobados por el Concejo Metropolitano de Quito."

Identificación de las normas constitucionales que contienen los derechos supuestamente vulnerados

Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

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

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

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente

motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.

Art. 285.- La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.

Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.

3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.

4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

De la contestación y sus argumentos

A fs. 99 consta la razón de la notificación realizada por el Secretario de la Segunda Sala Constitucional al señor Alcalde y Procurador Síndico del Distrito Metropolitano de Quito, mediante boleta dejada en la casilla constitucional N.º 211 (fs. 101), al Ministro de Obras Públicas mediante oficio N.º 1013-2009-CC-II-S (fs. 102), al Prefecto Provincial de Pichincha mediante oficio N.º 1014-2009-CC-II-S (fs. 103), y al Procurador General del Estado mediante oficio N.º 1015-2009-CC-II-S (fs. 104) de fecha 31 de agosto del 2009 respectivamente.

Contestación de la Procuraduría General del Estado

El doctor Néstor Arboleda Terán, en su calidad de Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, en la acción pública de inconstitucionalidad N.º 0012-2009-IN, planteada por Gonzalo Ruperto Vargas Alarcón en contra de la ordenanza metropolitana especial

N.º 008, que aprueba la red vial básica de la zona nororiental del Distrito Metropolitano de Quito, publicada en el Registro Oficial N.º 338 del 21 de agosto del 2006, manifiesta en lo principal:

Que la demanda planteada no tiene lugar y debe ser rechazada por cuanto la ordenanza metropolitana guarda conformidad con el orden constitucional, puesto que el actor ha invocado principios y derechos constitucionales que en lugar de favorecer sus asertos, afirman la validez y constitucionalidad de la norma impugnada.

Lo que se está impugnando es un estudio de orden netamente técnico, contenido tanto en el mega proyecto automovilístico elaborado por ASTEC & Godoy, ofertado al MOP, como en el denominado Informe Final: Selección de la Vía de Acceso al Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito, contratado por la CORPAQ. En tal virtud, la acción no se ciñe a los presupuestos contemplados en el artículo 436, numeral 2 de la Constitución, en la medida en que las disposiciones de la ordenanza son el producto directo de los proyectos técnicos en cuestión.

Que en los derechos constitucionales, que según la demanda estarían siendo vulnerados, en esta habría impertinencia en su invocación, como por ejemplo, al citar el artículo 3, numeral 1 de la Constitución, que refiere a la educación, salud, alimentación, seguridad social, agua y que nada tiene que ver con una red vial básica para el Distrito Metropolitano de Quito.

Expresa el representante de la Procuraduría General del Estado, que la administración seccional ha procedido a emitir la ordenanza en razón de estudios técnicos serios, que reflejan la realidad de las diversas zonas metropolitanas, dentro de las cuales se halla contemplada la ruta sur, materia de inconformidad del recurrente. Su espíritu es el de propender a mejorar la calidad de vida de sus habitantes y brindar una solución técnica objetiva al problema de vialidad. Por tanto, la ordenanza metropolitana no contraría lo dispuesto en los artículos 276, numeral 4; 281, numeral 6; 284, numeral 3; 395, numeral 3; 396; 398; 409 y 415 de la Carta Magna.

Que la demanda ni siquiera cuestiona la eventual inconstitucionalidad de los proyectos técnicos, sino más bien su legalidad. Sin ninguna prueba, acusa que uno de ellos ha sido elaborado sin seguir los pasos establecidos en las Leyes de Contratación Pública y Consultoría y que en el evento no consentido de haber asidero, este hecho debería demandarse por la vía ordinaria correspondiente, ya que es totalmente ajeno al ejercicio de la acción constitucional.

El reconocimiento reiterado de que la ordenanza en ningún momento declara de utilidad pública ningún inmueble, demuestra que su carácter es preventivo y con proyección a elevar el nivel de vida de los habitantes de la denominada ruta sur. La preocupación y presunciones de que este cuerpo normativo servirían como antecedente y fundamento para posteriores declaratorias de utilidad pública para concretar el proyecto técnico de vialidad, denotan que el actor y quienes participan de su criterio miran tan solo su interés particular en detrimento del colectivo o social.

La defensa del interés particular por sobre el general se hace más ostensible aún cuando el actor cuestiona que el proyecto técnico prevé el cobro de un peaje elevado a nivel

de la nueva carretera que fortalecería el financiamiento y mantenimiento de la ruta sur. La oposición al peaje que se implementaría es un desconocimiento a este sistema legal que beneficia al mantenimiento de las vías y que ha dado excelentes resultados a nivel mundial.

Expresa que el accionante sería quien estaría contrariando lo previsto en el artículo 83, numeral 7 de la Constitución, más no la ordenanza impugnada.

Que el legitimado activo estructura su demanda en base a especulaciones que carecen de valor probatorio. Así, por ejemplo, manifiesta que el gobierno seccional tiene planificado un descuido sistemático de la vía Interoceánica cuando ya exista la ruta sur, con el objetivo de incentivar la utilización preferente de esta última. Por especulativa, la afirmación es inadmisibles.

Estigmatiza la figura jurídica de la concesión que, al amparo de la Constitución y la ley, es legítima y conveniente para los intereses del Estado, sin excepcionar su responsabilidad acerca de la calidad de la prestación de los servicios públicos.

Insinúa de modo injusto que las eventuales expropiaciones que el Estado efectuaría para la concreción del proyecto vial se harían al margen de la ley. Es obvio que de existir la necesidad de aplicar esa figura legal, la administración se ceñiría indefectiblemente a los parámetros dispuestos por el artículo 323 de la Carta Magna.

Expresa que la ordenanza no viola el derecho de igualdad ante la ley, puesto que establece condiciones en base a las características específicas de cada ruta. El principio de igualdad ha de entenderse en consideración de los presupuestos de cada circunstancia y realidad. Que la prohibición de construcción mayor en la ruta sur frente a las demás, obedece técnicamente a la necesidad y condiciones del proyecto. Se torna secundaria en la medida en que serían proporcionalmente mayores las indemnizaciones que recibirían los propietarios de los inmuebles declarados en utilidad pública.

Acerca de la priorización de una vía totalmente nueva al mismo nivel de la optimización de una existente, tiene sentido lógico, puesto que la idea fundamental es la de mejorar la vialidad a la finalización de la obra nueva.

La crítica en el sentido de que es incomprensible que el Municipio priorice la construcción de una vía cercana a la actual Interoceánica, obedece a un proyecto técnico debidamente elaborado y sustentado.

Que las resoluciones del Tribunal Constitucional referidas en la demanda han sido emitidas en base a la anterior Constitución Política de la República y, por tanto, no tienen aplicación dentro de un aspecto sujeto a las disposiciones de la actual Carta Fundamental.

Que el actor, sin contar con elementos probatorios, en una posición exagerada, pretende alarmar diciendo que el proyecto técnico en el que se fundamenta la ordenanza municipal conllevaría a la destrucción del ecosistema; que resultaría absurdo que en la actualidad un proyecto no tome en cuenta cuestiones ambientales; que el proyecto técnico así concebido no afecta en absoluto al ecosistema o

ambiente, por lo que resulta impertinente la invocación del artículo 398 de la Constitución.

Contradictoriamente con lo expresado por el demandante, la ordenanza metropolitana cita tanto fundamentos de hecho como de derecho. Imprime razones y consideraciones objetivas, estando, en consecuencia, debidamente fundamentada en los términos dispuestos por el artículo 76, numeral 7, literal *a* de la Constitución.

Que en síntesis, la acción pública de inconstitucionalidad propuesta no procede porque la ordenanza metropolitana especial N.º 008 se ciñe a la Constitución de la República del Ecuador, a la Ley Orgánica de Régimen Municipal y a la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito.

Contestación del Gobierno de la Provincia de Pichincha

El doctor César Sánchez Ramírez comparece mediante Procuración Judicial a nombre y en representación del Economista Gustavo Baroja, Prefecto Provincial de Pichincha, y Dr. Diego Castillo, Procurador Síndico. Que como muy bien se establece en la demanda, hace años el Consejo realizó actuaciones apegadas a la Ley de Régimen Provincial, tendientes a la construcción de obras viales en la provincia, habiendo, según manifiesta el actor, dejado sin efecto esta intención de construcción de una autopista que atravesase el valle de Tumbaco.

Que el 08 de noviembre del 2001 se dictó la Ley Orgánica de Régimen Municipal Publicada en el Registro Oficial N.º 280, misma que se encuentra codificada mediante Resolución expedida el 17 de octubre del 2005, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 159 del 05 diciembre del 2005. Esta ley y su posterior codificación establecían y establecen, de manera puntual, tanto la autonomía Municipal como, entre otras atribuciones, El Planeamiento Físico y Urbanístico de las Obras Públicas (Título III, Capítulo I, sección primera y segunda, parágrafos primero, segundo y tercero; y Título IV Capítulo Primero, Secciones primera y segunda, que se refieren a las funciones y a la potestad exclusiva y privativa del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito de controlar el uso del suelo y ejercer control sobre el mismo). Consecuentemente y conforme así lo determina esta Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, las entidades del Estado, ajenas a la Municipalidad, no pueden intervenir dentro de estas competencias, lo que impide al Consejo Provincial de Pichincha realizar consideraciones de orden técnico.

Que el Gobierno de la Provincia de Pichincha estima que "esta petición pretende frenar obras de interés público que todos los quiteños y pichinchanos queremos se ejecuten por seguridad y conveniencia socio económica, es así que el Art. 205 de la Codificación de la Ley Orgánica tantas veces citada, dispone textualmente: *'Los planes de Desarrollo Físico Cantonal y los planes Reguladores de desarrollo urbano, aprobados de conformidad con lo dispuesto en el Art. anterior, entrarán en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial. Por este hecho quedará establecido el interés público o social de las operaciones previstas en dichos planes'*, es decir, el interés público y social es indiscutible, debiéndose considerar además que los actos administrativos de autoridad pública gozan de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad".

Que el artículo 134 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dice: *"Excepto en lo Contencioso Tributario, toda persona natural o jurídica que se creyere perjudicada por una ordenanza, acuerdo o resolución de la Municipalidad, podrá elevar su reclamo al correspondiente Concejo, el cual obligatoriamente lo resolverá en el plazo máximo de quince días. De no ser resuelto dentro de este plazo o en caso de decisión desfavorable, podrá el interesado recurrir ante el Consejo Provincial respectivo, el cual despachará el recurso en el plazo de treinta días a partir de la presentación de la solicitud de apelación. Cuando la apelación se origine en la violación de preceptos Constitucionales, el que por ordenanzas o resoluciones de la municipalidad se creyere perjudicado, podrá acudir ante el Tribunal Constitucional, el que resolverá la reclamación dentro del término de treinta días de haberla recibido"*.

Que esta Ley de carácter orgánico establece un procedimiento obligatorio que toda persona debe realizar previamente (reclamo), y como consecuencia de la negativa de la Municipalidad como del H. Consejo Provincial, y si dicha negativa se refiere a la violación de preceptos constitucionales, como es la demanda de inconstitucionalidad planteada por el actor, le daba a éste el derecho de recurrir al Tribunal Constitucional, hoy Corte Constitucional, pero el actor, inobservando esta disposición legal, ha esperado más de tres años para demandar esta supuesta inconstitucionalidad de la Ordenanza.

Que se debe considerar que se trata del pedido de una persona natural, que se cree afectada por una Ordenanza de aplicación general, y pretende anteponer el bienestar personal al bienestar de la colectividad, citando normas constitucionales que dice se han violado; que las pretensiones del actor no tienen sustento legal, y que una aceptación por parte de la Corte Constitucional afectaría a los demás propietarios de predios en el sector Sur de las vías, quienes no han demandado y se asume que están conformes, y por otro lado crearía una diferencia con los propietarios de terrenos ubicados en los otros sectores considerados por la Ordenanza, lo que sí constituiría una violación Constitucional al principio de igualdad ante la Ley de todos los ecuatorianos, y además se crearía un precedente negativo para futuros planeamientos físicos que deba realizar la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito u otra Municipalidad del país.

Contestación del Distrito Metropolitano de Quito

El doctor Fabián Andrade Narváez, en calidad de Procurador Metropolitano y Representante Judicial del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, emite su criterio jurídico en los siguientes términos:

Que la Ordenanza Especial número 008, que aprueba la red vial básica de la zona nororiental del Distrito Metropolitano de Quito, publicada en el Registro Oficial 338 del 21 de agosto del 2006, es expedida el 8 de julio del 2006, válida y motivadamente por el Concejo Metropolitano de Quito, al amparo de sus competencias y potestades; la misma que en su artículo 1 define la red vial principal de la zona nororiental del Distrito Metropolitano de Quito, estructurada a partir de las cuatro rutas: Norte, Zambiza, Vía Interoceánica optimizada y Sur, por tanto no son vías alternativas o electivas, sino que constituyen, en su conjunto, la citada red vial.

Que la fundamentación fáctica de la Ordenanza se encuentra motivada en el Plan General de Desarrollo Territorial que busca, respecto de dicha zona, identificar la construcción de un sistema vial principal que evite la saturación de las vías de acceso; que enlace eficientemente la ciudad de Quito, la zona nororiental y el nuevo aeropuerto; y que consolide una red vial que facilite el transporte rápido, seguro y económico, mejorando el nivel de vida de la población.

Que la legitimidad y legalidad de la Ordenanza 008 deriva de la competencia exclusiva y privativa del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, asignada a sus órganos correspondientes, para regular y controlar, dentro de su jurisdicción, el uso y la adecuada ocupación del suelo, la cual se encuentra fundamentada en los artículos 2, numeral 1; 26, 8, numeral 1; 8, numeral 2; 8, numeral 6 de la Ley Orgánica de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito (LORDMQ); los artículos 14, numeral 2; 14, numeral 12; 14, numeral 13; 63, numerales 1, 3, 4, 5, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Que la acción pública de inconstitucional reprocha y acusa, discursivamente, una serie de actos de simple administración del Estado Central, del Gobierno Provincial y del Gobierno municipal, y actuaciones de privados (proyectos viales, informes técnicos, estudios preliminares, actos precontractuales, etc.) que no pueden ser impugnados por esta vía. Entre los principales: Un Estudio Preliminar de la consultora Astec & Godoy contratado por el Ministerio de Obras Públicas (MOP), el informe expuesto en la sesión ordinaria del Consejo Provincial de Pichincha del 21 de julio de 1995, referido a la autopista Quito-Pifo, un supuesto Estudio Técnico para *"la construcción de la vía Quito-Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito"*, el supuesto proceso ilegal de contratación de la firma consultora "The LPA Group Inc.", por parte de la CORPAC para dicho estudio, el supuesto proceso ilegal de subcontratación de ésta a las empresas Fernando Romo Consultores Cía. Ltda., Drillsoil Cía. Ltda. y Urbana Consultores, el informe final preparado por "The LPA Group" respecto supuestamente a la selección de la Vía de Acceso al Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito, el supuesto proceso ilegal precontractual del Consultor encargado del estudio de las observaciones presentadas al estudio técnico referido en el literal *b*, el informe de dicho consultor, Consorcio ASTEC-Fernando Romo Consultores-León & Godoy, a la consultoría.

Igualmente, reprocha y acusa una serie de actos administrativos del Estado Central, del Gobierno Provincial y del Gobierno municipal, entre otros: El Acuerdo Ministerial 039 publicado en el Registro Oficial 879 del 10 de julio de 1979, con el que el MOP resuelve construir una vía cerrada de alta velocidad de acceso al *"nuevo aeropuerto de Quito"*; la Resolución del Consejo Provincial de Pichincha, del 21 de julio de 1995, por la que se habría aprobado *"documentos precontractuales para la licitación pública internacional para la concesión de la autopista Quito-Pifo"*, la Resolución por la cual el Municipio del DMQ aprueba la creación de la Corporación Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito (CORPAC) y le otorga sus competencias.

Que todos estos actos de simple administración (proyectos viales, informes técnicos, estudios preliminares, actos precontractuales, etc.), actos administrativos (acuerdos ministeriales, resoluciones del Consejo Provincial de

Pichincha y creación de CORPAC) o documentos privados, no pueden ser impugnados a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

El actor pretende establecer, frente a la Corte Constitucional, afectaciones a derechos constitucionales, a través del montaje de alguna limitación al dominio por supuestas afectaciones totales a inmuebles (que no aparecen por la naturaleza de la acción y referidas en las resoluciones de amparo que invoca: 0786-04-RA y 0279-2000-RA).

Las supuestas normas y derechos constitucionales que se consideran vulnerados por la Ordenanza Metropolitana Especial 008, bajo la argumentación del actor, son el derecho a la propiedad (artículo 66, numeral 26, 321 y 323 de la Constitución; y artículo 17, numeral 2 de la DUDH); el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 66, numeral 4), el derecho a la seguridad jurídica (artículo 82), el derecho a un medio ambiente saludable (artículo 14, en relación con los artículos 395 y 396), el derecho a la consulta pública (artículo 398) y el derecho a que los poderes públicos emitan actos motivados (artículo 76, numeral 7, literal *a*).

A continuación se remite a cada uno de estos derechos: Sobre el derecho a la propiedad, supuestamente vulnerado, ya ha quedado establecido que el derecho de vía establecido con ocasión de la Ordenanza Metropolitana Especial 008, no supone gravamen alguno que afecte el contenido esencial del derecho a la propiedad como derecho constitucional (fácilmente comprobable con los certificados del Registro de la Propiedad correspondientes, que obviamente no han sido adjuntados a la demanda), y en relación con las argumentaciones respecto de *'futuras'* declaratorias de utilidad pública y expropiaciones que *"no cumplirán con los requisitos constitucionales necesarios para su adopción"* éstas podrían intentarse, aún cuando difícilmente, en acciones de protección, pero no en la acción presentada.

Sobre el derecho de igualdad ante la ley, expresa que aquella implica igualdad a los propietarios de influencia de la ruta sur; igualdad ante la ley a los propietarios de influencia de la ruta norte; igualdad ante la ley a los propietarios de influencia de la ruta Zámbriza, e igualdad ante la ley a los propietarios de influencia de la ruta vía interoceánica optimizada.

Sobre el derecho a la seguridad jurídica supuestamente vulnerado, pretende argumentarse a través de una aparente imposición y retiro de limitaciones al dominio de manera alternada durante más de 25 años, señalando que bajo la propia argumentación del actor, es la Ordenanza Especial 008, aprobada por el Concejo Metropolitano de Quito, la que define la red vial principal de la zona nororiental del DMQ, que busca evitar la saturación de las vías de acceso, enlazar eficientemente la ciudad de Quito, la zona nororiental y el nuevo aeropuerto, y consolidar una red vial que facilite el transporte rápido, seguro y económico, mejorando el nivel de vida de la población, ante lo cual el Municipio Metropolitano de Quito no ha vulnerado derecho constitucional alguno, peor el de seguridad jurídica; no ha realizado una frecuente imposición y retiro de limitaciones al dominio de manera alternada durante más de 25 años ni ha provocado incertidumbre del valor del retiro definitivo.

Sobre el derecho a vivir en un medio ambiente saludable, supuestamente vulnerado, esta violación pretende

argumentarse, por parte del actor, en que la "futura" construcción de la Ruta Sur provocará que el ambiente circundante sea objeto de una grave agresión al ecosistema, principalmente por afectación al Ilaló. Ésta es meramente discursiva, no está respaldada en documentación alguna.

Sobre el derecho de los administrados a que los poderes públicos emitan sus actos debidamente motivados, supuestamente vulnerado, ha sido argumentado a través del reproche y acusación, discursiva, de una serie de actos de simple administración del Estado Central, del Gobierno Provincial y del Gobierno municipal, y actuaciones de privados (proyectos viales, informes técnicos, estudios preliminares, actos precontractuales, etc.) que no pueden ser impugnados a través de esta acción.

Sobre el derecho de consulta constitucional, supuestamente vulnerado, cuya razón fáctica radica en que no se ha realizado consulta previa alguna, la alegación del actor de la acción pública de inconstitucional propuesta es totalmente inoportuna. No debería olvidar el actor que el propio Municipio del Distrito Metropolitano de Quito tiene regulados varios procedimientos, dentro de sus competencias, para hacer efectivo el derecho de consulta constitucional en tiempo oportuno, tal es el caso de la emisión de las licencias ambientales.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia de la Corte

El pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, publicado en la Constitución de la República del Ecuador, en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008 y la resolución publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2009.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436, numeral 2 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

Para resolver este caso, la Corte Constitucional procede a efectuar el análisis de los siguientes problemas jurídicos a ser abordados:

Naturaleza jurídica, alcances y efectos de la acción de inconstitucionalidad

Como ya lo ha expresado la Corte Constitucional en resoluciones anteriores, el constitucionalismo representa en la actualidad una fuerte corriente de renovación del Derecho, evidenciándose de esta forma lo que suele denominarse como "supremacía de la Constitución", en donde todos los poderes públicos así como los particulares nos hallamos sometidos a las normas contenidas en la Carta Fundamental. Empero no solo las personas y autoridades están sujetas a esta "supremacía", sino que todo el ordenamiento jurídico de un determinado Estado debe

guardar relación con los preceptos constitucionales, surgiendo así la figura del control como un elemento inseparable del concepto de Constitución¹.

Bajo el denominado control abstracto de constitucionalidad se pretende que todos los actos normativos y administrativos de carácter general guarden armonía con el texto constitucional. El principal objetivo que persigue este control de constitucionalidad es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y evitar que las normas promulgadas por el legislativo o por las autoridades públicas que ejercen facultades normativas entren en contradicción con la norma suprema del Estado, correspondiendo ejercer dicho control a la Corte Constitucional, conforme lo determina el artículo 436, numeral 2 de la Constitución de la República, bajo un sistema de *control concentrado de constitucionalidad*².

"El control de la constitucionalidad de las normas es uno de los pilares fundamentales sobre el cual se asienta la democracia de la mayoría de países del orbe. Aquella tarea ha sido encomendada a distintos actores a través de la historia, sin embargo debido a la connotación tutelar de derechos por parte de los jueces constitucionales, es menester por parte de estos agentes ejercer un control que tienda no solo a limitar el poder proveniente de las otras funciones del Estado, sino que en una acometida mucho más extensa establezca una supremacía material de la Constitución"³.

El alcance de esta acción pública de inconstitucionalidad se hace extensiva dentro del marco constitucional ecuatoriano tanto a los actos normativos de carácter general emitidos por órganos o autoridades del Estado, como contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública; de ahí que el primer alcance que tiene este control abstracto es su carácter general respecto a las normas o actos administrativos imputados como inconstitucionales. Empero dentro del sistema jurídico constitucional ecuatoriano esta acción también se hace

¹ Manuel Aragón Reyes, "Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. pp. 15.

² Este sistema también conocido como sistema europeo de control de constitucionalidad, tiene como mentalizador al célebre jurista vienés Hans Kelsen; fue propuesto para la Constitución austriaca de 1920, y en lo principal determina la conformación de un órgano por fuera del poder judicial clásico denominado Corte o Tribunal Constitucional, para que detente las funciones de controlar monopólicamente la constitucionalidad de las leyes emitidas por el parlamento, pronunciando sentencias con efecto erga omnes. (Citado por Néstor Pedro Sagüés, "*Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina*", en La justicia constitucional en la actualidad, Luis López Guerra (coordinador); Corporación Editora Nacional; Quito, 2002; pp. 173).

³ Christian Masapanta Gallegos; "El control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios al inaplicar preceptos contrarios a la Constitución", Tesis de Maestría en Derecho Constitucional; UASB-Ecuador; Quito; 2008, pág. 10.

extensiva para las enmiendas y reformas constitucionales; resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales, leyes, decretos leyes de urgencia económica; objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de leyes, proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales, convocatorias para referendo para reforma, enmienda o cambio constitucional, decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción, tratados internacionales, convocatorias a consultas populares, estatutos de autonomía y sus reformas, además de ejercer un control en cuanto a la inconstitucionalidad de normas conexas⁴.

Otra característica de esta forma de control está dada por su carácter abstracto, es decir que la contradicción de la norma con el texto normativo no está direccionada hacia una persona o grupo de personas en particular, sino que la afectación se la hace a toda la sociedad; no existe un sujeto determinado de afectación, sino que ha de entenderse como el sujeto afectado a toda la colectividad, asegurándose de esta manera la supremacía de la constitución.

En cuanto a los efectos que genera la declaratoria de inconstitucionalidad tanto de actos normativos como administrativos de carácter general, los mismos se verán expresados en la invalidez del acto impugnado, generándose un efecto *erga omnes* o general respecto a esas disposiciones normativas.

ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

Conforme lo determina la Constitución de la República en su artículo 436, numeral 2, de conformidad con las competencias de la Corte Constitucional, le corresponde a este organismo "*Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado*".

Dentro del control abstracto de constitucionalidad en el caso en análisis, el legitimado activo demanda la inconstitucionalidad parcial exclusivamente por el fondo de la Ordenanza Metropolitana Especial N.º 008, que aprueba la Red Vial Básica de la Zona Nororiental del distrito Metropolitano de Quito, promulgada en el Registro Oficial N.º 338 del 21 de agosto del 2006.

Respecto a la demanda presentada por el legitimado activo y tratándose la norma impugnada de un acto administrativo de carácter general, corresponde a esta Corte realizar un control abstracto a posteriori y una interpretación integral del texto, impugnado con apego a las disposiciones constitucionales, contrastando el contenido de estas disposiciones normativas con el marco contenido en la Carta Fundamental. En virtud de aquello y asociado con la demanda planteada, se han establecido los siguientes problemas jurídicos a ser resueltos:

La acción pública de inconstitucionalidad frente a los actos simples de la administración

En la presente acción se demanda el contenido de una disposición normativa contenida en una ordenanza que se

encuentra vigente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano; sin embargo, al demandarse la inconstitucionalidad de ciertas palabras o frases que componen la antes mentada ordenanza, es menester determinar en su conjunto si aquellas disposiciones invocadas como inconstitucionales guardan contradicción con derechos constitucionalmente reconocidos, como lo alega el legitimado activo.

Surge una primera inquietud respecto a si el contenido de estas normas y en la especie estas frases obedecen a actos administrativos de carácter general o si aquellas se remiten a lo que en la doctrina de Derecho Administrativo suele denominarse como actos simples de la administración.

Respecto a esta diferenciación, se denota claramente que las palabras o frases que se encuentran dentro de las normas impugnadas corresponden a un acto normativo de carácter general, contenido en una ordenanza emitida por un gobierno seccional autónomo como es el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito; gozando, en su conjunto, esta disposición normativa de las características de legitimidad y generalidad propia de esta clase de disposiciones; sin embargo, dentro de la argumentación presentada por el legitimado activo y dado que la demanda se centra exclusivamente a palabras y frases de la ordenanza antes referida, cabe determinar si el contexto en el cual se demanda la aparente contradicción de estas palabras o frases con el texto constitucional obedece a un ámbito de carácter normativo general o actos simples de la administración.

Para aclarar esta disyuntiva es necesario determinar qué se debe entender por actos simples de la administración, para lo cual nos valdremos del criterio emitido por el jurista Roberto Dromi: "*El simple acto de la Administración es la declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta*"⁵.

En primer lugar debemos mencionar que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito es competente para asignar a sus órganos correspondientes, el control, uso y adecuada ocupación del suelo; así lo dispone la Ley Orgánica de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito⁶, en sus artículos 2, numeral 1; 26, 8, numerales 1, 2 y 6; 14, numerales 2, 12, 13; 63, numerales 1, 3, 4, 5, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por lo tanto, el tema relacionado con la dotación de una red vial básica se encuentra investido de legalidad y legitimidad. Frente a aquello las normas contenidas en la Ordenanza, objeto de análisis, se encuentran sustentadas en las disposiciones normativas propias de este régimen seccional especial. Por tanto, se deduce que lo afirmado por el accionante se circunscribe a una cuestión de legalidad, la misma que se encuentra justificada a través de las disposiciones antes invocadas.

⁴ Cf. Artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, Segundo Suplemento del R.O No. 52 de 22 de octubre de 2009.

⁵ Roberto Dromi, *El acto administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina; Buenos Aires, pp. 221.

⁶ Ley No. 46. RO/280 de 8 de Noviembre del 2001.

En la esencia, lo que ataca mediante la demanda el legitimado activo tiene relación con actos de simple administración provenientes del Estado Central, del Gobierno Provincial, Gobierno municipal y actuaciones de privados (proyectos viales, informes técnicos, estudios preliminares, actos precontractuales, etc.), los cuales no se encasillan dentro de los actos normativos de carácter general; entre otros: Un Estudio Preliminar de la consultora Astec & Godoy contratado por el Ministerio de Obras Públicas (MOP), el informe expuesto en la sesión ordinaria del Consejo Provincial de Pichincha del 21 de julio de 1995, referido a la autopista Quito-Pifo, un supuesto Estudio Técnico para *"la construcción de la vía Quito-Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito"*, el supuesto proceso ilegal de contratación de la firma consultora "The LPA Group Inc.", por parte de la CORPAC para dicho estudio, el supuesto proceso ilegal de subcontratación de ésta a las empresas Fernando Romo Consultores Cía. Ltda., Drillsoil Cía. Ltda., y Urbana Consultores, el informe final preparado por "The LPA Group" supuestamente respecto a la selección de la Vía de Acceso al Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito, el supuesto proceso ilegal precontractual del Consultor encargado del estudio de las observaciones presentadas al estudio técnico referido en el literal *b*, el informe de dicho consultor, Consorcio ASIEC-Fernando Romo Consultores-León & Godoy, a la consultoría; ninguno de ellos asociados como actos normativos ni administrativos de carácter general, por lo tanto, no son objeto de control abstracto de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

Asociado a la acción pública de inconstitucionalidad, el ordenamiento constitucional español determina, respecto al recurso de inconstitucionalidad, que aquel: *"[...] es un mecanismo de impugnación directa de las normas con fuerza de ley, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, que tiene por objeto exclusivo ejercitar el control abstracto de dichas normas"*⁷. Es decir, ninguno de los actos antes enunciados goza de esta característica de fuerza de ley, es decir, no se trata de actos normativos de carácter general, sino que la administración seccional – Municipio del Distrito Metropolitano de Quito – dentro de sus competencias, emitió una ordenanza que en su conjunto comporta una obra de infraestructura necesaria para el desarrollo de esta importante ciudad del país.

Construcción de la red básica vial nororiental de Quito y el interés colectivo

Dentro del objeto de la pretensión demandada, mediante esta acción pública de inconstitucionalidad, se logra evidenciar que el legitimado activo acusa la inconstitucionalidad de ciertas palabras o frases que componen la Ordenanza N.º 008 del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, que en la especie trata acerca de la Red Vial Básica del Sector Nororiental de Quito, la misma que se halla circunscrita a la construcción de vías de acceso para el Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito.

Para pronunciarse respecto a la supuesta inconstitucionalidad de la normativa contenida en esta ordenanza, es menester comprender y analizar la misma en su conjunto e integralmente. Dentro de las consideraciones de la ordenanza Metropolitana N.º 008 del Distrito Metropolitano de Quito se establece: *"Que ante la realidad que vive la zona nororiental del DMQ, y sus reales*

perspectivas de crecimiento, es necesario identificar y priorizar la construcción de un sistema vial principal que evite la saturación, a corto plazo, de las vías de acceso, que enlace eficientemente la ciudad de Quito, la zona nororiental y el nuevo aeropuerto, consolide una red de vías que facilite el transporte rápido, seguro y económico, de carga y de pasajeros, mejorando de esta manera el nivel de vida de la población asentada en las parroquias nororientales del Distrito Metropolitano de Quito".

Aquello denota que la expedición de esta ordenanza, lejos de reflejar intereses particulares, persigue una adecuada dotación de servicios como es una red vial hacia sectores poblacionales que, dado su crecimiento urbanístico, requieren de estas vías de acceso, la que se la hizo en coordinación con las Direcciones Metropolitanas de Planificación Territorial y de Transporte y Vialidad, ajustándose a las determinaciones contenidas en los planes Generales de Desarrollo Territorial y de Transporte y Vialidad, las que recomendaron la aprobación de una red vial principal para el desarrollo de la zona nororiental del Distrito Metropolitano de Quito.

En virtud de aquello, se observa que las normas contenidas en la Ordenanza Municipal N.º 008 que detalla la Red Vial Básica del sector Nororiental de Quito contribuye al bienestar común de los pobladores de este sector, y en sentido macro a todos los ecuatorianos, lo cual se halla coligado con el respeto al derecho del buen vivir, régimen consagrado por la Constitución de la República.

En cuanto a la prestación de bienes y servicios públicos debemos mencionar que la Constitución de la República en su artículo 85, numeral 1 determina: *"Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad"*; es decir, al abordarse dentro de esta ordenanza la construcción de un servicio público como es la vialidad, debe priorizarse estos criterios por sobre los intereses de personas particulares; si bien es cierto el numeral segundo del precitado artículo prevé el deber de reformular o adoptar medidas alternativas cuando exista la vulneración o amenaza de vulneración de derechos constitucionales, en la presente causa se evidencia que se pretende justificar un interés patrimonial personal, mediante una acción que tiene una connotación de carácter general, lo cual contradice el texto constitucional antes mencionado. Por lo expuesto, se debe interpretar las disposiciones contenidas dentro de la Ordenanza Municipal a partir del principio de solidaridad dada las ventajas que la construcción de esta red vial reportará, no solo a los pobladores de este sector nororiental de la ciudad de Quito, sino a todos los habitantes de la ciudad y del país entero, ya que será una trascendental vía de acceso para un terminal aéreo internacional.

Adicionalmente a lo señalado, el artículo 3, numeral 5 de la Constitución consagra entre los deberes del Estado ecuatoriano: *"Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redis-*

⁷ Pablo Pérez Tremps, "Los procesos constitucionales: la experiencia española", Serie Derechos y Garantías, Editorial Palestra, Lima, 2006, pp. 60.

tribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”, por ende, ha de entenderse que los gobiernos seccionales autónomos, al formar parte del Estado ecuatoriano, deben contribuir mediante la planificación respectiva a fomentar el desarrollo en sus respectivas circunscripciones territoriales, lo cual se verá reflejado como política de desarrollo nacional.

Asociado con el régimen del buen vivir, el Estado ecuatoriano reconoce a las personas “*El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características*”, ante lo cual la construcción de dicha vía de acceso comporta el ejercicio de este derecho.

La dotación de servicios públicos y el desarrollo de las ciudades

La Constitución de la República determina el denominado régimen de desarrollo, el cual conforme lo determina el artículo 275 implica “[...] *el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak Kawsay [...]*”. Para llevar adelante esta acometida, el Estado debe emprender en programas de planificación, ya sea de manera directa o a través de sus gobiernos seccionales autónomos.

En efecto, las distintas municipalidades del país deben contribuir, mediante la correcta planificación, al desarrollo de estas localidades, para lo cual cuentan con instrumentos jurídicos, tendientes a conseguir este propósito, siendo las ordenanzas municipales los principales instrumentos normativos que permiten regular diversas actividades en donde se vea comprometido el interés colectivo de sus habitantes, buscando la distribución igualitaria de los beneficios a los pobladores y la satisfacción de sus necesidades, entendiéndose que el acceso vial revela una importante demanda, dado el crecimiento periódico por el que se ven atravesadas un gran número de ciudades en el país. Dada la connotación del Distrito Metropolitano de Quito como un importante eje de desarrollo, es menester que esta ciudad cuente con vías de acceso a servicios básicos, como son los aeroportuarios; de ahí que apegado a esta planificación y debido a la construcción del Nuevo Aeropuerto de Quito, la necesidad de la construcción de vías de acceso revela una realidad ineludible, la misma que además trae aparejada la dotación de una importante obra de infraestructura para el sector nororiental de Quito y sus pobladores.

En su demanda, el legitimado activo determina que la ordenanza tiene por objeto declarar la utilidad pública de los inmuebles ubicados en la zona de construcción de la nueva vía, lo cual llevará a cabo procesos de expropiación en contra de los legítimos propietarios; sin embargo y conforme lo determina el propio texto constitucional, para que aquello ocurra deben cumplirse ciertos presupuestos, como son la justa valoración previa, la indemnización y el pago, de conformidad con la ley; es decir, que cuando se produjeren procesos con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, como es la construcción de una obra de servicios públicos⁸, o la viabilidad que trae aparejada el bienestar colectivo, conforme lo determina el artículo 323

de la Constitución, se respetará estas premisas y no se dará una confiscación, como erróneamente asume el legitimado activo.

La resistencia a la ejecución de proyectos de esta naturaleza revela un atentado en contra de postulados constitucionales contenidos dentro del régimen de desarrollo (artículos 275, 276 y 277 de la Constitución), violentándose la consecución del buen vivir. Se debe recordar conforme lo expresado que el artículo 277, numeral 4 de la Constitución, establece como deberes generales del Estado ecuatoriano “*Producir bienes, crear y mantener infraestructura, y proveer servicios públicos*”, por lo que la creación de infraestructura vial se convierte en un imperativo y obligación que el Estado debe asumir. En igual sentido, el artículo 314 de la Constitución dice que “[...] *el Estado será responsable de la provisión de servicios públicos*”, entre otros de viabilidad, así como de infraestructuras portuarias y aeroportuarias; por ende, al construirse un nuevo terminal internacional en Quito, la construcción de vías de acceso, como la Red Vial Básica Nororiental, es indispensable para que el Estado dé cumplimiento a este imperativo.

De lo expuesto anteriormente resulta lógico que la construcción de una obra de infraestructura de esta magnitud contribuirá al progreso y desarrollo de la ciudad de Quito, contribuyendo a solucionar el problema del tráfico vehicular, así como dotando a los pobladores del sector nororiental de una importante fuente de acceso hacia esas localidades.

La ruta sur de la red vial Nororiental ¿afecta el derecho a la propiedad de los habitantes del sector?

Se evidencia que dentro de la demanda de inconstitucionalidad exclusivamente se hace referencia a la denominada ruta sur, comprendida entre los sectores de la Avenida Simón Bolívar con la Perimetral Metropolitana entre Pifo y Yaruquí, en el Intercambiador Alpacaca, tomando en cuenta la relación con la Vía Interoceánica; por lo tanto, el problema que se plantea es determinar si en efecto aquello comporta una vulneración al derecho a la propiedad de los pobladores del sector, ya que, según argumenta el legitimado activo, se estaría limitando tal derecho.

En cuanto a la vulneración del derecho a la propiedad, la Constitución de la República en su artículo 321 establece los tipos de propiedad, y en la especie determina: “*El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental*”.

⁸ “Cuando hablamos de servicio público nos referimos a las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros, mediando concesión, licencia permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir puede trasladarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, farmacia, taxis, remises, bomberos [...]”. (Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”; Editorial Ciudad Argentina, 7ma. Edición actualizada, Buenos Aires, 1998, pp. 619).

Es decir, el texto constitucional reconoce la propiedad privada entre una de las diversas formas de propiedad, sin embargo, aquel no es un derecho absoluto, sino que conforme lo expresa el propio texto constitucional, este derecho puede ser relativizado en aras del bien común de la colectividad, para lo cual se tendrá en cuenta un criterio de función social y ambiental, el mismo que debe ser declarado conforme con los parámetros técnicos, por medio de estudios especializados, los mismos que deben ser realizados previamente a la construcción de cualquier obra o servicio público.

Aparejado con el artículo precedente, el artículo 323 establece: *“Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”*.

En la presente acción se observa que el acceso sur para la construcción de la vía en el nororiente de Quito se encuentra dentro de un plan denominado *“Red Vial Básica para el Nororiente de Quito”*, el mismo que contribuye al desarrollo social, tanto de los pobladores cercanos a esta vía como a toda la colectividad, al convertirse en un eje vial conductor de la población quiteña con estos sectores, así como con el nuevo terminal aéreo internacional, lo cual comporta una gran obra de desarrollo para la ciudad de Quito y todo el país, cumpliéndose de esta forma otra premisa constitucional, como es el bienestar colectivo de las personas, tarea que constituye uno de los principales objetivos del Estado Ecuatoriano.

Según lo alegado por el legitimado activo *“para que una acción tenga fin social, esta necesidad social no puede ser cubierta con infraestructura ya existente”*, señalando que la construcción de una vía rápida tan cercana a la actual vía interoceánica no justificaría el interés público para la construcción de la nueva obra; sin embargo aquello dista mucho de las realidades actuales y de las necesidades de transporte que requieren metrópolis como el Distrito Metropolitano de Quito; bajo esta argumentación sería imposible la construcción de toda la red vial de la ciudad, porque ya existen vías cercanas. Esta afirmación, por parte del legitimado activo, denota un sesgo hacia la construcción de la nueva vía, especialmente en la construcción de la Ruta Sur.

La construcción de este mega proyecto a todas luces comporta una utilidad pública para un gran número poblacional (quiteños, ecuatorianos y extranjeros) generándose un interés social, ya que permite la conexión de la capital ecuatoriana con el Nuevo Aeropuerto de Quito, el mismo que para un óptimo desempeño y funcionamiento requiere de vías idóneas que permitan el traslado de la población hacia este terminal. La construcción de una obra como el nuevo aeropuerto sin la provisión de vías idóneas generaría serios problemas que se revelarían en perjuicio a las personas que demandan este servicio aeroportuario. Como es de conocimiento público, el transporte aéreo en la actualidad es una de las necesidades prioritarias en todos los países del orbe, puesto que a través del mismo, además del transporte se realizan múltiples relaciones comerciales, contribuyendo aquello al desarrollo de los pueblos y generado un bienestar en la sociedad.

Y en casos de expropiación de bienes, no significa que se produzca de manera arbitraria y discrecional, sino que deben respetarse los parámetros establecidos constitucionalmente y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17) como son: la previa valoración de los bienes, la indemnización correspondiente y el pago del justo precio conforme a la ley; es decir, no se deja en la indefensión a los propietarios de dichos bienes, sino que en aras de un interés colectivo se les reconoce su derecho por medio del resarcimiento económico.

La construcción de la vía por la Ruta Sur ¿atenta contra los derechos a un medio ambiente saludable?

Relacionado con el respeto al medio ambiente, se debe destacar que el artículo 395 de la Constitución reconoce entre los principios ambientales, en su numeral 1: *“El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras”*.

Como podemos observar, dentro de este postulado constitucional se determina que el Estado ecuatoriano debe llevar a cabo un desarrollo sustentable en donde se proteja el medio ambiente y la biodiversidad, lo cual permitirá el desarrollo de las generaciones actuales, empero sin comprometer los derechos de las futuras generaciones. En aquel sentido se puede observar del análisis de la ordenanza, objeto de la presente acción, que la misma consagra el respeto hacia el medio ambiente; así lo destaca la Disposición General Cuarta que señala: *“Los derechos de vía respetados en la Ruta Sur por las edificaciones, urbanizaciones y desarrollos aprobados por la Municipalidad, se mantendrán y serán desarrollados como áreas de forestación y áreas verdes por la Municipalidad”*; lo cual demuestra que dentro de la norma impugnada sí se contemplan aspectos ambientales mediante programas de forestación y áreas verdes que serán desarrollados en los derechos de vía respetados en la Ruta Sur, lo cual denota claramente que lo alegado por legitimado activo carece de sustento, ya que para toda construcción de una obra de infraestructura de las dimensiones de la Red Vial Básica Nororiental de Quito, se debe tomar en cuenta los estudios de impacto ambiental y remediación ambiental, elementos que han sido considerados en los respectivos informes, que han dado paso a la aprobación de esta obra de infraestructura por parte del Distrito Metropolitano de Quito y sus autoridades.

En igual sentido, la Constitución en su artículo 415 determina que: *“el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes. Los gobiernos autónomos descentralizados desarrollarán programas de uso racional del agua, y de reducción, reciclaje y tratamiento adecuado de desechos sólidos y líquidos. Se incentivará el transporte terrestre no motorizado, en especial mediante el establecimiento de ciclo vías”*.

Si revisamos integralmente el texto de la ordenanza y no exclusivamente secciones de la misma, observaremos que la

Disposición General Segunda determina que *“La ruta Sur observará un diseño de vía de estructuración territorial zonal que contemple carriles de paso y servicio local, transporte público, carriles para ciclovía, aceras peatonales y tratamiento paisajístico y de protección ambiental. El retiro de construcción será determinado por los planes parciales de las zonas de Tumbaco y nuevo aeropuerto en concordancia con la asignación de usos”*. De la simple lectura del texto anteriormente citado se colige que la ordenanza está impulsando obras de bienestar común para los pobladores del nororiente de Quito en donde se observa la protección ambiental, así como también se incentiva la construcción de carriles para una ciclovía, lo cual demuestra el apego de la Ordenanza con el texto constitucional.

¿Caben medidas cautelares en control abstracto de constitucionalidad?

La interposición de medidas cautelares es una potestad exclusiva de las denominadas garantías jurisdiccionales; alegar lo contrario comportaría una suspensión de una disposición normativa que se encuentra vigente y cuya constitucionalidad va a ser objeto de análisis.

Si nos remitimos al texto constitucional consagrado en el artículo 87, observamos que: *“Se podrá ordenar medidas cautelares conjunta e independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”*; por lo que se colige que las medidas cautelares son propias de las denominadas acciones de protección de derechos, contempladas dentro del Capítulo Tercero del Título III de la Constitución de la República, que trata de las garantías constitucionales y que son propias del denominado control concreto de constitucionalidad.

El efecto suspensivo de una norma generaría una inseguridad jurídica, lo cual iría en contra del ordenamiento jurídico ecuatoriano; además se debe considerar que las disposiciones normativas que forman parte del ordenamiento jurídico gozan de la presunción de constitucionalidad, por lo cual la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma será el último mecanismo a ser empleado.

El conceder medidas cautelares revelaría un pronunciamiento anticipado por parte del órgano examinador de la constitucionalidad, cuyos efectos pueden producir graves consecuencias dentro de la seguridad jurídica de un Estado Constitucional; y en la especie, el suspender la construcción de las vías en análisis podría generar serias consecuencias que afectarían el bienestar del colectivo, así como un retardo en la ejecución de las obras, lo que atentaría y generaría efectos de mora en la entrega de trabajos.

La finalidad de estas medidas cautelares es evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución o en otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los cuales en aplicación del principio pro homine gozan de una categoría constitucional. Es decir, las medidas cautelares están dirigidas a la protección de derechos y no a la inconstitucionalidad de normas abstractas. Por ende, se colige que la misma no es aplicable en el caso de inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general, ante lo cual la concesión de

medidas cautelares conforme lo solicita el legitimado activo en su escrito constante a fojas 156 y 157 del proceso no es pertinente.

ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

Dentro de la demanda objeto de esta acción pública de inconstitucionalidad el legitimado activo realiza varias alegaciones respecto a derechos constitucionales supuestamente vulnerados por la Ordenanza Metropolitana N.º 008, ante lo cual la Corte Constitucional, en uso de sus competencias constitucionales, realiza un análisis por el fondo de estos derechos supuestamente vulnerados, contrastándolos con las normas impugnadas. Dado que el legitimado activo no demanda la inconstitucionalidad de normas en su conjunto sino exclusivamente de palabras o frases dentro de las mismas, la Corte realiza un análisis en virtud de los derechos supuestamente vulnerados, así:

- Dentro del artículo 1 se demanda que se eliminen las palabras *“cuatro”* y *“y Sur”* contenidas en el primer inciso y se declare la inconstitucionalidad del último inciso:

"Art. 1.- Definición de rutas principales: La red vial principal de la zona nororiental del Distrito Metropolitano de Quito, se estructurará a partir de *cuatro* rutas: Norte, Zábiza, Vía Interoceánica optimizada y *Sur*, de acuerdo a la siguiente descripción y al trazado constante en el Mapa No. 1, que forma parte de esta ordenanza."

"Ruta Sur: Su trazado sigue la ruta constante en los estudios realizados por el Consorcio ASTEC, F. ROMO y L&G para enlazar la Avda. Simón Bolívar con la Perimetral Metropolitana entre Pifo y Yaruquí, en el Intercambiador Alpachaca, tomando en cuenta la relación con la Vía Interoceánica, de acuerdo al Mapa No. 1, que forma parte de esta ordenanza."

De la lectura integral del texto, así como particularmente de las palabras demandadas, no se evidencia contradicción alguna con el texto constitucional, ya que se está realizando una descripción en cuanto a la cantidad de vías de acceso por un lado, y por otro la descripción geográfica de una de ellas, determinándose en el último inciso los sectores que comprenderán la denominada *“Ruta Sur”*, sin que aquellas palabras e inciso atenten o ameriten una contradicción con el texto constitucional.

- Dentro del artículo 2 de la Ordenanza se demanda la inconstitucionalidad de su último inciso:

"Ruta Sur: 25 m. desde el eje de la vía".

En igual sentido, no se evidencia contradicción del inciso con disposición constitucional alguna. Según alegaciones del legitimado activo, en la denominada Ruta Sur se establece un derecho de vía de 25 m desde el eje de la vía sin que se enuncie un retiro de vía, constituyendo características y derecho de vía que en nada contradicen al texto constitucional por el fondo.

- Se demanda la inconstitucionalidad de la última frase dentro del segundo inciso del artículo 3:

"Primera Prioridad: Optimización de la Vía Interoceánica e inicio simultáneo y desarrollo progresivo de la Ruta Sur".

Como puede observarse del texto demandado se está estableciendo como primera prioridad la construcción y desarrollo progresivo de la denominada Ruta Sur, la cual va simultáneamente a desarrollarse con un proceso de optimización de la vía interoceánica. Resulta lógico que al estar la vía interoceánica ya construida y en funcionamiento, en cuanto a la operatividad de trabajos resulta conveniente iniciar el desarrollo de la Red Vial Básica para el sector Nororiental de Quito, por medio de las obras de infraestructura que brinden mayores facilidades, es decir, al encontrarse la vía interoceánica cerca de la nueva vía denominada Ruta Sur, los trabajos de acceso a esta nueva alternativa vial se tornan operativos y dinámicos, dadas las facilidades de contar con una vía de transporte que facilitará y agilizará la construcción de la Ruta Sur, ante lo cual resulta lógico que se establezca como prioridad el desarrollo de la Ruta Sur. Esto, lejos de estar en contradicción con el texto constitucional, constituye una obra que permite garantizar el bienestar común de los habitantes de Quito y el país.

- En la primera disposición general se demanda la inconstitucionalidad de la frase "*y de la Ruta Sur*":

"Primera: Para los diseños definitivos de la optimización de la Vía Interoceánica y de la Ruta Sur, se considerarán los enlaces transversales Norte-Sur, que determinen los Planes Parciales de las zonas de Tumbaco y Nuevo Aeropuerto."

En la norma impugnada se está relacionando a los diseños definitivos tanto de la vía Interoceánica como de la Ruta Sur, estableciéndose que en esos diseños se consideren enlaces determinados en instrumentos técnicos, como son los planes parciales de Tumbaco y del Nuevo Aeropuerto de Quito, ante lo cual tampoco se denota contradicción con el texto constitucional, sino más bien un acatamiento a una planificación y estudios técnicos.

- La segunda disposición general de la Ordenanza N.º 008:

"Segunda: La Ruta Sur observará un diseño de vía de estructuración territorial zonal que contemple carriles de paso y servicio local, transporte público, carriles para ciclovía, aceras peatonales y tratamiento paisajístico y de protección ambiental. El retiro de construcción será determinado por los Planes Parciales de las zonas de Tumbaco y Nuevo Aeropuerto en concordancia con la asignación de usos".

En esta disposición se describe las características que tendrá la denominada Ruta Sur del Plan Vial Básico para el Sector Nororiental, la misma que conforme su redacción contempla servicios que beneficiarán a los pobladores del sector, como la dotación de un servicio público de transporte y protección ambiental mediante la construcción de carriles para ciclovía, tratamiento paisajístico y de protección ambiental, lo cual contradice lo alegado por el legitimado activo respecto a un supuesto interés de beneficiar

particularmente a un determinado concesionario, así como a que la ordenanza vulneraría derechos del medioambiente sano.

Adicionalmente, determina que el retiro de construcción estará determinado por los planes parciales, los cuales se encontrarían plenamente justificados mediante los respectivos estudios técnicos; aspectos que no obedecen a una contradicción con la normativa constitucional.

- Del mismo modo, se demanda la inconstitucionalidad de toda la cuarta disposición general:

"Cuarta: Los derechos de vía respetados en la Ruta Sur por las edificaciones, urbanizaciones y desarrollos aprobados por la Municipalidad, se mantendrán y serán desarrollados como áreas de forestación y áreas verdes por la Municipalidad."

Esta disposición, lejos de contradecir el texto constitucional, determina más bien el desarrollo de áreas de forestación y zonas verdes por parte del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en los derechos de vía, fomentando el respeto a un medio ambiente sano, así como el respeto a la naturaleza, lo cual evidencia que lo alegado por parte del legitimado activo en cuanto a la vulneración de derechos ambientales no tiene asidero.

- Se demanda la inconstitucionalidad de todo el texto de la disposición transitoria primera:

"Primera: En las áreas comprendidas entre los 50 metros a cada lado del eje de la vía de la ruta Sur, no se concederán autorizaciones de desarrollo ni edificación hasta que los Planes Parciales de la zona Tumbaco y Nuevo Aeropuerto sean aprobados por el Concejo Metropolitano de Quito."

Respecto a esta disposición de la Ordenanza, el legitimado activo sostiene que la misma constituye una limitación al derecho a la propiedad, restringiendo las facultades de uso y goce de los inmuebles al prohibir la construcción de nuevas edificaciones y obras de desarrollo en los predios cercanos a la denominada Ruta Sur.

Aunque textualmente reconoce que dentro de la ordenanza no se determina el tema de la utilidad pública ni tampoco de la expropiación, el legitimado activo supone que las mismas se llevarán a cabo como consecuencia de la Ordenanza; determinando que en caso de producirse la expropiación, se la haría irrespetando los principios del Estado de Derecho, al argumentar que no existiría un fin social, puesto que ya existe una obra de infraestructura que cubre esta necesidad social como es la vía interoceánica; sin embargo, aquello denota la actitud personalista del legitimado activo, quien mira sus intereses personales por sobre el bienestar de la colectividad, la cual requiere de vías de acceso para sus localidades. De igual manera manifiesta que no se justificaría el fin social cuando la expropiación es demasiado onerosa frente a otra alternativa. En aquel sentido el legitimado activo está refiriéndose a hechos futuros e inciertos que no se han producido, por lo tanto, no se puede hablar de un proceso de expropiación onerosa, ya que la misma no se ha iniciado, lo que desvirtúa las aparentes limitaciones al derecho a la propiedad de los moradores de los sectores aledaños a los valles de Cumbayá y Tumbaco por donde atravesaría la denominada Ruta Sur.

III. CONCLUSIONES FINALES A LAS QUE LLEGA LA CORTE

Del análisis del expediente y de la lectura integral de la Ordenanza, objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional ha llegado a las siguientes conclusiones:

Debido al gran crecimiento urbano que afronta la capital de la República, las necesidades de transporte se tornan cada vez más imperativas, por lo que la satisfacción de estas necesidades debe producirse en pos del bienestar común de los ciudadanos. Para esto, los Gobiernos Seccionales Autónomos han desarrollado programas y políticas de ordenamiento territorial y de uso del suelo, lo cual se halla respaldado por los correspondientes cuerpos normativos, siendo la ordenanza uno de los principales instrumentos que permiten dicha regulación. Frente a aquello nos encontramos con la Ordenanza Especial N.º 003 publicada en el Registro Oficial N.º 58 del 12 de julio del 2005, para la construcción del nuevo aeropuerto de Quito, su vía de acceso y demás vías complementarias, la cual se halla respaldada en el Decreto Ejecutivo 885, publicado en el Registro Oficial N.º 198 del 7 de noviembre del 2000, en donde se declaró como prioridad nacional al proyecto para la construcción del nuevo aeropuerto de Quito, y en virtud de lo cual se emitió la Ordenanza N.º 008.

Se menciona en la demanda que la Ordenanza busca proteger el interés particular de un concesionario sobre el interés general de los habitantes del sector; sin embargo, dentro del texto de la misma demanda se evidencia que exclusivamente se hace referencia a la denominada Ruta Sur, lo cual denota que se trata de una demanda en donde el interés particular prima sobre el social, puesto que nada se menciona respecto a los pobladores de las otras rutas descritas en la Ordenanza, quienes podrían en igual sentido alegar una supuesta vulneración de sus derechos.

De la simple lectura de la demanda y del análisis de instrumento normativo se evidencia que las alegaciones del legitimado activo denotan un interés de carácter personal, en donde lejos de valorar el interés colectivo se pretende justificar ante la Corte Constitucional una aparente vulneración de derechos constitucionales asociados a un cuerpo normativo que regula un tema de viabilidad. Respecto a aquello, cabe destacar que aunque la pretensión del legitimado activo involucre a un buen número de personas, la pretensión obedece a una naturaleza de derechos personales que no son objeto de un control abstracto de constitucionalidad, ya que lo que aspira el accionante es que se tutelen sus derechos de manera concreta, y alega la inconstitucionalidad exclusivamente direccionada hacia la Denominada Ruta Sur, por ende, directamente relacionada con sus intereses de índole personal. En sus afirmaciones el accionante señala que la construcción de esta vía comportará perjuicios y vulneración de derechos a un gran número de pobladores de los valles de Cumbayá y Tumbaco; sin embargo, a través del expediente no se observa que otros moradores del sector respalden aquella afirmación; más aún asociado con las crecientes necesidades de transporte y con el bienestar colectivo la construcción de la denominada Ruta Sur, permitiría no solo el acceso al nuevo aeropuerto de Quito sino que generará un proceso de desarrollo a los moradores de estos sectores, al dotarles no solo de una obra de infraestructura de gran magnitud, sino de una serie de

servicios que devienen con la construcción de la misma (autopista, telecomunicaciones, alcantarillado, agua potable, entre otras).

Cabe destacar que por imperativo constitucional, dentro de las responsabilidades de los ecuatorianos, el artículo 83, numeral 7 de la Constitución de la República determina que son deberes y responsabilidades de los ecuatorianos: *“Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir”*; por ende, debe primar el interés colectivo por sobre el interés de una persona o grupo de personas. El Título VII de la Constitución desarrolla el régimen del buen vivir en donde se establece un sistema nacional de inclusión y equidad social. Mediante la construcción de esta vía se pretende beneficiar a toda la población de Quito y esencialmente a los moradores de la zona, produciéndose equidad frente a otros sectores de la ciudad que cuentan con vías de acceso similares.

Adicionalmente, el artículo 394 de la Constitución garantiza la libertad de transporte terrestre, determinándose la promoción del transporte público masivo, siendo el Estado el que regula este transporte terrestre; por lo que siendo un deber del Estado el dotar de obras de infraestructura que permitan desarrollar este régimen del buen vivir, el transporte por medio de vías públicas constituye una obligación del ente estatal.

En cuanto a lo alegado por el legitimado activo respecto a que en la Ordenanza Metropolitana no hay un fin social por cuanto *“cuando una expropiación está destinada a cumplir un servicio que ya brinda otra facilidad pública, no hay fin social”*, aquella afirmación carece de fundamento lógico, ya que todos los habitantes de la capital de la República son testigos vivenciales del caos de tráfico vehicular existente debido a la carencia de vías de acceso desde la ciudad de Quito hacia los valles aledaños y viceversa. Sostener que la construcción de un mega proyecto vial como la ruta Sur de la Red Vial Básica para el Nororiente de Quito no se apega al bienestar colectivo, es un absurdo que no tiene justificación, ya que existe una necesidad elocuente en materia de vialidad en esta ciudad, por lo que la Ordenanza en análisis no contraría las disposiciones constitucionales en cuanto al bien común de los habitantes de Quito y del país entero.

Uno de los objetivos para la construcción de esta red vial básica es conforme las consideraciones de la ordenanza en estudio *“[...]evitar la saturación, a corto plazo, de las vías de acceso, que enlace eficientemente la ciudad de Quito, la zona nororiental y el nuevo aeropuerto, (que) consolide una red de vías que facilite el transporte rápido, seguro y económico, de carga y de pasajeros, mejorando de esta manera el nivel de vida de la población asentada en las parroquias nororientales del Distrito Metropolitano de Quito”*, justificándose de esta forma el interés social de los pobladores de esta ciudad.

El legitimado activo en su demanda destaca resoluciones del ex Tribunal Constitucional N.º 271-98-RA, 279-01-RA, 295-01-RA y 339-99-RA, todas ellas relacionadas a recursos de amparo presentados ante el órgano constitucional; sin embargo, cabe destacar que en aquellos casos no se refieren a acciones de inconstitucionalidad sino a acciones de amparo, en donde se pretende tutelar derechos de las personas de manera particular, es decir, no se trata de

impugnar una norma abstracta, lo cual contradice las alegaciones presentadas por el legitimado activo. Adicionalmente se debe señalar que las resoluciones emitidas por el ex Tribunal Constitucional tenían un efecto interpartes, es decir, exclusivamente aplicables al caso en concreto, por lo tanto, si bien pueden ser observadas, no tienen un efecto vinculante para las futuras resoluciones ni del ex Tribunal Constitucional ni de la Corte Constitucional.

Se menciona que el texto de la ordenanza vulneraría el derecho a la propiedad; sin embargo aquello entra en contradicción, puesto que la propia Constitución establece limitaciones a este derecho observando el interés social de determinadas obras de infraestructura. Además el legitimado activo señala expresamente, dentro de su demanda, que la Ordenanza impugnada no declara de utilidad pública ningún inmueble, pero expresa que la Ordenanza obliga a una posterior declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación, es decir, el accionante sustenta sus alegaciones en hechos futuros e inciertos.

En fin, dentro de la Ordenanza analizada integralmente se colige que la misma no contiene contradicciones con las disposiciones contenidas en la Constitución de la República, sino que por el contrario tutelan el bienestar común y desarrollo de los pobladores de este sector de la ciudad y de todos los habitantes de Quito y del país al ser una ruta que permite la conexión con el nuevo aeropuerto de Quito, obra que permitirá el desarrollo económico y social del país.

El legitimado activo, dentro de su argumentación, hace referencia a acusaciones de deficiencias en el proceso de contratación, lo cual debe ser dilucidado en la vía ordinaria, mas no en el control abstracto de constitucionalidad. Solicita además que se le concedan medidas cautelares, institución que dada su naturaleza se encuentra relacionada con la protección de derechos asociados a un control concreto de constitucionalidad y que no pueden ser concedidas en materia de control abstracto, por lo que, se determina que ha existido un error del accionante en cuanto a la interposición de esta acción y la solicitud de medidas cautelares.

Por todo lo expuesto, las argumentaciones del legitimado activo carecen de sustento en cuanto a demandar un control abstracto de ciertas palabras y frases que componen la Ordenanza N.º 008, pretendiendo justificarlos mediante una aparente vulneración de derechos constitucionales más centralizados hacia afectaciones de carácter individual, lo cual no puede ser objeto de análisis por parte de la Corte en una acción pública de inconstitucionalidad, en donde la contradicción de la norma con el texto constitucional se entiende que afecta a toda la población de manera general y no a intereses específicos, sin existir fundamentos constitucionales para declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las palabras o frases que componen los diversos artículos y disposiciones de la Ordenanza impugnada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Negar la acción pública de inconstitucionalidad presentada por el accionante, en contra de ciertas palabras o frases contenidas en la Ordenanza Especial N.º 008 del Distrito Metropolitano de Quito, que aprueba la Red Vial Básica de la Zona Nororiental del Distrito, publicada en el Registro Oficial N.º 338 del 21 de agosto del 2006.
 2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.
- f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (E)
- f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Freddy Donoso Páramo y Edgar Zárate Zárate; sin contar con la presencia del doctor Alfonso Luz Yunez y Manuel Viteri Olvera, en sesión ordinaria del día jueves quince de julio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, a 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 10 de junio del 2010

Sentencia N.º 013-10-SCN-CC

CASO No. 0041-09-CN

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
para el período de transición:**

Juez Constitucional Ponente: Dra. Nina Pacari Vega

I. ANTECEDENTES

De la demanda y sus argumentos

Los Doctores Paúl Carvajal Flor, Remigio Pérez y Ab. Jhoni Badillo Albán, en sus calidades de Presidente, Juez Tercero y Juez Temporal del Primer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, con fundamento en el artículo 428 de la Constitución de la República, consultan a la Corte Constitucional lo siguiente:

Que mediante sorteo de ley correspondió conocer al Primer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, el proceso N.º 57-2009 por el delito de tipificado que se siguió en contra de Humberto Marcony Mozo Robalino; este proceso se sustanció con base a las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal de 1983, en razón de la fecha en que se dio inicio al proceso penal.

El Primer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo dictó el 25 de noviembre del 2009 a las 08H32, sentencia condenatoria en contra de Humberto Marcony Mozo Robalino, por considerarlo responsable del delito de homicidio inintencional previsto y sancionado en el artículo 460 del Código Penal, y lo condenó a Diez Meses de Prisión Correccional.

Dictada la Sentencia, Humberto Marcony Mozo Robalino, con fundamento en lo establecido en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, interpone recurso de Casación de dicha sentencia para ante la Corte Nacional de Justicia.

Las normas, cuya constitucionalidad se consulta, son: la disposición transitoria segunda de las reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, publicadas en el Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009.

Con la vigencia de la Constitución de la República, es decir, desde el 20 de octubre del 2008, por disposición del artículo 76, numeral 7, literal *m*, se estableció la doble instancia, ya que con anterioridad en los delitos de acción pública, solo existía una instancia y casación.

Las reformas al Código de Procedimiento Penal publicadas en el Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, determinan en el actual artículo 343 que se puede apelar de la sentencia que declare culpable o que ratifique la inocencia del acusado; de ahí que con esta reforma y en concordancia con el precepto Constitucional, primero debe presentarse el recurso de apelación para ante la Corte Provincial en el término de 3 días, y luego se presenta el recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia en el término de 5 días.

La disposición transitoria segunda de las reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal publicadas en el Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, dispone que los procesos que actualmente se encuentren en trámite continuarán sustanciándose conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal, vigente al tiempo de su inicio hasta su conclusión.

Consideran inconstitucional esta disposición Transitoria Segunda por las siguientes razones:

1. La Constitución establece en el artículo 1 que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y que, por lo tanto, se halla vigente en materia penal el derecho a la segunda instancia, así lo establece en el artículo 76, numeral 7, literal *m*).
2. En materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma que más favorezca a su efectiva vigencia, disponiéndose que los derechos y garantías previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos

humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier funcionario público, administrativo o judicial.

3. Según lo dispuesto en el artículo 76 numeral 4, ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
4. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico; por ello, la constitución dejó su carácter de Política y se convirtió en norma, así lo establece el artículo 424 de la Carta Magna.
5. En caso de duda, las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente y de acuerdo con los principios generales de interpretación constitucional, así lo establece el artículo 427 de la Constitución de la República.
6. El mandato Constitucional del artículo 426 conmina a los jueces, autoridades administrativas y servidores judiciales a aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.
7. Respecto a la doble instancia, el artículo 8 literal *h* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece el derecho a recurrir del fallo ante Juez o Tribunal Superior, disposición que se encuentra en relación con lo establecido en el artículo 4, numeral 5 del pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho de que toda persona declarada culpable de un delito pueda recurrir ante el Tribunal Superior en los términos que establece la Ley.
8. Que aplicar la transitoria segunda de las reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal publicadas en el Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, constituye un discrimen y se viola el principio de igualdad, ya que no se puede sostener que, a los acusados antes de dicha reforma se les prive de una instancia y exista únicamente la casación, mientras para los acusados con posterioridad a dicha reforma sí existan dos instancias y casación, dando lugar a la seguridad jurídica y a que nazca el principio de doble conformidad.
9. La doble instancia judicial se encuentra establecida en el artículo 72, numeral 7 literal *m* de la Constitución de la República, y conlleva el respeto al debido proceso, mismo que se constituye en el axioma generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado se encuentra obligado a Tutelar.
10. El artículo 417 de la Constitución, dentro de un marco garantista, dispone como una aplicación de los derechos favorables del acusado, elegir en su aplicación o interpretación frente a varias normas,

aquella que más proteja a los derechos de éste, hecho que fue recogido como el principio de interpretación de las antinomias.

Pretensión Concreta

Los consultantes señalan que: "...estima que la transitoria segunda de las reformas al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal es contraria a la Constitución en los Arts. 11 numeral 2, 3, 4, 5, Art. 76 literal m; art.417, art. 424, art. 425, art. 426 y art. 427 de la Constitución; Art. 8 literal h) de la Convención Americana Sobre derechos humanos Art. 14 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 8 de la declaración Universal de Derechos Humanos...".

II. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

De la Admisión y la Competencia

El 8 de diciembre del 2009 ante la Corte Constitucional, para el período de transición, se presenta la acción que nos ocupa; con base en lo establecido en el artículo 81 y la disposición transitoria Cuarta del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el suplemento al Registro Oficial N.º 127 del 10 de febrero del 2010, mediante oficio N.º 0282-CC-SG-2010, del 1 de marzo del 2010, se remite el expediente a la Dra. Nina Pacari Vega, a fin de que actúe como Jueza Sustanciadora de la causa. Mediante auto del 02 de marzo del 2010 a las 15H00, se avoca conocimiento de la causa.

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para resolver la presente acción, en ejercicio de las atribuciones establecidas en la Constitución de la República y en las norma de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional.

La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso, esto es, el establecido en el artículo 141 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y artículo 81 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, por lo que se declara su validez.

III. DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE RESOLVERÁN

Para decidir el fondo de la cuestión, esta Corte considera necesario sistematizar los argumentos planteados en el caso, a partir de la solución de los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Cuál es la naturaleza de la "consulta de constitucionalidad", como control concreto de constitucionalidad?
- ¿Cuál es la disposición legal respecto de la cual se pide la consulta de constitucionalidad?
- ¿Cuál es el entorno jurídico-procesal de la norma cuya consulta de constitucionalidad se solicita?

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Sobre la naturaleza de la "consulta de constitucionalidad", como control concreto de constitucionalidad

El artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que cuando un juez, ya sea de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a un Instrumento Internacional que contemple derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, deberá suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; claro está, indicando la norma jurídica sobre cuya constitucionalidad existan dudas, a fin de que el máximo organismo de control constitucional emita su pronunciamiento. Esta es una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, vale decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado del control de la constitucionalidad.

En el artículo 424 ibídem se instituye el principio de supremacía constitucional al señalar: "*las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales*", caso contrario, se impone la consecuencia de carecer de eficacia jurídica.

Así concebida la naturaleza de esta acción de consulta de constitucionalidad, como control concreto de constitucionalidad, dicho control tiene que ver y/o guarda estrecha relación con el examen de constitucionalidad que se debe hacer a la norma o normas consultadas, todo ello bajo los parámetros de la acción de inconstitucionalidad. De ahí que cabe señalar en lo que respecta a la acción pública de inconstitucionalidad, según lo señala el profesor de Derecho Constitucional y ex Presidente del Tribunal Constitucional de Colombia, en su artículo sobre "*Jurisdicción Constitucional en Colombia*", que esta acción es un mecanismo de control de constitucionalidad concentrado al establecer que "*en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*"¹.

La defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y abstracto, e involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción. La acción de consulta de constitucionalidad está dentro de aquellas acciones y mecanismos para la defensa de la Constitución, así como de los derechos reconocidos en la misma.

¹ Un texto al respecto se publicó originalmente en la obra del Dr. Francisco Fernández Segado "*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*" pp. 469-497.

En el campo del Derecho Comparado, encontramos que en el año de 1991 la Asamblea Nacional Constituyente Colombiana enriqueció la ya larga tradición de ese país de defensa judicial de la Constitución, mediante la creación de la Corte Constitucional y la consagración de múltiples recursos y acciones de salvaguarda de los derechos y de los bienes que la Constitución pretende preservar, entre los cuales está precisamente la acción pública de inconstitucionalidad.

Control concreto de constitucionalidad

Cabe señalar que a la Corte Constitucional le corresponde resolver sobre la constitucionalidad de la norma que el juez, ya sea de oficio o a petición de parte, haya considerado que resulta ser contraria a la Constitución.

En la acción de consulta de constitucionalidad, la Corte Constitucional debe hacer un control integral y de unidad normativa; en la sentencia debe pronunciarse de fondo sobre todas las normas demandadas; adicionalmente, el fallo podrá cobijar normas no demandadas que, sin embargo, conformen unidad normativa con aquellas otras que se someten al examen de constitucionalidad².

La norma legal consultada, por regla general, se confronta con la totalidad de los preceptos de la Constitución a fin de garantizar de esta manera su supremacía e integridad. En consecuencia, la sentencia de la Corte puede fundarse en normas de la Constitución no invocadas por el demandante. El control integral que obligatoriamente realiza la Corte, se asocia a los efectos de cosa juzgada constitucional que se predica de sus fallos³.

Sobre la identificación de la disposición legal sobre cuya constitucionalidad se consulta

La Segunda Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, cuyo texto es el siguiente:

“SEGUNDA.- Los procesos que actualmente se encuentren en trámite continuarán sustanciándose conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal vigente al tiempo de su inicio, y hasta su conclusión.

Sobre el entorno jurídico-procesal de las normas cuya constitucionalidad se consulta

La disposición cuya consulta de constitucionalidad se solicita, ha sido agregada mediante reforma al Código de Procedimiento Penal, y tiene relación con la continuidad procesal que debe existir con base a las disposiciones vigentes al momento de iniciarse la causa, las mismas que regirán hasta su culminación, todo ello en respeto al principio de seguridad jurídica.

Esta disposición, conforme a su naturaleza, es transitoria, con validez temporal efímera, que tiene como objetivo viabilizar en el tiempo la correcta vigencia de una nueva normativa permitiendo, por lo tanto, la vigencia de la norma anterior mientras existan actos procesales que nacieron bajo la vigencia de aquella, hasta llegar a la finalización de la misma.

Es decir, esta norma transitoria recoge el principio latino de “tempus regit actum”, es decir que los hechos se regulan por la ley vigente al momento de su realización, o lo que es lo mismo, la ley se aplica a los hechos ocurridos durante su vigencia.

El principio constitucional de seguridad jurídica y el principio jurídico de legalidad

El artículo 82 de la Constitución de la República establece el principio de la seguridad jurídica, para lo cual manifiesta que:

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas, previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes”.

Es decir, la seguridad jurídica lleva implícito el principio de legalidad, y es bajo este principio, y como una de las características que tiene la ley, que nace el principio de la irretroactividad de la misma, es decir que ésta no debe tener efectos retroactivos; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación.

Al respecto, Juan José Soler manifiesta: *“La irretroactividad de la ley es una medida técnica escogida para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Su zona ontológica no está, pues, en la filosofía jurídica, sino en la jurisprudencia o ciencia del derecho (...). La irretroactividad es dentro de la técnica jurídica, un principio de aplicación más que de interpretación previa. La interpretación y la aplicación son operaciones de tracto sucesivo (...). Un error corriente que conviene disipar, es el de considerar a la irretroactividad como un principio que solo sirve al interés privado. Esto explica su inclusión en casi todas las constituciones del mundo entre las garantías y derechos individuales. Pero sin negar su importancia en el Derecho Privado, resalta su trascendencia en el derecho público. Sirve al individuo pero también a la colectividad, acaso en mayor grado, porque tiende a dar firmeza al ordenamiento jurídico, que es de carácter social”.*

Sin embargo, este carácter de irretroactividad de la ley tiene su excepción en el derecho penal sustantivo y adjetivo, pues frente al mismo se encuentra la institución “indubio pro reo”, misma que se halla establecida en nuestra Constitución en el artículo 76, numeral 5, que establece: *“en el caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho,*

² La unidad normativa se define a partir de la existencia de una relación lógica, necesaria, principal y objetiva entre las disposiciones que son objeto de la declaración de inconstitucionalidad y las que identifica la Corte, unidad ésta que se conforma con el objeto de que el fallo de inconstitucionalidad que se profiera no vaya a ser inocuo. Las normas sobre las que recae el fallo de inconstitucionalidad o constitucionalidad, deben estar vigentes. El principal efecto de la sentencia de inconstitucionalidad es el de expulsar del ordenamiento jurídico la norma que contraviene la Carta.

³ En el caso Colombiano, con arreglo a la norma del Art. 243 de su Constitución *“ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable [inconstitucional] por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.* La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana se ha encargado de matizar la regla anotada. Junto a la *“cosa juzgada absoluta”*, ha señalado que existe la *“cosa juzgada relativa”*, la que se configura cuando la misma Corte expresamente limita los efectos de sus fallos a los artículos o disposiciones de la Constitución a los que se ha contraído el examen (*Corte Constitucional, sentencias C-527 de 1994 y C-37 de 1996*). Entre otros casos, la anterior situación se presenta cuando la demanda contiene una censura global o general -no particularizada en relación con sus distintas disposiciones- contra una ley y ésta no prospera.

se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se le aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.

En el caso concreto, procede determinar si para los procesos penales iniciados con los Códigos de Procedimiento Penal de 1983 y del 2000, **en los cuales no se establecía la existencia del recurso de apelación sobre las sentencias condenatorias o absolutorias en los casos de acción pública**, limita el ejercicio del derecho a la doble instancia que establece la actual Constitución; limitación que constaría según los consultantes, en la 2da. Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009; todo ello al mantener la vigencia de los procedimientos anteriores.

El artículo 424 de la Constitución de la República manifiesta:

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica...”.

El artículo 425 de la Norma Constitucional establece el siguiente orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas:

“...la Constitución, los tratados internacionales, las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos...”.

Situadas así las normas integrantes del derecho positivo ecuatoriano y su jerarquía, observamos además que la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, se halla integrada a una ley ordinaria y como tal debe ser tratada.

La Corte Constitucional realiza un papel de control de constitucionalidad normativa respecto a un asunto que tiene su origen en un caso concreto, pero que una vez conocido por la Corte se torna abstracto con efectos generales, debiendo, en caso de encontrar contradicción normativa con el texto constitucional, expulsar a esa norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano; empero, aquello comporta un complicado ejercicio interpretativo, en donde la expulsión normativa debe ser la última medida adoptada por el juez constitucional, dando de esta forma cumplimiento a lo que doctrinariamente se conoce como el principio de “in dubio pro legislatore”, por medio del cual ha de entenderse que en la promulgación de una norma el legislador ha observado las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental del Estado y en caso de duda respecto a la constitucionalidad o no de una determinada norma se concederá el beneficio de la duda a favor del legislador y, por tanto, se considerará constitucional la norma consultada.

En este orden de cosas la consulta concreta que se formula respecto a la constitucionalidad de la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, frente al recurso de casación interpuesto de la sentencia dictada en el caso penal sustanciado con base a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal de 1983, procedimiento en el que no existía el recurso de apelación respecto de las sentencias en los procesos de acción pública, deviene en improcedente, y bajo ninguna consideración contradice normas constitucionales.

El derecho a la interposición de recursos como garantía del debido proceso

Nuestra Constitución vigente, dentro de su artículo 76, determina las garantías del debido proceso, en la especie en el caso objeto de la presente consulta, aquella aparente vulneración a las normas del debido proceso contenidas dentro de la Carta fundamental guardan estrecha relación con el principio de defensa y en lo medular con lo que consagra el numeral 7, literal *m* del artículo precitado; es decir, la garantía de “*recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*”.

Este derecho a recurrir las resoluciones judiciales es un elemento que se ha incorporado dentro de los textos constitucionales para limitar el poder que asume el juez dentro de una determinada causa, puesto que aquel es susceptible de cometer errores, ante lo cual la tutela judicial debe estar garantizada por un juez o tribunal superior, que determine si la actuación del juez de primera instancia está acorde con la Constitución y las leyes.

Este derecho consta en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en su artículo 8, numeral 2, literal *h*, que determina: “*h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

El artículo 24 de la Constitución española establece dentro de las garantías del debido proceso, en su literal *e*, el derecho a recurrir los fallos judiciales. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana en la sentencia N.º T-474 de 29, VII, 1992, en donde trata acerca del principio de doble instancia y la “*reformatio in Peius*”.

En Panamá, aquel derecho está consagrado en el artículo 207 de su Constitución, surgiendo en ese país la interrogante respecto a si en todo proceso deben existir necesariamente por lo menos dos instancias.

“Hasta ahora, la posición que ha tomado la Corte Suprema de Justicia sobre este punto parece negativa a la interrogante sobre la existencia del principio de la doble instancia como integrante de nuestro ordenamiento constitucional. Así la C.S.J. en sentencia de 24, V, 1977, publicada en Gaceta Oficial, núm. 18.433, al resolver advertencia de inconstitucionalidad planteada por las sociedades Depcon Panamá International Corp. y Kraft Construction, entre otros, sobre el art. 12 de la Ley 7ma. de 1975 que señalaba que las decisiones dictadas por las Juntas tenían carácter definitivo, no admitían

recurso alguno y producían efecto de cosa juzgada, sostuvo la Corte que dicha norma no era inconstitucional y que las resoluciones de la Junta constituían ‘una verdad legal irrecurrible’[...]”⁴.

Como vemos, no en todas circunstancias este derecho a recurrir las resoluciones judiciales se aplica, sin que aquello comporte una vulneración de la normativa constitucional; en consecuencia, el derecho a la doble instancia no es un derecho absoluto.

En nuestro país, el Código adjetivo Penal de 1983, establecía en el artículo 348 que:

“Procede el recurso de apelación cuando alguna de las partes lo interpusiere respecto de las siguientes providencias:

1. De los autos de sobreseimiento provisional y definitivo;
- 2.- Del auto de apertura del plenario;
- 3.- De los autos de inhibición y prescripción que ponen fin al proceso;
- 4.- De las sentencias absolutorias o condenatorias que se dicten en los procesos que se sustancien en procedimiento especiales; y,
- 5.- De las sentencias que se dicten en los procesos que, por liquidación y pago de daños y perjuicios, se sustancien ante los jueces o tribunales penales.”

El Código de Procedimiento Penal del año 2000 disponía en el artículo 343:

“Procede el recurso de apelación cuando alguna de las partes lo interponga en los siguientes casos

- 1.- De los autos de sobreseimiento;
- 2.- Del auto de llamamiento a juicio;
- 3.- De los autos de nulidad, de prescripción y de inhibición por causa de incompetencia;
- 4.- Del auto de prisión preventiva, conforme al procedimiento previsto en este Código;
- 5.- De la sentencia de acción privada;
- 6.- De la sentencia sobre la reparación del daño;
- 7.- De la sentencia dictada en el proceso abreviado”

Esta disposición estuvo vigente hasta el 23 de marzo del 2009.

De las disposiciones transcritas se determina claramente que en el Ecuador, hasta antes de la vigencia de la Constitución de la República, es decir, hasta el 20 de octubre del 2008, en el proceso penal de acción pública no existía en la etapa de impugnación el doble conforme, o derecho a impugnar de la sentencia pronunciada en primera instancia; este derecho se implementa en el artículo 76, numeral 7, literal **m** de la actual Constitución de la República.

Armonizando el proceso penal con la norma constitucional, las reformas realizadas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal constantes en la ley reformativa publicada en el Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009, establecieron el principio del doble conforme (apelación) de las sentencias del proceso penal, cualesquiera sea la naturaleza de esta acción.

El artículo 101 de la antes referida ley reformativa sustituye el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal, por el siguiente:

“Art. 343.- Procede el recurso de apelación en los siguientes casos:

- 1.- De los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de llamamiento a juicio, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia.
- 2.- De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado.
- 3.- Del auto que concede o niega la prisión preventiva. En este caso el recurso se lo concederá en efecto devolutivo”.

En este orden de cosas, la Corte denota que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, sobre cuya constitucionalidad se consulta, no entra en conflicto con el derecho a la doble instancia previsto en la Constitución, pues no lo limita, ya que debe entenderse y comprender que en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el que se desarrolla hoy el derecho positivo ecuatoriano, prima la norma Constitucional por sobre normas temporales de carácter general, las mismas que no contradicen al mandato Constitucional.

La norma transitoria establece la vigencia procedimental de normas adjetivas penales que permiten el debido desarrollo de la acción judicial, con el claro conocimiento de las partes de las regulaciones del juicio penal, determinación previa que coadyuva a ejercer de manera debida el derecho a la defensa y las normas del debido proceso.

Ahora bien, se debe dejar en claro que las normas procedimentales anteriores, frente a la norma cuya constitucionalidad se consulta, se hallan vigentes en todo cuanto no se opongan a la nueva estructura jurídica del Estado ecuatoriano, es así que esta norma transitoria genérica no enfrenta a la norma constitucional.

CONSIDERACIONES FINALES A LAS QUE LLEGA LA CORTE CONSTITUCIONAL

Corresponde a los jueces constitucionales realizar un control de constitucionalidad de las normas. En la presente consulta se ha determinado que la norma contenida en la

⁴ Alberto Hoyos, “El debido proceso en el sistema jurídico de Panamá” en El debido Proceso, Editorial Temis, Bogotá, 1998, págs. 73 y 74.

Segunda Disposición Transitoria de la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y Código Penal publicado en el Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009 no estaría en contradicción con la normativa contenida en el artículo 76, numeral 7, literal *m* de la Constitución de la República en la especie en lo que tiene relación a poder recurrir los fallos judiciales, pues su carácter es general y no específico para este tipo de actuaciones procesales.

La interrogante que se plantea es: ¿acaso el hecho de establecer que los procesos que actualmente se encuentren en trámite continúen sustanciándose conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal vigente al tiempo de su inicio, y hasta su conclusión, viola el derecho a la defensa de los procesados?

Para dar contestación a esta interrogante debemos remitirnos a lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico al respecto. Y para ello se debe partir del principio constitucional de seguridad jurídica consagrado en el artículo 82, en concordancia con el artículo 76, numeral 3, por lo que no existe consideración jurídica de que la norma de carácter transitorio consultada sea contraria a la ley, dada su condición genérica, y mucho menos con la Constitución.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Desechar la consulta de constitucionalidad planteada por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, en relación a la Segunda Disposición Transitoria de la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y Código Penal publicado en el Registro Oficial N.º 555 del 24 de marzo del 2009.
2. Publicar la presente sentencia en el Registro Oficial.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (E).

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega y Edgar Zárate Zárate; sin contar con la presencia de los doctores Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día jueves diez de junio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, a 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 08 de julio del 2010

Sentencia No. 015-10-SEE-CC

CASO No. 0011-10-EE

Juez Constitucional Ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie.

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
para el periodo de transición:**

1. ANTECEDENTES:

Resumen de admisibilidad

El Señor Economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, mediante Oficio N.º T.5293-SNJ-10-944 del 17 de junio del 2010, amparado en el artículo 166 de la Constitución de la República, notificó la Declaratoria del Estado de Excepción en la Zona 1 de La Josefina, provincia del Azuay, a fin de prevenir potenciales deslaves, remediar los daños causados en el cause del Río Paute, evitar perjuicios a la población y la afectación del sistema eléctrico nacional.

La Secretaría General de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el 18 de junio del 2010, sobre la base del artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos, certificó que en relación a la acción N.º 11-10-EE no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

El Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en sesión ordinaria del jueves 24 de junio del 2010, mediante oficio N.º 1766-CC-SG-2010 y notificada el 30 de los mismos mes y año, remitió el expediente para la correspondiente elaboración del proyecto de dictamen de control constitucional de Estado de Excepción, al Juez Constitucional Sustanciador Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, MSc.

LA NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional examina la Constitucionalidad del Decreto Ejecutivo N.º 389 del 17 de junio del 2010, sobre la Declaratoria de Estado de Excepción, cuyo texto se transcribe íntegramente a continuación:

No. 389

**RAFAEL CORREA DELGADO
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA
REPÚBLICA**

CONSIDERANDO:

Que el Artículo 14 de la Constitución de la República, reconoce el derecho de la población a vivir en un

ambiente sano ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*;

Que el artículo 396 de la Constitución de la República dispone que el Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos cuando exista certidumbre de daño; y, que en caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño, el Estado adoptará medidas eficaces y oportunas;

Que de conformidad con el segundo inciso del artículo 389 de la Constitución de la República, el Estado ejercerá rectoría del sistema nacional descentralizado de gestión de riesgos a través del organismo técnico establecido en la Ley, que es la Secretaría Nacional de la Gestión de Riesgos;

Que mediante Decreto Ejecutivo No.- 929, publicado en Registro Oficial No. 206 de junio 7 de 1999, se dispuso que, a partir de esa fecha, no se otorgue licencias, permisos o concesiones mineras de exploración y explotación, en la zona especial denominada "La Josefina Zona 1" de la Provincia de Azuay;

Que la Ley de creación del Consejo de Gestión de Aguas de la Cuenca del Paute, Publicada en el Registro Oficial no. 141 de 9 de noviembre de 2005, encargó a dicho Consejo formular y ejecutar en conjunto de normas políticas de control, con el objeto de precautelar el eficiente aprovechamiento y conservación de los recursos hídricos y naturales, y el desarrollo sustentable del área geográfica involucrada;

Que en reunión celebrada el 7 de mayo del 2010, el Comité de Operaciones de Emergencia del Azuay, conoció el estudio efectuado por el Consejo de Gestión de Aguas de la Cuenca del Paute, en el cual se señalan los riesgos provenientes de la deforestación, alteración del sistema de drenaje y la explotación ilegal en base de los cerros de la Zona Especial 1 de la Josefina, y resolvió solicitar a la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos que realice un informe previo sobre la situación emergente, a fin de que se considere la posibilidad de declarar tal zona en estado de excepción;

Que el informe del Departamento Técnico de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos de 2 de Junio de 2010, determina la inestabilidad de la Zona Especial La Josefina, por efecto de la explotación antitécnica de las canteras;

Que actualmente se evidencia el deterioro de la cuenca del Río Paute y la debilidad estructural de los cerros colindantes que han perdido estabilidad, lo que pone en serio riesgo la permanencia de las obras contempladas en el plan maestro hidráulico, pues afectan la seguridad de la población de esta región;

Que es necesaria una reacción urgente del Estado para prevenir y enfrentar esta emergencia; y,

En ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 164 de la Constitución de la República,

Decreta:

Artículo 1.- Declárese el Estado de Excepción en la Zona 1 de La Josefina de la Provincia de Azuay, a fin de prevenir potenciales deslaves, remediar los daños causados en el cause del Río Paute debido a la deforestación, alteración del sistema de drenaje y explotación mineral ilegal, para evitar perjuicios a la población y la afectación del Sistema Eléctrico Nacional, que generaría grave conmoción nacional.

Artículo 2.- Establecer como zona de seguridad, el área que comprende la Zona 1 de la Josefina de la Provincia del Azuay, dentro de las Coordinadas Georeferenciadas que se detallan a continuación:

Zona 1

VERTICES	LATITUD	LONGITUD
A	9686000	739000
B	9686000	749000
C	9683000	749000
D	9683000	739000

Artículo 3.- Disponer la movilización de los habitantes del área de influencia directa e indirecta de la Cuenca del Río Paute, de manera que las entidades de la Administración Pública Central e Institucional y los gobiernos Autónomos Descentralizados coordinen esfuerzos con el fin de ejecutar las acciones necesarias e indispensables para la atención del presente estado de excepción.

Artículo 4.- El plazo de la vigencia de esta medida será de sesenta días, contados a partir de la suscripción de este Decreto Ejecutivo.

Durante la vigencia del estado de excepción, se suspenderá la vigencia del ejercicio del derecho a la libertad de tránsito dentro de las Coordinadas Georeferenciadas, que comprenden la Zona 1 de la Josefina, cuyo cumplimiento será responsabilidad de las Fuerzas Armadas.

Artículo 5.- Los Ministerios del Ambiente y de Recursos Naturales No Renovables dictarán las medidas de control y, de ser el caso, requerirán de la Administración de Justicia que se dicten las medidas correspondientes para impedir la explotación minero-extractiva, antitécnica e ilegal que exista en la zona, con sujeción a los artículos 57 y 86 de la Ley de Minería, 99 de su Reglamento General, 3, letra h) del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras y 437 K del Código Penal.

Artículo 6.- Disponer al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda que, por intermedio de la Dirección Nacional de Avalúos y Catástrofes, con el apoyo de las Fuerzas Armadas, actúe en el catastro de propiedades, en que se incluya su avalúo, el censo de la población residente de la zona afectada.

Artículo 7.- Disponer al Ministerio del Ambiente que efectúe la declaratoria de utilidad pública de los inmuebles ubicados en la zona e inicie el proceso de expropiación, de ser el caso.

Artículo 8.- Disponer al Ministerio Coordinador de Seguridad que, conforme el Artículo 38 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, elabore el informe para que se declare a la Zona 1 de La Josefina como zona reservada de seguridad.

Artículo 9.- Notifíquese con esta declaratoria a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional, a la Organización de Naciones Unidas, ONU y a la Organización de Estados Americanos, OEA.

De la ejecución de este Decreto Ejecutivo, que entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, encárguese a la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos.

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a 17 de junio de 2010.

Firma, Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

El Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para efectuar control de constitucionalidad de la Declaratoria del Estado de Excepción expedida mediante Decreto Ejecutivo N.º 389 del 17 de junio del 2010, conforme lo establecido en los artículos 429 y 436, numeral 8 de la Constitución de la República, artículos 119, 120, 121, 122, 123, 124 y 125 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹, y artículo 73 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional.

El decreto emitido se dictó en razón de evitar perjuicios a la población, el entorno natural y la afectación al sistema Eléctrico Nacional, ubicados en la Zona 1 de La Josefina de la Provincia del Azuay, con la finalidad de garantizar los derechos de la naturaleza, artículo 14 CRE- y de las personas que habitan en ella.

¹ **Art. 119.-** Objetivo y Alcance del Control.- el control constitucional de los estados de excepción tiene por objeto garantizar el pleno disfrute de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos.

La Corte Constitucional efectuará un control formal y material constitucional automático de los decretos que declaren un estado de excepción y de los que se dicten con fundamento en éste. El trámite del control no afecta la vigencia de dichos actos normativos.

Art. 120.- Control Formal de la declaración de los estados de excepción.- La Corte Constitucional verificará que la declaratoria de estado de excepción y del decreto cumplan los siguientes requisitos:

1. Identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca;
2. Justificación de la declaratoria;
3. Ámbito territorial y temporal de la declaratoria;
4. Derechos que sean susceptibles de limitación, cuando fuere el caso; y,

5. Las notificaciones que correspondan de acuerdo con la constitución y a los Tratados Internacionales.

Art. 121.- Control material de la declaratoria del Estado de excepción.- La Corte Constitucional realizará un control material de la declaratoria del estado de excepción, para lo cual verificará al menos lo siguiente:

1. Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia;
2. Que los hechos constitutivos de la declaratoria configuren una agresión, un conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural;
3. Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario; y,
4. Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República.

Art. 122.- Control formal de las medidas adoptadas con fundamento en el estado de excepción.- La Corte Constitucional verificará las medidas adoptadas con fundamento en la declaratoria del estado de excepción cumplan al menos con los siguientes requisitos formales:

1. Que se ordene mediante decreto, de acuerdo con las formalidades que establece el sistema jurídico; y,
2. que se enmarque dentro de las competencias materiales, espaciales y temporales de los estados de excepción.

Art. 123.- Control material de las medidas dictadas con fundamento en el estado de excepción.- Para efectos del control material, la Corte Constitucional verificará que las medidas dictadas con fundamento en el estado de excepción cumplan los siguientes requisitos:

1. Que sean estrictamente necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, y que las medidas ordinarias sean insuficientes para el logro de ese objetivo;
2. Que sean proporcionales al hecho que dio lugar a la declaratoria;
3. Que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria de las medidas adoptadas;
4. Que sean idóneas para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria;
5. Que no exista otra medida que genere menor impacto en términos de derechos y garantías;
6. Que no afecte el núcleo esencial de los derechos constitucionales, y se respete el conjunto de derechos intangibles; y,
7. Que no se interrumpa ni altere el normal funcionamiento del Estado.

Art. 124 remisión del decreto a la Corte Constitucional.- El trámite para el control constitucional de los estados de excepción se sujetará a las siguientes reglas:

Art. 124 Remisión del decreto a la Corte Constitucional, reglas:

1. La Presidenta o Presidente remitirá el decreto a la Corte Constitucional dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su firma;
2. De no hacerlo, la Corte Constitucional lo conocerá de oficio.
3. En lo no previsto en este capítulo, se seguirá las reglas previstas en el procedimiento general.

Art. 125.- Coexistencia del control de constitucionalidad con el político.- La declaratoria de constitucionalidad no impide el ejercicio del control político de los estados de excepción, ni le revocatoria de los respectivos decretos por parte de la Asamblea Nacional.

La Corte Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de todos y cada uno de los decretos que establezcan *estados de excepción*, con la finalidad de garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales y la salvaguarda de la división de poderes. La declaratoria de constitucionalidad es parte del control constitucional en abstracto, el cual no impide la revocatoria del mismo por parte de la Asamblea Nacional (artículo 125 LOGJCC), que implica relacionar al decreto con la integralidad de la Constitución.

III. DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A SER EXAMINADOS EN EL PRESENTE CASO

Corresponde a este Pleno determinar los problemas jurídicos constitucionales, y pronunciarse en el presente caso.

Para establecer si la declaratoria del Estado de Excepción es conforme o no a la Constitución, hay que analizar tres problemas jurídicos fundamentales: 1.- naturaleza jurídica y finalidad de los estados de excepción (Sentencia N.º 002-09-SEE-EE); 2.- lo relativo al cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 166 de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y 3.- el cumplimiento de los requisitos materiales establecidos en el artículo 166 de la Constitución y artículos 120 - 123 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Naturaleza jurídica y finalidad de la declaratoria de estados de excepción

La Corte Constitucional, conforme lo establecido en la sentencia N.º 002-09-SEE-EE² sobre la naturaleza del Estado de Excepción, dijo:

“[...] Excepción implica por naturaleza la *posibilidad* (que se podría concretar o no) de limitar el ejercicio de determinados derechos (de ahí el término excepción) por lo que en su declaratoria no se puede alegar de antemano si se limitará o no derechos, pues es materialmente imposible conocer cuáles serán las contingencias que dentro de un lapso de excepción, puedan conducir a que se ejercite las prerrogativas extraordinarias contenidas en la declaratoria. En este contexto, la frase <<[...] cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales>>, no hay que concebirla como un condicionante, sino como una proyección prevista por el Constituyente, pues la declaratoria de excepción no suspende como tal derechos, sino otorga la posibilidad de que a consecuencia de las circunstancias fuera de lo común que incentivaron su declaratoria, se llegue a limitar el ejercicio de algunos de ellos.

En efecto, basta considerar lo establecido en el Art. 165 de la Constitución de la República que dice: “Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de

asociación y reunión y libertad de información, en los términos que señala la Constitución”. En este contexto, más allá de la mención o no de los derechos cuyo ejercicio se limitaría con la declaratoria del estado de excepción, los únicos que podrían limitarse son los mencionados [*en el artículo 165 de la Constitución*], pues si se establece como derechos a ser limitados otros que no sean los contenidos expresamente [...] en la Constitución, su limitación no procede, debido a que gran parte de la doctrina, así como de los arreglos jurídico-constitucionales de la mayoría de países pertenecientes a las democracias occidentales, establecen como derechos susceptibles de limitación en estado de excepción, básicamente los derechos civiles de inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, libertad de tránsito, asociación, reunión e información.

Por último, se debe aclarar que el estado de excepción no da carta blanca a la violación indiscriminada de los derechos, pues tan solo otorga la posibilidad (que puede concretarse o no) de limitar determinados derechos civiles, evento en el cual, dicha limitación debe motivarse en virtud de las características del caso concreto.

El estado de excepción es un mecanismo o arreglo normativo-constitucional con que cuentan los Estados Democráticos para enfrentar problemas de variada índole, así como, defender los derechos de los ciudadanos que desarrollan su existencia dentro del territorio nacional y que a causa de eventos imprevisibles, dichos derechos no pueden ser protegidos con los mecanismos jurídico-institucionales regulares acogidos en la normativa Constitucional y legal.

Tanto en derecho internacional como en derecho interno, el estado de excepción implica la suspensión del ejercicio de determinados derechos, sin que esto signifique que aquella facultad sea ilimitada. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva OC-8-87³ indica que los Estados tienen el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, por lo que el único fin de la declaratoria de estados de excepción, es el respeto de los derechos, la defensa de la democracia y de las instituciones del Estado.

En este contexto, la declaratoria de Estado de excepción tiene como fin⁴ lograr la normalidad institucional del Estado en épocas de crisis, ya sea

² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia que realiza control de constitucionalidad del Estado de Excepción sobre gripe A1H1. Protección del derecho social a la salud (JP. Roberto Brhunis Lemarie)

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8-87, “El Habeas Corpus bajo la suspensión de garantías”. 30 de enero de 1987, párrafo 20.

⁴ Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 002-09-SEE-EE, a sus vez incorpora este criterio al caso 002-10-EE (JP) Dr. Roberto Brhunis Lemarie.

evitando o mitigando las amenazas a la propia existencia de la sociedad organizada como un todo, y de los ciudadanos que la componen concebidos en su individualidad.”

Los estados de excepción sirven para afrontar situaciones extraordinarias, o como su nombre lo indica, excepcionales, que no pueden ser afrontadas de forma ordinaria. Adicionalmente, se debe tratar de situaciones presentes y verificables, o de ocurrencia inminente, las que unidas a su gravedad le permiten a la Función Ejecutiva declarar la anormalidad⁵.

De la revisión del Decreto Ejecutivo N.º 389 se evidencia que se trata de un estado de excepción que, entre otras cosas, busca la protección del derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice el buen vivir, *sumak kawsay*, conforme el artículo 14 de la Constitución de la República, que dice:

“Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la preservación del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”.

La norma constitucional contiene varias disposiciones mandatorias, de acción y omisión, enmarcadas dentro de los principios de preservación, conservación, equilibrio, biodiversidad e integridad, aspectos que jurídicamente exponen una relación mutua de la naturaleza con el ser humano y el Estado.

La estructura de la norma *supra*, expone lo siguiente: *i*) objeto: deber ser constitucionalmente justo, garantizar el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*; *ii*) Los medios sobre los cuales se sustenta la garantía: son los principios constitucionales recogidos en la norma *supra*, que buscan conducir, a través de acciones u omisiones –a todos, Estado y pueblo–, a la aplicación del derecho social a vivir en un ambiente sano que garantice el buen vivir; y, *iii*) relación subjetiva: el Estado a través de sus organismos, dentro del marco de sus competencias, debe realizar acciones u omisiones que conduzcan permanentemente a garantizar el derecho de la población a vivir bien, entre otros derechos, incluye el ambiente sano; así como el deber de las personas a ejercer sus libertades –que no son derechos absolutos– en relación con otros derechos, dentro de los límites constitucionales, que incluye las exigencias de un modelo solidario y ecológicamente sustentable, como el de mantener su entorno limpio y libre de contaminación, lo que implica el respeto y conservación del ambiente a través de medios constitucionales que se encuentran dentro del sistema institucional para hacer valer esas garantías. La Función Ejecutiva, como parte del Estado, a través del decreto ejecutivo N.º 389 Estado de Excepción, emitido en uso de sus facultades constitucionales –artículo 389 de la Constitución– está facultado a proteger derechos constitucionales que se encuentran gravemente amenazados o vulnerados, por intervención del ser humano o fenómenos naturales, aun cuando la aplicación de este mecanismo suponga que temporalmente se garantice uno o varios

derechos sociales en detrimento temporal, racional y proporcional de otros derechos dentro del marco de la Constitución.

Formulación del carácter de la excepción de acuerdo al principio de necesidad

La palabra emergencia proviene del latín “*emerger*”, que significa transitar de un estado hacia otro, es decir, transitar desde la excepcionalidad hacia la normalidad⁶.

En palabras de Néstor Pedro Sagüés:

“[...] va a ser el estado de necesidad quien amenaza disolver, fríamente, la fórmula esencial sobre la que reposa el sistema: el derecho de necesidad, en efecto, hijo primogénito del estado de necesidad, puede no respetar al principio de supremacía constitucional. Y a menudo, lo supera. Antes de proseguir, conviene aclarar dos cosas. La primera, es cuando aquí se alude a “estado de necesidad”, no se está pensando, desde luego, en la simple “necesidad” de sancionar una norma, o ejecutar uno o más hechos, sino a una hipótesis genuinamente extrema donde el estado, o el sistema político, corre un peligro real de destrucción o caos social. Se está mentando, entonces, una grave crisis sistémica y tensiva, apta para desarticular o quebrar la funcionalidad del régimen. En segundo lugar, que en ese ‘estado de necesidad’ bueno es distinguir la situación crítica en sí misma, del ‘sujeto necesitado’ que es quien debe adoptar las medidas para enfrentarla, y el ‘derecho de necesidad’ dictado para superar el trance. [...] La pregunta es si ese derecho de necesidad puede armonizarse con la Constitución⁷”.

La esencia del estado de excepción está relacionada directamente con la necesidad⁸ y la crisis; en efecto, dentro

5 María Cristina Patiño G, Estados de Excepción y Habeas Corpus, Bogota, 2007, I Edc., biblioteca de Tesis doctorales, Edt. Ibáñez y Academia Colombiana de la Colombiana, p. 263

6 Corte Constitucional para el periodo de transición, dictamen en el caso No.- 010-10-EE (JP) Dra. Nina Pacari, cita a Alberto Dalla; “Emergencia constitucional y control de la delegación legislativa”, en Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles; Víctor Bazán Coordinador; Ediar / UNAM, México, 2003, págs. 1059.

7 *Ibidem*, Néstor Pedro Sagüés; “Los roles del poder judicial ante el estado de necesidad”; en Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles; Víctor Bazán Coordinador; Ediar / UNAM, México, 2003, págs. 1045, 1046.

8 *Ibidem*, “La doctrina de la necesidad responde a la cuestión de determinar la razón o el fundamento por el cual un simple ejercicio de poder –en principio ilegal- debe considerarse como jurídico (legitimación a posteriori). Se trataría de un derecho ilegal aunque jurídico, toda vez que se funda en la necesidad, o producido como consecuencia el estado de necesidad. [...] Aún cuando la razón de estado incorporó el estado de necesidad a los textos constitucionales, su fundamento tiene una raíz autoritaria basa en la necesidad de eliminar a los enemigos del Estado [...]”. (Alberto Dalla; “Emergencia constitucional y control de la delegación legislativa”, en Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles; Víctor Bazán Coordinador; Ediar / UNAM, México, 2003, págs. 1063).

de las causales para que el Presidente de la República pueda activar este mecanismo, constan las siguientes: caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. En el caso concreto, el decreto ejecutivo *supra*, sirve para prevenir deslaves y remediar los daños causados en el Río Paute, así como para evitar perjuicios a la población y al sistema eléctrico nacional, producto de un fenómeno natural y de la explotación minera-extractiva, antitécnica e ilegal que existía en la Zona 1 de la Josefina de la Provincia del Azuay.

Análisis formal de la declaratoria de Estado de Excepción del Decreto Ejecutivo N.º 254 del 20 de febrero del 2010

El artículo 166 de la Constitución de la República dispone que el Presidente Constitucional de la República, notifique la declaratoria del estado de excepción y envíe el texto del decreto correspondiente a la Corte Constitucional, a la Asamblea Nacional y a los organismos internacionales que correspondan, dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, para efectos de su control de constitucionalidad. El Decreto Ejecutivo de declaratoria del estado de excepción, conforme su artículo 9, dispone la notificación a los organismos nacionales e internacionales pertinentes. La Función Ejecutiva, el 17 de junio del 2010, expide el referido decreto y el 18 de los mismos mes y año, mediante oficio N.º T.5293-SNJ-10-944 se envió a la Corte Constitucional; por lo tanto, se considera que la notificación fue realizada dentro de los límites temporales pertinentes.

Por otra parte, el Decreto Ejecutivo N.º 389 del 17 de junio del 2010, cumple con los requisitos formales establecidos en el artículo 120 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues contiene:

1) Identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca.- En la exposición de motivos del decreto *supra* y el artículo 1 del mismo consta: Que la emergencia surge del estudio efectuado por el Consejo de Gestión de Aguas de la Cuenca del Paute, en el cual se señalan riesgos provenientes de la deforestación, alteración del sistema de drenaje y la explotación ilegal. Se especifica las dimensiones sobre las cuales ejerce el decreto ejecutivo, esto es, los cerros de la Zona Especial 1⁹ de La Josefina, de la provincia del Azuay. El objeto es garantizar a la población el derecho social a vivir bien, lo cual incluye un ambiente sano, así como busca evitar desastres naturales, como son: los deslaves, la alteración de drenaje del cause del Río Paute, la deforestación y la afectación del sistema hidroeléctrico y sus respectivas consecuencias, como es evitar una grave conmoción interna. Respecto a la pertinencia de la declaratoria de estado de excepción se invoca las facultades conferidas al Presidente Constitucional de la República en el artículo 164 de la Constitución. Respecto a la norma compatible con la referida declaratoria, se evidencia que es la contenida en el artículo 14 de la Constitución de la República, relativa al derecho a vivir en un ambiente sano y saludable, así como el *sumak kawsay*.

2) Justificación de la declaratoria.- El estado de excepción justifica su expedición debido a la necesidad de prevenir un desastre natural, una conmoción interna y reparar la vulneración de los derechos de la naturaleza, como es la

deforestación, la explotación antitécnica de minas y la afectación del cause agua del Río Paute que amenaza al sistema eléctrico nacional.

3) Motivación.- El decreto ejecutivo, conforme consta en la exposición de motivos, se sustenta en estudios sobre la zona 1 de la Josefina en Azuay, en la cual se aplica el estado de excepción que corresponde a los hechos fácticos, en normas jurídicas constitucionales y legales sobre las cuales se sustenta la referida declaratoria, así como justifica el estado de necesidad para establecer medidas excepcionales e intervenir de forma urgente con el propósito de evitar un desastre natural, la afectación al sistema eléctrico nacional y la posibilidad de una conmoción interna.

4) Ámbito territorial.- El decreto de estado de excepción *supra*, conforme su artículo 2, se encuentra delimitado al área que comprende la Zona 1 de la Josefina de la Provincia del Azuay, dentro de las coordenadas georeferenciadas que se detallan a continuación:

"Zona 1"		
VERTICES	LATITUD	LONGITUD
A	9686000	739000
B	9686000	749000
C	9683000	749000
D	9683000	739000"

Superficie sobre la cual se ejerce, conforme los mandatos constitucionales, el Estado de Excepción.

5) Temporalidad.- El artículo 4 del decreto ejecutivo del Estado de Excepción que se analiza, expresa que regirá un plazo de 60 días contados a partir de su suscripción, hecho que se encuentra conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 166 de la Constitución de la República.

6) Notificación.- La declaratoria de estado de excepción: se verifica la notificación a la Corte Constitucional, así como a la Organización de Naciones Unidas, ONU, y la Organización de Estados Americanos, OEA.

Control Formal de las medidas adoptadas con fundamentos en el decreto ejecutivo N.º 389

Para finalizar el control formal es menester realizar el análisis de las medidas adoptadas con fundamento en los requisitos de forma, según lo establece el artículo 122, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

1. El acto mediante el cual se dicta la medida de excepción es el decreto ejecutivo signado con el número 389, dictado el 17 de junio del 2010.

2. Conforme lo establece el artículo 14 de la Constitución, dispone que es derecho de la población vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado que tienda al

⁹ Vértices, latitud y longitud constan en el decreto *supra*.

sumak kawsay o buen vivir, lo que incluye que el Estado, en ejercicio de sus facultades, evite, por acción, que se agrave la situación provocada por la antitécnica explotación minera, la deforestación y sus consecuencias *supra*. Por estas razones se considera que la declaratoria de Estado de Excepción, formalmente, es adecuada y, por tal, se declara su pertinencia.

Control material del Decreto Ejecutivo 230 del 20 de enero del 2010

Cabe identificar cuál es el marco constitucional por el fondo, de los derechos constitucionales sobre los cuales se pronuncia la Corte en virtud de la declaratoria del Estado de Excepción, respecto al derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que implica la prohibición de contaminación, deforestación, explotación irracional de recursos naturales y afectación al agua, que es recurso estratégico y altamente protegible, con la finalidad de que todos podamos disponer de agua de forma suficiente, salubre, accesible y asequible para uso humano, garantizando la soberanía alimentaria, el caudal ecológico, hidroeléctrico y las actividades productivas. Este derecho busca mantener un equilibrio entre el ser humano, los recursos naturales y el desarrollo, en un marco de racionalidad y equilibrio. Para tal efecto, el Estado garantiza a sus habitantes el acceso a los derechos constitucionales y en especial constituye el marco de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como son el agua, el ambiente, la salud, la educación, el desarrollo, etc., no solo de forma enunciativa o declarativa, sino como toda una estructura conducente a que los mismos se viabilicen en el caso concreto respecto al derecho humano al acceso al agua, la naturaleza, el ambiente, las libertades y derechos sociales. El Estado asume un rol protagónico en el respeto de estos derechos, para lo que ha establecido mecanismos efectivos para su aplicación.

El control material del estado de excepción se realizará en sus dos dimensiones: material de la declaratoria y material de la medida. Análisis que se efectúa bajo los parámetros de los artículos 121 y 123 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el siguiente sentido:

Control material de la declaratoria de Estado de Excepción (artículo 121 LOGJCC).- parámetros de la declaratoria

1) Los hechos que motivan la existencia del estado de excepción.- La necesidad de adoptar medidas excepcionales conducentes a enfrentar la deforestación, la explotación antitécnica de minas, la alteración del drenaje de agua, la afectación del sistema eléctrico nacional y la conmoción social, junto al objeto de garantizar un ambiente sano y ecológicamente sustentable, la captación y provisión de agua para la represa hidroeléctrica, justifican la existencia del decreto ejecutivo de estado de excepción.

2) Motivación para la declaratoria del Estado de Excepción.- Conforme el decreto ejecutivo N.º 389, se verifica que la declaratoria se encuentra motivada en hechos fácticos *supra*, normas jurídicas constitucionales, artículos 14, 164, 165, 166 y 389 de la Constitución, y normas Infraconstitucionales pertinentes, aspectos que justifican la

extraordinariedad de la medida debido a la excepcionalidad y necesidad de la situación *supra*, que es producto de la prevención de un desastre, ya que por motivo de la deforestación, deslaves y explotación antitécnica de recursos minerales, se ha puesto en grave riesgo a la Zona 1 de la Josefina de la Provincia del Azuay. El decreto de estado de excepción tiene por finalidad, entre otras, evitar una grave conmoción social (artículo 164 CRE y artículo 121, numeral 2 LOGJCC).

3) El régimen constitucional ordinario es insuficiente para satisfacer la gravedad de este caso.- La deforestación, deslaves y explotación antitécnica de los recursos minerales afectan de forma grave el cause del Río Paute en la Zona 1 de la Josefina de la Provincia del Azuay, circunstancia que puede ser irreversible si no interviene el Estado de forma urgente. La Función Ejecutiva, a través del decreto ejecutivo de excepción N.º 389, busca hacerle frente a esta situación, disponiendo la movilización de los habitantes del área de influencia directa e indirecta de la cuenca del Río Paute, de tal manera que la población, las Fuerzas Armadas, los Ministerios del Ambiente, Recursos No Renovables, Ambiente, Desarrollo Urbano y Vivienda, Ministerio de Coordinación y Seguridad, la Administración de Justicia y las Instituciones de la provincia, y los gobiernos seccionales autónomos de la provincia del Azuay deberán coordinar esfuerzos con el fin de ejecutar acciones necesarias e indispensables para la atención del presente estado de excepción (artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8, Decreto 389). Las circunstancias antes señaladas verifican la necesidad de suspender, adecuadamente, el derecho de libertad de tránsito dentro de la Zona de la Josefina Provincia del Azuay, artículo 4, Decreto N.º 389, suspensión que deberá tomar en cuenta que la disposición de movilización de la población de la zona debe realizarse dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. Esto exige que se informe a la población sobre las causas y razones de su movilidad, a fin de evitar que al momento de la intervención de las Fuerzas Armadas, de ser el caso, se afecten otros derechos fundamentales, que no se encuentran previstos en el Estado de Excepción, así como se exige la realización del catastro de la población, en el que se incluya su avalúo y el censo, artículo 6 Decreto 389, al constituir todos estos actos, calificados como medidas extraordinarias, se considera que para ejecutarlos existe un fin constitucionalmente justo, artículo 14 de la Constitución de la República.

Control Material de las Medidas dictadas en el estado de excepción:

1) Para calificar el estado de necesidad del decreto ejecutivo N.º 389 de excepción, se debe justificar la gravedad de la situación, así como demostrar que no exista otro medio menos oneroso para que se expida el mencionado decreto. En ese sentido, como ya se dejó señalado, se verifica que no ha existido otro medio ordinario idóneo y suficiente, como una política pública que haya previsto y protegido el derecho al ambiente y el *sumak kawsay*, así como el tratamiento de la cuenca de agua del Río Paute y el sistema hidroeléctrico, se justifica la intervención inmediata y directa del Estado a través de la Función Ejecutiva.

2) Se justifica la restricción del derecho a la libre movilidad en la Zona 1 de la Josefina de la Provincia del Azuay, de forma proporcional en relación a los hechos que dieron

lugar a la declaratoria *supra*. La explotación antitécnica, la deforestación, la alteración del sistema de drenaje y amenaza de conmoción social provocada por el posible déficit hidroeléctrico en Paute, afectaría a todo el país. Es decir, que la emergencia se produce por la falta de una extracción racional de los recursos mineros, en los cuales se evidencia una falta de equilibrio entre los recursos de la naturaleza y la población de la zona. Estos hechos provocados por la mano del ser humano y el desgaste de la naturaleza, motivan la intervención del Estado de forma urgente para la protección del derecho fundamental establecido en el artículo 14 de la Constitución de la República del Ecuador.

3) Relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria de las medidas adoptadas: La medida causal directa se relaciona con varios factores que requieren ser regulados debido a la afectación de los recursos naturales por la intervención irracional del ser humano, circunstancia que afecta el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente sustentable, conducente a la materialización del *sumak kawsay* (artículo 14 CRE).

4) Idoneidad¹⁰ para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria: Se verifica que el decreto ejecutivo *supra* es adecuado porque contribuye a un fin constitucionalmente legítimo, que es garantizar los derechos de la naturaleza, el ambiente y la población de la provincia del Azuay, en particular, y del Ecuador en general. De lo que se colige que la norma que se examina posee un fin constitucionalmente legítimo, y en segundo término, es idónea porque su intervención es temporal y sirve para favorecer el derecho al ambiente.

5) El presente estado de excepción no restringe derechos fundamentales en su núcleo esencial, al disponer la movilización de la población ubicada en la Zona 1 de la Josefina de la Provincia del Azuay, y a las autoridades de la Administración Pública Central y los Gobiernos autónomos de la misma provincia, con la finalidad de superar el estado de excepción, es decir de forma racional y temporal.

6) No se interrumpe ni altera el normal funcionamiento del Estado, ya que es claro que la declaratoria del estado de excepción no suspende gravemente los derechos protegidos por la Constitución de la República, ni afecta a la división de poderes, que es la garantía de la democracia.

Toda vez que en el decreto que se examina se encuentran determinadas las causas y las razones formales y materiales de su expedición, se considera pertinente y necesaria la declaratoria del estado de excepción, ya que en lo principal previene una grave conmoción interna por el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y sustentable, precautelando así el bienestar general e individual.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, emite el siguiente:

¹⁰ Carlos Bernal Pulido, El principio de Proporcionalidad de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003 p. 689.

DICTAMEN

1. Declarar la procedencia formal y material del Decreto Ejecutivo N.º 389, Estado de Excepción emitido el 17 de junio del 2010, en la Zona Especial 1 de La Josefina de la Provincia del Azuay.

2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (E).

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con siete votos a favor, de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Ruth Seni Pinoargote, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Edgar Zárate Zárate y Manuel Viteri Olvera; sin contar con la presencia de los doctores Nina Pacari Vega y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día jueves ocho de julio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 15 de julio de 2010

Sentencia N.º 030-10-SEP-CC

CASO N.º 0700-09-EP

Juez Constitucional Ponente: Dr. Alfonso Luz Yunes

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
para el período de transición:**

I. ANTECEDENTES:

Resumen de admisibilidad

La causa ingresó a la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el día 10 de septiembre del 2009.

El Secretario General de la Corte Constitucional, el día 21 de octubre del 2009, certificó que no se había presentado otra demanda con identidad de sujeto, objeto y acción.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, el día 25 de enero del 2010, aceptó al trámite la acción extraordinaria de protección N.º 0700-09-EP.

La Primera Sala de Sustanciación, el día 24 de febrero del 2010, avocó conocimiento de la causa, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 52 del 22 de octubre del 2009. De acuerdo al sorteo efectuado, correspondió sustanciar la presente acción al señor Juez Constitucional Dr. MSc. Alfonso Luz Yunes.

De la demanda

El señor doctor José Fernando Rosero González, en su calidad de concesionario de la frecuencia 102.0 MHz de Radio "Armonía Musical", de conformidad con lo dispuesto en los artículos 87, 94, 437, 439 y 440 de la Constitución de la República; 52, 53, 54, 55, 56, 57 y más pertinentes de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, presentó acción extraordinaria de protección con medida cautelar conjunta.

Manifiesta que se ha vulnerado el contenido de los artículos 66, numerales 4, 6, 13, 15, 17 y 24; 76, numeral 7, literales *a, b, c, d, i, l y m* de la Constitución de la República.

La decisión judicial que impugna es la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, del 26 de agosto del 2009.

Agrega que el día 31 de octubre de 1994, ante el Notario Décimo Octavo del cantón Quito, se suscribió un contrato de concesión de un canal de radiofrecuente denominado Armonía Musical, en la ciudad de Guayaquil, entre la Superintendencia de Telecomunicaciones y Fernando Rosero González, con una duración de cinco años, cambiándose de frecuencia de 103.9 MHz a 102.9 MHz, por razones de carácter técnico.

El día 22 de marzo de 1996, ante el Notario de Quito, Dr. Enrique Díaz Ballesteros, la Superintendencia de Comunicaciones y el concesionario suscribieron el contrato modificatorio, mediante el cual la Superintendencia otorgaba al concesionario la frecuencia 102.9 MHz, para servir a la ciudad de Salinas, para que operen en la misma y simultánea programación de la estación matriz.

En resolución N.º 2530-CONARTEL-03 del 16 de agosto del 2003, se le autorizó la concesión de la frecuencia 102.5 MHz para servir a la ciudad de "Santo Domingo de los Colorados".

Ante su pedido realizado para obtener la concesión de la frecuencia 102.9 MHz para instalar y operar una radiodifusora en la ciudad de Quito, la Superintendencia de Comunicaciones celebró el contrato de concesión ante el Notario de Quito, Dr. Enrique Díaz Ballesteros, el 22 de marzo de 1996, concediendo el canal radiofrecuente para que ponga en funcionamiento la estación denominada Radiodifusora ARMONÍA MUSICAL de categoría comercial privada, autorizando la utilización de la frecuencia 102.9 MHz por el tiempo de cinco años.

El 14 de noviembre de 1996 solicitó la autorización para ampliar la cobertura de la estación hacia las ciudades de Ambato, Latacunga y sus alrededores. El CONARTEL, mediante resolución N.º 2648-CONARTEL-03 del 16 de agosto del 2003, resolvió "Autorizar a favor de la Radio "ARMONIA MUSICAL", frecuencia 102.9 MHz, matriz de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, del concesionario señor Fernando Rosero González, la concesión de la frecuencia 102.5 MHz, para operar una estación repetidora para servir a las ciudades de Ambato-Latacunga, provincias de Tungurahua y Cotopaxi...".

En base a lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Política de la República presentó acción de amparo constitucional ante el Tribunal Distrital N.º 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, en contra del acto administrativo contenido en la resolución administrativa N.º 00138-Conartel-97 expedida el 28 de octubre de 1997 por el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL y su ratificación constante en resolución N.º 00291-Conartel-97 del 3 de diciembre de 1997, en virtud de la cual se dispuso la terminación del contrato de concesión del 22 de marzo de 1996.

En resolución del 21 de enero de 1998, el Tribunal Distrital de Guayaquil concedió la acción de amparo debido a que CONARTEL, al dictar las resoluciones, inobservó las normas constitucionales y legales, lo que fue ratificado por el Tribunal Constitucional en resolución del 17 de agosto de 1999.

El CONARTEL, en resolución N.º 5522-CONARTEL-09 del 28 de enero del 2009, que le fuera notificada en su domicilio, acogiendo los informes N.º ITC-2008-4489 del 10 de diciembre del 2008 de la Superintendencia de Telecomunicaciones y CONARTEL-AJ-08-988 del 24 de diciembre del 2008, resuelve negar la renovación del contrato de concesión de la frecuencia 102.9 MHz de la Estación ARMONÍA MUSICAL de la ciudad de Quito de 23 de marzo de 1996, por no haber cumplido con uno de los requisitos que determina el artículo 20 del Reglamento General de la Ley de Radiodifusión y Televisión, al no operar conforme a la Ley de Radiodifusión y Televisión y, en consecuencia, terminar la concesión por haber vencido el plazo del contrato de concesión vigente hasta el 23 de marzo del 2001.

Con oficio N.º 1022 del 27 de febrero del 2009 impugnó la resolución N.º 5522-CONARTEL-09 del 28 de enero del 2009, la que fue rechazada mediante resolución N.º 5676-CONARTEL-09 del 11 de marzo del 2009, notificada con oficio N.º CONARTEL-SG-09-1310 del 31 de marzo del 2009, acogiendo el informe jurídico contenido en el memorando N.º CONARTEL-AJ-09-196 y por tanto se ratifica la resolución N.º 5522 CONARTEL-09 del 29 de enero del 2009.

Que el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL, mediante resolución N.º 5201-CONARTEL-09 del 24 de septiembre del 2008, notificada el 21 de mayo del 2009 en su domicilio, mediante oficio N.º CONARTEL-SG-08-4013 resolvió revocar la resolución N.º 2648-CONARTEL-03 del 16 de agosto del 2003, con la cual se autorizó la concesión de la frecuencia 102.5 MHz, utilizando la red de enlaces autorizada para operar una estación repetidora para servir a las ciudades de Ambato-Latacunga de Radio Armonía musical, 102.9 MHz, matriz

de la ciudad de Guayaquil, al amparo del artículo 18 del Reglamento General a la Ley de radiodifusión y Televisión.

Mediante acción de protección, la que correspondió conocer al Juez Vigésimo Cuarto de lo Civil de Guayaquil, impugnó la resolución N.º 5522-CONARTEL-09, quien en sentencia del 10 de marzo del 2009, declaró su competencia para conocer y resolver la acción de derechos presentada en contra del Presidente y representante legal de CONARTEL, desechando la excepción de incompetencia por razón de territorio alegada por los demandados y, en lo principal, declaró con lugar la demanda y dejó sin efecto el acto administrativo contenido en la resolución N.º 5522-CONARTEL-09 del 28 de febrero del 2009. Esta sentencia fue impugnada por CONARTEL y por el Procurador General del Estado, para ante la Corte Provincial del Guayas, correspondiendo por sorteo conocer y resolver a la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, la que revocó la sentencia subida en grado y declaró sin lugar la demanda presentada.

Presentó acción de protección, que le correspondió por sorteo conocer al Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha (N.º 921-2009-PS), quien la admitió a trámite, y en sentencia del 22 de julio del 2009 fue desechada por cuanto: *“...el propio accionante Fernando Rosero en su libelo de demanda reconoce y adjunta la sentencia dictada por el Juzgado Vigésimo Cuarto de lo Civil de Guayaquil y que por el recurso de apelación ha sido conocida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, que sobre la misma materia y objeto ya presentó una acción de protección, situación jurídica que le impide volver a presentar otra demanda de acción de protección...”*. De esta sentencia presentó impugnación, la que por sorteo le correspondió conocer a la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que en sentencia del 26 de agosto del 2009, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia recurrida, disponiendo el archivo de todas las acciones.

Solicita que se declare la nulidad absoluta de la sentencia judicial, firme y ejecutoriada, dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha del 26 de agosto del 2009, por haberse vulnerado sus derechos constitucionales *“que emanan de la expedición del acto administrativo contenido en la Resolución No. 5522-CONARTEL-09 de 11 de marzo de 2009 y del acato precedente y a la vez consecuente del primero, Resolución No. 5201-CONARTEL-08 de 24 de septiembre de 2008 expedidas por el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión-CONARTEL.”*

Contestación a la demanda

Los señores doctores María Cristina Narváez Quiñónez, Fabián Jaramillo Tamayo y Luis Araujo Pino, Jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, manifiestan que como lo señala el accionante en su demanda, la Sala confirma la sentencia recurrida por haber presentado ya otra demanda de acción de protección. Que el hecho de que la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial del

Guayas en la sentencia dictada haya revocado la sentencia subida en grado y declarado sin lugar la demanda presentada por el doctor Fernando Rosero González contra el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión CONARTEL, dejando a salvo los derechos de los que se considere asistido para hacerlos valer ante las autoridades que correspondan, no significa que deba presentar una nueva demanda de acción de protección ante otro juez constitucional de la ciudad de Quito. Que también se debe señalar el hecho de que el accionante acepta no haber declarado bajo juramento que haya presentado otra acción por la misma materia y objeto.

La doctora Martha Escobar Koziel, Directora Nacional de Patrocinio (e), Delegada del Procurador General del Estado, señala que la acción planteada es improcedente, ya que su pretensión no se encasilla en lo previsto en los artículos 94 de la Constitución de la República y 52 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición. Que se pretende volver a sustanciar una acción de protección que fue resuelta. El actor presentó dos acciones de protección con identidad objetiva, subjetiva y de causa, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 8, numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Solicita que se niegue la demanda planteada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones extraordinarias de protección al amparo de lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, en concordancia con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N.º 499 del 20 de octubre del 2008 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 del 22 de octubre del 2009.

Naturaleza y objeto de la acción extraordinaria de protección

La intensa labor que ejercen los operadores de justicia en las diversas materias que conocen, según la distribución legal, en razón del volumen de su trabajo u otros, podría ocasionar que cometan, por acción u omisión, vulneración de uno o más de los derechos de los que consagra la Constitución de la República a favor de las personas. Esta situación resulta grave para quien sufre el agravio, con mayor razón si agotó los recursos ordinarios y extraordinarios que la ley establece para cada asunto. Justamente para tutelar, proteger y remediar estas situaciones que atentan contra el buen convivir, el legislador constituyente incorporó a la Carta Magna la acción extraordinaria de protección, para que quien resulte afectado con la violación del o los principios constitucionales acuda ante el máximo organismo administrador de justicia constitucional, a fin de que éste, luego del trámite respectivo, declare la vulneración del derecho constitucional y ordene la reparación del daño ocasionado adoptando las medidas que la misma Constitución y la ley establecen.

La acción resulta nueva en el derecho constitucional del país y muy avanzada en este tipo de derecho en América. Seguramente, el legislador constituyente recogió el anhelo de la sociedad que busca protección efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses de todo orden, los que en no pocos casos se han visto conculcados por la acción de algunos jueces que administran justicia en el campo ordinario, por lo que estableció un control superior por parte de jueces constitucionales, cuya labor será precisamente verificar que en esa actividad los jueces comunes hayan observado, básicamente, el debido proceso y las demás garantías que la Constitución determina dentro de los procesos confiados a su responsabilidad y teniendo siempre presente el principio de la supremacía de las disposiciones constitucionales sobre cualesquiera otras.

Sin embargo, vale decir que la existencia de esta acción en la actual Constitución, cuenta con criterios opuestos, con argumentos importantes como aquel que sostiene que con ella se rompe la institución de cosa juzgada, parte del sistema jurídico del país, cuya esencia radica en la negativa de volver a debatir un asunto resuelto en definitiva instancia, que es contra las que procede la mencionada acción; empero, quienes saludan con satisfacción la incorporación de la misma, sostienen puntos de vista en el sentido de que debe estimarse que la Constitución es posterior a toda norma que consagra dicha institución y que, bajo el principio de la supremacía constitucional, queda sometida a éste, amén de que el Estatuto Máximo contiene un amplio espectro garantista, por lo que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales”.

El acto materia de la acción extraordinaria de protección, sus fundamentos y pretensión

El legitimado activo, Dr. José Fernando Rosero González, en ejercicio del derecho constitucional que le asiste, ha presentado acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha del 26 de agosto del 2009, mediante la cual desestima el recurso de apelación que presentó en contra de la sentencia dictada por el Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha, quien también desechó su acción de protección.

Esta última acción fue presentada en contra de la resolución N.º 5522-CONARTEL-09 del 28 de enero del 2009, que le fue notificada al demandante el día 13 de febrero del mismo año, mediante oficio N.º SEN-2009-0164, en el que le hacen saber que acogiendo los informes N.º ITC-2008-4489 del 10 de diciembre del 2008 de la Superintendencia de Comunicaciones, y N.º CONARTEL-AJ-08-988 del 24 de los mismos mes y año, resuelve negar la renovación del contrato de concesión de la frecuencia 102.9 MHz de la Estación “ARMONIA MUSICAL” de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, contrato suscrito el día 23 de marzo de 1996, “por no haber cumplido con uno de los requisitos que determina el Art. 20 del Reglamento General a la Ley de Radiodifusión y Televisión, al no operar conforme a la Ley de Radiodifusión y Televisión...”. Que impugnó esta resolución, pero que el 11 de marzo del 2009, mediante resolución N.º 5676-CONARTEL-09, notificada por oficio N.º CONARTEL-SG-09-1310 del 31 de marzo del 2009, acogiendo el informe jurídico N.º CONARTEL-AJ-09-196,

fue rechazada la impugnación que realizó contra la resolución antes aludida.

Que el Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha desechó la acción, bajo la alegación de que igual demanda había presentado en la ciudad de Guayaquil, lo que no está permitido constitucional ni legalmente.

Los jueces provinciales de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dijeron en su sentencia que “...analizada la prueba en su conjunto, el actor de la acción de protección que es de conocimiento de la Sala, no ha declarado bajo juramento haber presentado otra acción de protección sobre la misma materia y objeto; así mismo, ha quedado demostrado que el accionante presentó más de una acción de protección sobre la misma materia y objeto;...”.

Derechos constitucionales vulnerados

Dice el accionante que la sentencia que impugna ha vulnerado sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, al derecho a la defensa, a la debida motivación y a la seguridad jurídica. Que entre las garantías al debido proceso se inobservó lo que disponen los literales *a, b, d, i, l* y *m*.

Pretensión

Manifiesta el accionante, una vez que expuso los fundamentos de los que se cree asistido, que: “*Concretamente pretendo con esta acción que se declare la invalidez jurídica y consecuentemente la nulidad de la sentencia judicial, firme y ejecutoriada, dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha a las 09H44 del día 26 de agosto del 2009, en consecuencia, se me conceda el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, por vulneración de mis derechos constitucionales que emanan de la expedición del acto administrativo contenido en la resolución No. 5522-CONARTEL-09, de 28 de enero del 2009, ratificada por la resolución No. 5676-CONARTEL-09, de 11 de marzo del 2009 y del acto precedente y a la vez consecuente del primero, resolución No. 5201-CONARTEL-08 de 24 de septiembre del 2008, expedidas por el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión...*”.

La contestación de los legitimados pasivos

En lo medular, los miembros de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha alegan que, en uso de sus atribuciones, procedieron a dictar sentencia dentro del trámite de la acción de protección seguida por el doctor Rosero González, confirmando la del inferior “...por haber el accionante..., presentado ya otra demanda de acción de protección; toda vez que el hecho de que la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial del Guayas, en la sentencia dictada haya revocado la sentencia subida en grado y declare sin lugar la demanda presentada por el Dr. Fernando Rosero González contra el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión Conartel, “Dejando a salvo los derechos de que se considere asistido el actor, para hacerlos valer ante las autoridades que correspondan...” hecho que de modo alguno determina que

debe presentar una nueva demanda de acción de protección ante otro juez constitucional de la ciudad de Quito; y, por otra parte es necesario señalar que Fernando Rosero González, acepta no haber declarado bajo juramento que haya presentado otra acción de protección por la misma materia y objeto”.

Que el demandante, al ejercer la acción, ha reconocido que la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas se ha pronunciado sobre lo principal, al sostener que los argumentos que expuso en la demanda no son de legalidad sino de constitucionalidad, pretendiendo rebatir el contenido de dicha sentencia.

El literal **g** del numeral 2 del artículo 44 de las Reglas de Procedimiento, publicadas en el Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008 dice que:

“Si el demandante ha presentado más de una acción sobre la misma materia y objeto, la jueza o juez dispondrá el archivo de todas las acciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar”.

Comparecencia de la Procuraduría General del Estado

La doctora Martha Escobar Koziel, en su calidad de Directora Nacional de Patrocinio, encargada, Delegada del Procurador General del Estado, dice que la acción es improcedente, porque su objeto no se encasilla en los contenidos de los artículos 94 de la Constitución y 52 de las Reglas de Procedimiento.

Los jueces que expidieron la sentencia actuaron conforme a sus atribuciones constitucionales, aplicando las normas de la Constitución y las Reglas de Procedimiento. Que no procede aceptar la acción, pues la materia de la que se trata ya fue conocida y resuelta, de tal suerte que de no procederse así, se estaría vulnerando el derecho a la seguridad jurídica.

La comparecencia del Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información MINTEL, Presidente del Consejo Nacional de Telecomunicaciones

Concretamente, en cuanto a la acción propuesta por el demandante, sostiene que de la sentencia dictada por los jueces provinciales de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no se advierte que, por acción u omisión, hubieren vulnerado los derechos a los que alude aquél.

Respecto del acto administrativo que se impugnó, debe tenerse presente que el espectro radioeléctrico es de propiedad del Estado, sin que éste se obligue a otorgar concesiones a todo aquél que lo solicite, ni a renovarlas si la operación y la estación no cumple lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, y el artículo 9 de su Reglamento. Agrega que la Corte Constitucional, en sentencia N.º 0006-09-SIC-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 43 del 8 de octubre del 2009, resolvió que: “*El espectro radioeléctrico resulta ser un recurso natural y también un sector estratégico, de conformidad con los artículos 408 y 413 de la Constitución de la República*”. Que las concesiones de canales o frecuencias radioeléctricas pueden ser renovadas, siempre que la estación realice sus

actividades con observancia de la ley y los reglamentos, pues en caso contrario puede terminar la concesión. La Procuraduría General del Estado ha determinado que los contratos de concesión se rigen por el Derecho Público, tanto en su celebración, ejecución y terminación; y que en cuanto a esta última, la ley determina las causas. Luego sostiene que la estación “Armonía Musical”, ha funcionado con características técnicas diferentes a las autorizadas, pretendiendo seguir así, sin someterse a la normativa legal y reglamentaria, por lo que registra varios procesos administrativos de juzgamiento –suman 14–; en lo demás, que el Conartel actuó con apego a lo que dispone la ley, Reglamento, informes de la Superintendencia de Telecomunicaciones y Contraloría.

Consideraciones sobre si la sentencia motivo de la acción extraordinaria de protección está ejecutoriada

Para entrar en materia sobre la cuestión central, es necesario que se determine con precisión este particular.

El artículo 94 de la Constitución de la República del 2008 dispone que:

“Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

En la misma línea del examen, al tratar sobre la competencia de la Corte Constitucional, el artículo 437 de la Constitución del 2008 dice:

“Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.*
- 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución”.*

Es evidente que la una como la otra norma determinan que el acto que es objeto de impugnación que conste en sentencia, auto o resolución, debe estar firme o ejecutoriado, como una primera cuestión; que se hubieren agotado los recursos ordinarios y extraordinarios contra el acto; que de no haberlos interpuesto, tal falencia no sea imputable al demandante de la acción; y que en el procedimiento de juzgamiento se hubiere vulnerado algún derecho de los reconocidos en la Constitución, situaciones que debe justificar el legitimado activo.

El artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional recoge algunos de los requisitos mencionados.

La parte final del numeral 3 del artículo 86 de la Constitución vigente dispone que:

“Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución”.

En la especie, como de manera general se ha mencionado, la acción que motiva este procedimiento es contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral y de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que rechazó el recurso de apelación interpuesto por el legitimado activo, impugnando la sentencia dictada por el Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha, sobre la cual también recae la acción, dentro del trámite de la acción de protección que aquél siguió en contra del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, Conartel, (Ahora Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Conartel), por las resoluciones que éste dictó y que, según el legitimado activo, le afectan.

El mencionado numeral 3 del artículo 86 de la Constitución no establece ningún otro tipo de recursos en contra de las sentencias que dicten los jueces de garantías jurisdiccionales en el ámbito constitucional.

A fin de establecer si la sentencia que motiva la acción extraordinaria de protección está ejecutoriada, la remisión es obligada al Código de Procedimiento Civil. En efecto, el artículo 296 de éste dice:

“Art. 296.- (Casos en que se ejecutoria la sentencia).- La sentencia se ejecutoria:

5. Por haberse decidido la causa en última instancia”.

Si se aplica el contenido de este precepto procedimental a la norma constitucional referida en líneas anteriores, la conclusión que se obtiene es que la sentencia impugnada mediante la acción propuesta, está ejecutoriada, cumpliendo así la primera exigencia constitucional.

Sobre la existencia de dos o más procedimientos en que hay identidad de personas, cosas y acciones

Consideraciones sobre la existencia de dos o más procedimientos en los que exista identidad de personas, cosas y acciones.

El análisis ha de remitirse a buscar la respuesta que más se apegue al respeto a los derechos y garantías constitucionales, en cuanto al tema a tratarse.

El artículo 86 de la Constitución vigente dice:

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

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

Por otro lado, el artículo 44 que trata de las reglas procesales comunes, dice en el literal *a* del numeral 1 que:

“1. Competencia.- Salvo los casos expresamente señalados por la Constitución y estas reglas, son competentes para conocer y resolver los procesos constitucionales para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales de los derechos:

a) En primera instancia, cualquier jueza o juez, sin que importe su especialidad, del lugar donde se originó el acto u omisión que afectó o amenazó el derecho; donde se producen los efectos del acto u omisión; o, en el lugar del domicilio del demandado, para el caso de la acción de protección contra particulares; y...”.

En los casos de actos expedidos por autoridad pública, el conocimiento y resolución de la acción de protección tiene dos posibilidades en lo que atañe a la competencia. Es competente el juez del lugar donde se dictó el acto o el juez donde surte efectos el mismo.

La competencia, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Código de Procedimiento Civil “...es la medida dentro de la cual la referida potestad (la de administrar justicia) está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón de territorio, de la materia, de las personas y de los grados”. Concordante con esta disposición se encuentra el artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: “Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia y de los grados”.

Cuatro son entonces los particulares que se consideran para efectos de la competencia en la distribución de la potestad de la administración de justicia. En la especie que se examina tiene relevancia el relativo al territorio.

A fin de obtener una conclusión sobre el tema propuesto, es necesario analizar la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, expedida el 22 de junio del 2009, en cuya cuarta consideración, los integrantes de dicha Sala expresan: “Revisado el expediente se realizan las siguientes observaciones: a) El demandado, como excepción principal, alega la incompetencia del juez a quo en razón del territorio. Al respecto, el artículo 86 de la Carta Magna en su numeral 2 expresa: “Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos...”. Al respecto, se observa a fs. 392 a 397 la resolución impugnada y que está signada con el número 5522-CONARTEL-09, dada en la ciudad de Quito... queda claro para este Tribunal que la resolución aludida, y que es materia de impugnación mediante el presente proceso, se originó en la ciudad de Quito, produciendo sus efectos en dicha ciudad,... de allí que procede la excepción de incompetencia del juzgador en razón del territorio en virtud del Art. 86 numeral 2 de la Constitución...”.

Hasta allí el examen de los miembros del Tribunal mencionado conforme a las normas constitucionales, legales y a los soportes aportados al expediente. Pero una vez que declaró que no tenía competencia para resolver el caso, declaración que comprendía también a la competencia del juez a quo, ¿podía adoptar la resolución que tomó?, es decir, revocar la sentencia del inferior y denegar la acción, cuando dijo antes que no tenía competencia, evidentemente

que no, porque el juez incompetente perdió la potestad de administrar justicia sobre lo principal. ¿Por qué razón? El artículo 76 de la Constitución de la República dice:

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

3. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

Según el numeral 1 del artículo 76 del estatuto máximo “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

¿Cuál la razón para la invocación de estas normas?

Es verdad que la acción de protección, según la primera parte del artículo 88 de la Constitución vigente “...tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución...”, como lo esgrime como fundamento la Sala de lo Civil del Guayas, pero lo que debieron tener presente sus integrantes al conocer y resolver el asunto, es que la protección no la recabó el ente estatal, sino un particular. Con todo, el sólo hecho de que la Constitución establezca tal garantía, por ningún motivo podría entenderse que al amparo de tal particular, el juez constitucional tiene facultad para decidir a discrecionalidad, sin atender normas constitucionales de orden sustantivo y procedimentales.

Así, resulta incuestionable que los integrantes de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, con su forma de actuar, por acción, vulneraron una parte del principio de legalidad respecto a la competencia de la autoridad para juzgar, lo cual conllevó a que omitieran aplicar el principio de garantía de las normas y derechos de las partes, en el caso del demandante del amparo, y el de seguridad jurídica, al no aplicar la norma jurídica que consagra la parte final del numeral 3 del artículo 76 de la Carta Fundamental.

Las sentencias expedidas por los jueces Décimo Tercero de Garantías Penales y Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

El análisis de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas resultaba necesario, porque como se verá enseguida, ha tenido incidencia en las sentencias del Juez Décimo Tercero de Garantías Penales y la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

El primero dice en la parte resolutive de la sentencia que “...se desecha la acción de protección propuesta por...en contra...esto por cuanto ha operado lo prescrito en el Art. 44 numeral 2 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición”; en tanto que la Sala de Pichincha manifiesta en la parte decisiva del fallo que “...desestimándose el recurso de apelación interpuesto por

el actor Dr. José Fernando Rosero González, concesionario de la estación Armonía Musical, confirma la sentencia recurrida, disponiéndose el archivo de todas las acciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar”.

En cuanto al contenido de la resolución del Juez Décimo Tercero de Garantías Penales, la norma que ha invocado en ninguna parte dice que, como sustento en tal evento, debe declararse sin lugar la acción, sino que se ordenará el archivo de todas las acciones. Es decir, que existe allí una motivación inadecuada. Y, en lo referente al fallo de la Sala se encuentra una grave contradicción, pues por un lado confirma la sentencia que desestimó la acción con fundamento en la norma del literal **g** del numeral 2 del artículo 44 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional; por otro, ordena el archivo de todas las causas. Estas observaciones determinan la vinculación a la que se aludió antes.

Ahora bien, la apreciación general que hace la Corte es que ninguna de las resoluciones de los jueces de Pichincha decidieron sobre lo central del tema. Vale hacer esta puntualización para el análisis que se hará más tarde.

Quedó examinado ya que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas declaró que los jueces de esta provincia eran incompetentes para conocer y resolver la acción de protección propuesta por el doctor Rosero, debido a que el acto fue dictado en Quito y también surtía sus efectos en la ciudad de Quito, todo ello en razón de que la distribución de la potestad de administrar justicia, territorialmente, no le correspondía.

Así, el tema a dilucidar enseguida es ¿declarada por un juez su incompetencia para conocer y resolver sobre un acto administrativo en que se alegue vulneración de derechos constitucionales, en razón del territorio, la propuesta de otra acción sobre el mismo tema ante el juez competente territorialmente, debe encasillarse en el literal **g** del numeral 2 del artículo 44 de las Reglas publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008?

La idea que contiene la norma aludida está dirigida a impedir la existencia de dos o más causas que contengan acciones constitucionales por un mismo acto administrativo; origina la concepción de que dos resultados sobre el tema podrían generar confusión en el ordenamiento y la seguridad jurídica del país; empero, no cabe decidir que si un juez declaró su incompetencia, en razón del territorio, la presentación de la demanda ante el juez competente debe estar comprendida en la hipótesis del literal **g** del numeral 2 del artículo 44 de las Reglas antes referidas.

Constitucionalmente, si un juez se declaró incompetente para conocer y resolver una acción constitucional en razón del territorio, esta causa concluyó sin que se hubiere decidido sobre lo principal. ¿Qué correspondía decidir al demandante ante esta situación? Dos serían las posibilidades: dejar intacto el acto impugnado mediante su acción, o recurrir con ella ante el juez competente. En la especie que se examina, el legitimado activo se decidió por esta segunda hipótesis. Sin duda, la norma del literal **g** del numeral 2 del artículo 44 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, son de carácter secundario. Es decir, las constitucionales guardan supremacía sobre la misma.

Hay que tener presente que: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”; “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”; que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”; y, finalmente que, “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, todo según lo que disponen los numerales 4, 5, 6 y 9 del inciso primero del artículo 11 de la Constitución vigente. Estos principios que rigen el ejercicio de los derechos, tienen supremacía sobre toda norma secundaria, cuanto más si se aplica la garantía de que “corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

Este escenario jurídico, que tiene carácter constitucional y como tal obligatorio para todo juez, debía ser aplicado al caso.

¿Vulneraron derechos constitucionales el Juez Décimo Tercero de Garantías Penales y los miembros de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha al expedir sus sentencias?

De acuerdo a los antecedentes expuestos, a criterio de esta Corte, no puede tenerse como otra acción de protección contra el mismo acto administrativo impugnado, el hecho de que se la deduzca ante el juez territorialmente competente, si quien conoció antes declaró su incompetencia para hacerlo, porque territorialmente le estaba vedado el ejercicio de la potestad de administrar justicia, porque como se dijo, en esta acción no cabía resolver sobre lo principal.

Antes se analizó parte del contenido de las resoluciones, en especial la resolutive. Según lo visto, el fundamento básico, principal, que tomó tanto el juez como los miembros de la Sala de Pichincha, fue que existía otra acción, en la que intervenían las mismas personas, se trataba del mismo acto y de pretensión igual; pero así también, se expresó que la acción propuesta en la provincia del Guayas concluyó con la declaración de incompetencia del juez y que, igualmente, al haber hecho declaración sobre lo principal, tal pronunciamiento no tiene efecto jurídico alguno, por ser violatorio a las disposiciones mencionadas.

Por otro lado, pero construyendo en la misma idea, la acción de protección del legitimado activo está dirigida a obtener que el órgano judicial constitucional declare si existió la vulneración de los derechos constitucionales que afirma hicieron los miembros del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión (CONARTEL) al expedir las resoluciones que impugna. Sin embargo, sin examen de los puntos de vista del legitimado activo, sólo teniendo en consideración la existencia de una acción que ya no tenía efecto jurídico alguno, sino en cuanto a la posibilidad de que se presente la acción ante el juez competente, los juzgadores de Pichincha declararon sin lugar la acción por el particular referido, acción en la cual vulneraron el derecho que contiene el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución vigente, el cual dispone que: “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de

las garantías constitucionales”, aplicando la norma del literal **g** del numeral 2 del artículo 44 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, con lo cual dejaron de aplicar derechos como el establecido en el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución, que legisla en el sentido que: “corresponde a toda autoridad administrativa y judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes”, en los procedimientos que conozcan.

Además, según una parte del literal **I** del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República establece que: “...los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”, hipótesis en la cual justamente se encuentran las sentencias impugnadas, porque teniendo un antecedente que no tenía efecto jurídico, lo toman como base para adoptar las sentencias, cuando para la procedencia de éstas, si se las iba a declarar sin lugar, el examen tenía que fundarse en las alegaciones y soportes que los legitimados habían expuesto e incorporado al procedimiento, por lo que, al no haberlo hecho así, ello conlleva a una motivación indebida que tiene como efecto la nulidad del fallo. En definitiva, si lo que procedía era la denegación de la acción de protección, la parte considerativa debía remitirse a las normas y principios que resultaban aplicables al caso para que exista la armonía con la parte decisiva; y si se trataba de acatar la norma del literal **g** antes referido, por la supuesta existencia de la validez jurídica de ambas acciones, lo procedente era que antes de tramitar la acción que conocían, debían disponer el archivo directo de las causas, cuanto más que según los términos de la acción de protección propuesta por el legitimado activo, en ella se hacía conocer el antecedente de la acción propuesta en Guayaquil.

Finalmente, siendo una realidad que se vulneraron las normas por parte de los juzgadores de Pichincha, cuyos contenidos quedaron examinados antes, ha existido también de parte de éstos, inobservancia a la norma que contiene el artículo 82 de la Constitución vigente, la cual dispone que: “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas...”.

III. DECISIÓN

En mérito a lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección propuesta por el doctor José Fernando Rosero González, en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 26 de agosto del 2009, que confirmó la del Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de la misma provincia, que tenía el mismo fundamento resolutive y, por lo mismo, declarar sin valor jurídico dichos fallos, por haberse vulnerado los derechos consagrados en el numeral 4 del artículo 11, literal **I** del numeral 7 del artículo 76, y artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

2. Disponer que se envíe el expediente al Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha, a fin de que lo remita a la Sala de Sorteos de Pichincha para que, por haber éste emitido criterio, otro juez de esa provincia conozca y resuelva la acción de protección propuesta por el legitimado activo.

3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (E).

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Freddy Donoso Páramo, Patricio Herrera Betancourt, Ruth Seni Pinoargote, Alfonso Luz Yunes, Nina Pacari Vega, Hernando Morales Vinuesa y Edgar Zárate Zárate, sin contar con la presencia del doctor Manuel Viteri Olvera, en sesión del día jueves quince de julio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.-
Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 15 de julio de 2010

Sentencia N.º 031-10-SEP-CC

CASO N.º 0649-09-EP

Juez Constitucional Ponente: Dr. Fabián Sancho Lobato

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
para el período de transición:**

I. ANTECEDENTES

De la Solicitud y sus argumentos

Los legitimados activos, señores María Rosario Llanga Llanga, Segundo Raúl Llanga Llanga y Segundo Tomás Llanga Llanga, presentan esta acción extraordinaria de protección, argumentando:

Que la Corte Nacional de Justicia, en fallo de casación, ha impuesto en su contra la pena de un año un día de prisión

correcional, agravando la pena impuesta por el Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, ya que éste les sentenció a dos meses de prisión.

Mediante esta acción extraordinaria de protección se impugna la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Nacional de Justicia el 15 de junio del 2009 a las 10H20, en el juicio N.º 132-MV-2008, seguido en su contra por supuestas lesiones a Ana Zolia Llanga Llanga.

La sentencia de la Corte Nacional de Justicia agrede a la libertad y la dignidad humana, y con ello a la Constitución del Ecuador, ley suprema, pues no se respetó el debido proceso, se dio oído sordo a sus argumentaciones, al informe del Ministro Fiscal General, se violentó el trámite y se concluyó empeorando su situación jurídica, lo que violenta el artículo 77 numeral 14 de la Constitución de la República.

El proceso penal se inició por supuestas lesiones a la señora Ana Zoila Llanga Llanga, supuestamente causados por los legitimados activos, existiendo en el proceso una serie de irregularidades, tales como la existencia de dos certificados médico-legales. En el uno se establece una incapacidad física de 6 a 8 días, en tanto que en el otro la incapacidad física establecida es de 10 días, hecho que produce el cambio en la sanción que se establece para el delito de lesiones.

El proceso penal incoado en su contra se da inicio a los 3 años, 7 meses y 10 días después de que tuvo conocimiento del hecho la fiscalía de Chimborazo, pues la denuncia fue reconocida el 18 de febrero del 2003 y la instrucción se da inició el 28 de septiembre del 2006, sin que exista en poder del fiscal ningún escrito, ninguna petición, peor elemento que le permita imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, lo que violenta lo establecido en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, viciando totalmente el procedimiento y con ello se agrede a la Constitución.

Los principales derechos fundamentales y constitucionales violados con la decisión impugnada son el derecho a la libertad y el derecho a la dignidad; derechos con los que se nace y por los que se ofrenda la vida, pues son derechos consustanciales al hombre y se han constituido en paradigma de los derechos humanos, para lo cual citan a las disposiciones del capítulo Sexto de la Constitución de la República; la declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Cuando la sentencia impugnada priva de la libertad a tres personas como en el presente caso, no solo les quita la libertad, sino que destruye los principios y disposiciones constitucionales con el objetivo de dañar a tres seres humanos, lo cual, debe ser impedido por el órgano con capacidad para hacerlo, como es la Corte Constitucional, ya que caso contrario, la seguridad jurídica y la prevalencia de la Constitución solo servirían para alimentar intereses personales y producir un mayor descalabro y una mayor intranquilidad de la que se busca acabar con las penas establecidas en la ley.

Con la sentencia se ha agredido los derechos de protección constantes en el Capítulo Octavo de la Constitución, entre los cuales, constan el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva, establecidos en los artículos 75, 76 de la Carta Constitucional, todo ello al iniciarse la

instrucción fiscal luego de 3 años de conocida la denuncia y violentar el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal; a pesar de las múltiples alegaciones hechas al respecto dentro del proceso, han sido consideradas ni analizadas por los jueces de instancia, sino que por el contrario, esquivaron el pronunciamiento sobre el tema, y a decir de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, dicha alegación en nulidad no influye en la decisión de la causa.

Se ha violado el artículo 76, numeral 7, literal c de la Constitución, pues no se ha tomado en cuenta las peticiones que han sido presentadas con la oportunidad debida, en virtud, de que antes de que el pronunciamiento judicial se realice, se alegó la nulidad por la transgresión al artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, presentado en la fundamentación de la casación, sin embargo, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional no lo escuchó ni lo tomó en cuenta, ni siquiera para negarlo, sencillamente lo ignoró.

Se ha vulnerado el artículo 77, numeral 14 de la Constitución, pues el fallo que impugnan agrava la pena de dos meses a un año un día, sin que se fundamente la contradicción al principio constitucional, ni siquiera la mencionan, actúan como ha sido su procedimiento, ignorar las disposiciones que no quieren aplicar; únicamente justifican el incremento de la pena, señalando el artículo 471 del Código Penal que aumenta la sanción a la pena inmediata superior, cuando haya determinado parentesco entre culpado y ofendido.

Al incrementar la pena inmediata superior, *“fatalmente o a propósito, se equivocan y no sabemos de donde sacan la pena que imponen, cuando en la especie, -lesiones en riña o agresión- no hay pena superior señalada en el Código Penal, solo consta la del Art. 470 ibidem – 15 días a un año-, y entonces, el razonamiento que consta de la sentencia del Tribunal de garantías Penales de Riobamba – Pág. 416- es correcto, porque aplicaron atenuantes y así la pena a imponerse normalmente era de quince días, la misma que al agravarse por efectos del Art. 471, ibidem, sube a dos meses, por ser la pena inmediata superior- dos meses a un año- constante del Capítulo II, Lesiones, en su Art. 464”*.

El numeral 14 del artículo 77 de la Constitución, *“es absolutamente claro, habla de la persona que recurre y en el proceso penal a quien se le puede empeorar la situación es al sentenciado, en ningún momento al acusador ni al fiscal, a eso se refiere la Constitución, al sentenciado cuya pena no puede agravarse. En el presente caso es todavía mas claro el asunto porque el Fiscal no apeló y al pronunciarse en casación lo hizo diciendo que era correcta la pena impuesta por el Tribunal de Garantías Penales de Riobamba...”*.

La violación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal produce el efectivo alargue en el tiempo de prescripción de la acción, pues toma como punto de partida para ello la fecha de inicio de la instrucción Fiscal, y aquí, al iniciarse la instrucción a más de tres años y medio de lo debido y legal, se ha extendido el tiempo de prescripción porque se interpreta que la instrucción es lo mismo que el auto cabeza de proceso, y la ley no ha sido actualizada; por lo tanto se ha efectuado una interpretación extensiva, la misma que se halla prohibida por la ley.

Por estos hechos solicitan la suspensión en forma cautelar transitoria de los efectos del fallo impugnado, es decir, de la privación de la libertad, y en sentencia se declare la nulidad y se deje sin efecto la sentencia recurrida, por cuanto existen innumerables y gravísimas violaciones constitucionales.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

El 24 de agosto del 2009, ante la Corte Constitucional, se presenta la acción que nos ocupa mediante auto del 16 de marzo del 2010 a las 09H47. La Corte Constitucional, a través de la Sala de Admisión, considerando que la presente acción extraordinaria de protección sometida a juicio de admisibilidad reúne todos los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 52 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, así como los requisitos formales exigidos para la presentación de la demanda, establecidos en el mismo cuerpo normativo, la admite a trámite. La Secretaría General de la Corte, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, y del sorteo realizado, remite el expediente, el 23 de marzo del 2010 a la Segunda Sala, como Sala de Sustanciación, para el trámite respectivo; el 7 de abril del 2010 la Sala de Sustanciación realiza el sorteo de rigor, correspondiendo actuar como Juez Constitucional Sustanciador al Dr. Fabián Sancho Lobato, Juez Principalizado por licencia de la Jueza Titular, Dra. Nina Pacari Vega.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es competente para:

“6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a al información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.”

Por su parte, las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, publicadas en el Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008, en el Capítulo VI LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS, Sección III ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, artículos 52-56, trata de esta acción. De manera particular, el artículo 57 señala:

“Art. 57.- Efectos de la sentencia.- De comprobarse que la sentencia, auto o resolución con fuerza de sentencia impugnado ha violado los derechos constitucionales del accionante, así lo declarará y se dispondrá la correspondiente reparación integral.”

De la Audiencia Pública.- Contestación y argumentos

Mediante providencia del 13 de abril del 2010, las 09H00, la Segunda Sala de esta Corte Constitucional, como Sala de Sustanciación, dispone, en primer lugar, notificar con el contenido de la demanda a la parte accionada, Segunda Sala

de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, a fin de que presenten un informe debidamente motivado de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda; en segundo lugar, se fija para el 22 de abril del 2010 a las 15h30, a fin de que tenga lugar la audiencia pública; y en tercer lugar se hace conocer a la contraparte en el proceso cuya sentencia se impugna, esto es, a la señora Ana Zoila Llanga Llanga, para que se pronuncien dentro del plazo de 15 días respecto de la presunta vulneración de derechos constitucionales en el proceso de juzgamiento.

Argumentos de la parte accionada

Los accionados en esta acción extraordinaria de protección, Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, mediante escrito presentado el 20 de abril del 2010 a las 11H32, manifiestan:

La supina ignorancia de la ley y de las instituciones jurídicas se refleja en la extensa demanda, pues las afirmaciones constituyen un abuso del derecho, ya que en la casación no se juzga al acusado ni se le impone pena alguna, como se afirma por parte de los accionantes, ya que en este recurso se juzga exclusivamente los errores de derecho cometidos en la sentencia.

Los accionantes afirman falsamente que el acto ilícito materia del juzgamiento ha sido una riña, lo cual es una burla a la justicia, ya que el ataque de varias personas contra una sola, es agresión y no riña.

El artículo 470 del Código Penal establece la pena de quince días a un año para el delito materia del juzgamiento, pero para los accionantes se les había impuesto una pena de dos meses, lo cual contiene un error de derecho, pues se violenta el artículo 471, ibídem, por el cual en razón del parentesco de los agresores con su víctima, por ser hermanos, debía imponerse la pena inmediatamente superior a la prevista en el artículo 470, siendo esta la de un año un día.

No cabe la aceptación de atenuantes, en razón de que el artículo 471 del Código penal contempla una agravante especial, por lo cual debe subirse la pena a la inmediatamente superior de la prevista en el delito y que es de un año un día. Es sabido que las agravantes especiales incrementan la pena en la cuantía que señala la disposición penal que la contempla, y en el presente caso se establece que debe ser la pena inmediatamente superior a un año.

Respecto a la alegación de nulidad por los vicios procediendo cometidos en la causa, éstos existen solamente en la imaginación de los accionantes, pues de haber sido así: *“se hubiera interpuesto el recurso de apelación, puesto que este es la vía adecuada corregir los vicios in procedendo cometidos en la tramitación de la causa, ya que la casación solamente sirve para corregir los errores de derecho cometidos en la sentencia y nada más”*.

La sentencia dictada ha sido debidamente motivada como obra en las consideraciones quinta, sexta y séptima, así como en la parte resolutive, por lo tanto la alegación de la falta de motivación realizada es totalmente falsa.

Los accionantes mienten al afirmar que se ha violentado el artículo 76, numeral 14 de la Constitución de la República, pues la agravación de la pena se produce en razón de que la

acusadora particular también ha interpuesto el recurso de casación, no solo pidiendo el incremento de la pena, sino alegando el haber sido víctima del delito de tentativa de asesinato.

Argumentos de otras personas con interés en el caso

Mediante escrito presentado el 22 de abril del 2010 a las 11H41, comparece la señora Ana Zoila Llanga Llanga y en lo fundamental manifiesta:

Los derechos constitucionales constituyen aquellos privilegios que todo ciudadano tiene como parte de una sociedad organizada, mismos que están descritos en regulaciones jurídicas de las libertades del hombre; todos sin excepción alguna se encuentran protegidos por estas regulaciones jurídicas y se dispone de estos medios para respetar, proteger y mantener el equilibrio social, pues de lo contrario se atentaría contra la seguridad jurídica.

El debido proceso *“es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que articulados, garantizan que la acción punitiva del estado no resulte arbitraria”*

De la revisión del proceso penal a la que aluden los recurrentes, se advierte un total sometimiento por parte de los distintos órganos jurisdiccionales a esas reglas articuladas que conllevaron la declaración de autoría en el hecho denunciado, investigado y juzgado, sin que quepa la menor duda sobre un proceder arbitrario, de lo cual deviene una infundada reclamación a través del ejercicio de esta acción extraordinaria.

Los accionantes por una ambición patrimonial de los bienes de su madre, la agredieron alevosamente, premeditadamente y en pandilla el 11 de febrero del 2003 a eso de las 18H00 en la ciudad de Riobamba, y entre los tres recurrentes trataron de asesinarla si no procedía a devolver el inmueble que había adquirido a su madre, con el propósito de repartirlo entre ellos; por este hecho se dio inicio a una instrucción fiscal y consecuente proceso penal, el cual constitucionalmente desarrollado concluyó con la sentencia del Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo, que impuso una pena de dos meses de prisión, sentencia de la cual se interpuso el recurso de casación por existir una indebida aplicación de la ley penal, y fue la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, con fecha 15 de junio del 2009 a las 10H20, que admitió parcialmente el recurso y corrigiendo los errores de derecho, impuso la pena de un año un día de prisión correccional y multa de 16 dólares.

De la revisión de la demanda contentiva de la acción se evidencia la omisión de la pretensión recursiva, pues no se determina concretamente cuál es el derecho constitucional y cuál o cuáles las garantías inobservadas en el proceso penal, pues si bien se alega una agresión a la libertad y dignidad humana, no se singulariza la conducta violatoria y por lo tanto no cumple con el requisito de la demanda previsto en el artículo 55, literal c de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición.

En materia penal los vicios de procedimiento son conocidos mediante el recurso autónomo de nulidad, por ello no cabe

casación por formas en materia penal, pues a la Corte de casación el proceso llega saneado y si se cometiese algún vicio de procedimiento durante la sustanciación de la instancia, el afectado y más aún el procesado, puede ejercer el recurso de nulidad conforme al artículo 330 del código de Procedimiento Penal.

No se ha afectado el principio reformato en pejes, porque ha mediado una impugnación y recurso de parte de la acusación, y el pretender una inmovilidad de la decisión a quo, conllevaría la eliminación de todos los recursos, contrariando la propia Constitución, los Tratados Internacionales y específicamente los principios de la doble instancia, doble conforme y medios procesales de impugnación extraordinarios que no son privativos del acusado, sino de las partes procesales.

Si bien el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 39 ibidem, exige que una investigación preprocesal debe tener un límite temporal, esto es facultad únicamente del fiscal para pedir la desestimación o archivo, y no es materia de casación ni siquiera de un vicio en el proceso penal, pues este se inicia con la instrucción fiscal.

Si bien son derechos fundamentales la libertad ambulatoria de asociación, participación comunitaria y buen nombre, esta primera precisamente es coartada universalmente por las Constituciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en base a un proceso penal que garantice la defensa, que se sustente en pruebas lícitas, etc., todo lo cual se ha observado en el desarrollo del proceso y particularmente en la etapa de impugnación.

El fallo emitido por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia se encuentra debidamente motivado, pues la sentencia constituye un elemento intelectual, valorativo y lógico que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y derecho en que el Juez apoya su decisión.

En cualquiera de las concepciones de la pena, ésta tiene un fin único, el de mantener la paz social y proteger a la sociedad de la peligrosidad de individuos como los recurrentes, pues estos, sus hermanos, no tuvieron compasión en sus conductas y fue la ambición de despojar a su hermana de una propiedad la que les llevó a esta reprochable e injustificable agresión, pero lo lamentable para la sociedad es que no hayan meditado en la sanción, no se haya resocializado, al punto que la agresiones continúan.

En virtud de lo expuesto solicita que se deseche la demanda contentiva de la acción extraordinaria de protección.

De la audiencia pública

En la audiencia pública los legitimados activos comparecen por medio de su Abogado defensor, y se ratifican en los fundamentos de su acción extraordinaria de protección, en especial en el hecho de que durante la tramitación de la causa se violentó el debido proceso, pues la misma se inició luego de más de tres años de haber sido conocida por la fiscalía; así como en el hecho que la Corte Nacional de Justicia ha agravado la situación jurídica de los recurrentes, al imponer una pena mayor, pena que de otro lado no se

encuentra establecida en el Código Penal, por lo que solicitan que se acepte el recurso en su favor.

Los legitimados pasivos, Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, no obstante encontrarse legal y debidamente notificados, no comparecieron a la audiencia.

La tercera con interés en la causa, señora Ana Zoila Llanga Llanga, por medio de su defensor, luego de ratificar sus argumentos, solicita que se deniegue la acción por improcedente, pues no se ha determinado cuál es el derecho constitucional y en qué forma éste se ha vulnerado por parte de la Corte Nacional de Justicia, y que por el contrario, todas las alegaciones son aspectos de legalidad que no constituyen materia de este recurso extraordinario.

Parámetros de la Acción Extraordinaria de Protección

En síntesis, se puede decir que la acción extraordinaria de protección procede cuando haya intervenido un órgano judicial; cuando dicha intervención haya tenido lugar en el juicio; cuando en el juicio se haya resuelto una cuestión justiciable mediante sentencia o auto definitivo; cuando el fallo cause agravio; cuando en el fallo se hayan violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución o Tratados Internacionales vigentes en el país, referentes a derechos humanos o a las reglas del debido proceso; cuando esta acción se haya propuesto una vez que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que se puedan proponer dentro del término legal, a no ser que la falta de interposición de estos recursos no pueda ser atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional violado; cuando estos requisitos subsistan al momento en que la Corte Constitucional resuelva; y cuando el fallo o auto impugnado sea una sentencia o auto definitivo de iguales características, vale decir, definitivo; esto es, que la violación por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución, en la sentencia o auto definitivo, sea consecuencia directa de dicha sentencia o auto expedido por un órgano de la función judicial, violación que se deduzca manifiesta y directamente de la parte resolutoria de la sentencia, ya que esto es lo que vincula y produce efectos reales.

Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales

La Constitución de la República, en el artículo 94, al determinar que la acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, evidencia el espíritu garantista de la actual Carta Constitucional, la misma que consagra como el más alto deber del Estado ecuatoriano la protección de los derechos que nos asisten a todas las personas y pueblos.

La naturaleza extraordinaria de este recurso obliga a que su procedencia se dé exclusivamente cuando se hayan agotado los recursos ordinarios o extraordinarios, lo cual coloca a la acción extraordinaria de protección como una medida excepcional a ser invocada exclusivamente ante el agotamiento de la vía jurisdiccional en todas sus fases; solo ahí la Corte Constitucional, y exclusivamente respecto a una resolución definitiva en donde se hayan violado derechos constitucionales o normas del debido proceso, podrá actuar.

**FUNDAMENTOS DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

El inicio de la instrucción fiscal, fuera del plazo establecido en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, ¿violenta el derecho constitucional al debido proceso?

Los legitimados activos alegan en su libelo de acción, que el proceso penal N.º 55-2007, iniciado por supuestas lesiones en contra de la señora Ana Zoila Llanga Llanga, se inicia mediante instrucción fiscal que es dictada el 28 de septiembre del 2006, es decir, tres años, siete meses y tres días luego de que la fiscalía tuvo conocimiento de los hechos, esto es el 18 de febrero del 2003, mediante denuncia presentada y legalmente reconocida, por lo tanto considera que se ha vulnerado el debido proceso, pues la indagación fiscal tiene duración de un año.

El artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la fecha de inicio del proceso penal en contra de los legitimados activos, manifestaba:

“Indagación previa.- Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, el Fiscal con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento.

Si durante la indagación previa tuvieran que adoptarse medidas para las cuales se requiere de autorización judicial, el Fiscal deberá previamente obtenerla.

La indagación previa no podrá prolongarse por más de un año en los delitos sancionados con pena de prisión, ni por más de dos años en los delitos sancionados con pena de reclusión. Estos plazos se contarán desde la fecha en la cual el Fiscal tuvo conocimiento del hecho.

Sin embargo, si llegaren a poder del Fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciará la instrucción aunque el plazo hubiere fenecido, siempre que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales.

Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial para el esclarecimiento del delito durante la indagación previa, se mantendrán en reserva del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido y de las personas a las cuales se investiga de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones. Los Fiscales, los investigadores, los jueces, el personal policial y los demás funcionarios que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier otro modo en peligro el éxito de la investigación, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Penal”.

De la lectura de la disposición legal, claramente se colige que la fiscalía, dentro del proceso penal acusatorio, se constituye en el ente llamado a dar inicio al proceso penal, cuando llegue a tener conocimiento sobre el cometimiento de un ilícito. Esta es una atribución privativa que el estado confiere a dicha institución, sin cuya acción el proceso penal no verá jamás la luz.

El artículo 195 de la Constitución establece que:

“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el Juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...”.

La alegación de violación de trámite formulada por los legitimados activos, debe ser analizada a la luz de esta disposición constitucional, para de ahí poder determinar si ha existido, como lo sostienen, una vulneración al derecho constitucional del debido proceso.

El debido proceso como garantía, conforme lo establece la doctrina, lo constituye todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que garantizan la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho.

La Constitución de la República, al establecer las garantías básicas del debido proceso, determina en el artículo 76, numeral 3 que *“...solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*. Esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que se establece en la carta magna en el artículo 82, al mencionar que esta seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

En la base de este precepto constitucional, el proceso penal se desarrolla por medio de las siguientes etapas: la Instrucción Fiscal, la etapa Intermedia, el Juicio y la etapa de Impugnación.

La Constitución de la República ha previsto que exista una etapa pre procesal, vale decir anterior al proceso penal propiamente, y que es llevada a cabo y dirigida por parte de la Fiscalía; esta acción va orientada a investigar hechos presumiblemente constitutivos de delito que permitan a dicha entidad recabar los fundamentos suficientes para imputar a una persona la participación en un acto que revista elementos de delito.

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 215, establece respecto a la indagación previa, que el Fiscal, con la colaboración de la Policía Judicial, dirige la investigación de los hechos presumiblemente constitutivos del delito que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento. Esta función, además de permitir que la investigación de las infracciones punibles sea realizada bajo parámetros de mayor eficiencia y asegurar la imparcialidad judicial, conlleva la responsabilidad no solo de que la investigación se realice, sino de los resultados.

Es entonces el Fiscal quien toma las decisiones acerca del futuro de la investigación, ya sea para impulsar su continuación, declarar su cierre, decidir su suspensión o cualquier otra que signifique ponerle término anticipado.

El artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, si bien establece como tiempo de duración de esta etapa pre procesal, un año, no es menos cierto que la misma disposición permite que el proceso penal inicie aún cuando haya concluido dicho plazo, siempre y cuando la acción penal no haya prescrito, vale decir, se subordina el inicio de la acción a la vigencia de la misma, pues de lo contrario se atendería contra el debido proceso.

De esta redacción se concluye que la acción penal, dentro del proceso acusatorio, la lleva adelante la fiscalía, entidad que desarrolla una fase pre procesal que le permitirá dar inicio a la acción, siempre y cuando esta no haya prescrito, disposición que guarda completa relación con lo establecido en el artículo 195 de la Constitución de la República, sobre todo en el hecho del respeto a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés social.

El proceso penal, visto así, pretende reestablecer la armonía social quebrantada por la comisión delictiva, la misma que se da una vez que, por medio de la pena, se establece la sanción respectiva, para lo cual es necesaria la vigencia del principio de tutela judicial efectiva.

En este orden de cosas, la Corte Constitucional observa que, por principio Constitucional, la Fiscalía, al haber procedido a dar inicio a la instrucción fiscal en el caso planteado en contra de los legitimados activos, no obstante haberlo efectuado luego de más de 3 años de conocido el hecho, ha obrado en base a su legítima obligación constitucional (artículo 195 CR), sin que ello conlleve la violación del debido proceso; por el contrario, se lo ha hecho con base al acceso a la Tutela Judicial consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República y las garantías procesales establecidas en el artículo 76, ibídem.

El artículo 226 de la Constitución de la República establece que las Instituciones del Estado y sus funcionarios ejercerán solamente las competencias y facultades que le son atribuidas por la Constitución y la ley. En el presente caso, al haber dado inicio a la instrucción fiscal sobre un presunto delito que no había prescrito en cuanto al ejercicio de la acción, es de responsabilidad del fiscal el ejercicio de la acción.

¿Existe el principio non reformatio in peius, cuando recurren todas las partes procesales?

Los legitimados activos, entre los fundamentos de su acción extraordinaria de protección, esgrimen el hecho de que la sentencia recurrida y que fue pronunciada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, ha agravado su situación jurídica, pues el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo los sentenció a dos meses de prisión correccional; sin embargo, luego de haber interpuesto el recurso de casación, la Corte Nacional procedió a sentenciarlos a la pena de un año un día, es decir, se agravó su pena.

La Corte Constitucional observa que la imposición de la pena en incremento de la sancionada por el Juez de instancia se produce como fruto de la aceptación parcial del recurso de casación interpuesto por la acusadora particular, parte procesal que también interpuso dicho recurso.

Este hecho, de la existencia del recurso de casación interpuesto por las partes, de manera indistinta, y que conlleva que rechazándose el uno y aceptándose parcialmente el otro se sancione con una pena mayor a la establecida por el Juez a quo, será entendida como una violación al principio reformatio in peius, como lo sostienen los legitimados activos.

Al respecto, es necesario formular las siguientes consideraciones

El artículo 77, numeral 14 de la Constitución de la República, manifiesta:

“En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

14.- Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”.

Esta disposición recoge el doctrinario principio de la institución reformatio in Prius, pero ¿el alcance de esta disposición, subsistirá de la misma forma cuando los recurrentes sean las partes procesales de manera indistinta?

Martín Minardi, al hablar de esta institución, manifestaba *“...la prohibición de la reformatio in peius significa que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo ha recurrido el acusado, su representante legal o la fiscalía a su favor”.*

Eduardo Couture, en su obra Fundamentos del derecho Procesal Civil, ha definido la misma señalando que: *“consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario”.*

El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, vigente a la fecha de inicio del proceso y de interposición del recurso de Casación, en su artículo 328, manifiesta:

“Ningún Tribunal Superior podrá empeorar la situación jurídica del acusado, si fuere el único recurrente”.

Luego de las reformas efectuadas al Código Adjetivo Penal, de marzo del 2009, el artículo 328 establece:

“Al resolverse cualquier recurso, no se podrá empeorar la situación jurídica del recurrente”.

De la lectura de las disposiciones, y siguiendo la norma de interpretación restrictiva que debe darse en materia penal, claramente se desprende que cuando son las partes las que han recurrido en forma indistinta el Juez a quem, dentro de la aplicación del principio de Tutela Judicial Efectiva, puede reformar la situación jurídica procesal, lo que deberá entenderse que no constituye una violación a la institución non reformatio in peius, pues ha ocurrido que ante el Superior existe una confrontación de tesis y es sobre esa base que el Tribunal de Alzada va a resolver y aceptar el recurso de una de las partes y por ende desechar el otro al instante de resolver.

No permitir esta actuación procesal del Tribunal Superior, cuando existe el recurso indistinto de las partes, atendería

contra el principio de igualdad formal y material, y atentaría contra la tutela judicial efectiva, pues se desprotegería a uno de los recurrentes, motivo por el que la actual disposición adjetiva penal es clara al determinar que no se puede empeorar la situación del recurrente.

En este orden de cosas se evidencia que la actuación de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, al instante en que, aceptando parcialmente el recurso de casación de la acusadora particular de los hoy legitimados activos, reformó la sentencia y los condenó a un año y un día de prisión por sobre los dos meses impuestos por el Juez de instancia, no constituye un atentado a la institución del reformateo in Prius y, por lo tanto, no contradice la norma constitucional del artículo 77, numeral 14 de la Constitución de la República.

El principio de legalidad y la interpretación favorable al reo, en la sentencia recurrida

Se ha presentado esta acción extraordinaria de protección en contra de la Sentencia dictada dentro del Recurso de casación, por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, el 15 de junio del 2009 a las 10H20, mediante la cual se rechaza la casación planteada por los hoy legitimados y, aceptando el recurso interpuesto por la acusadora particular, se acepta parcialmente el mismo, agravando la pena impuesta.

Estos hechos devienen del proceso penal que por delito de lesiones se dió inicio en el Juzgado Segundo de lo Penal de Chimborazo en el año 2006, lesiones que fueron provocadas en la persona de la señora Ana Zoila Llanga Llanga, y que conforme los fallos dictados, la autoría sobre las mismas recae en sus hermanos, los señores María Rosario, Segundo Raúl y Segundo Tomas Llanga Llanga; las circunstancias que rodearon y dieron origen a la causa penal no son materia de la competencia de esta Corte Constitucional.

Luego del correspondiente proceso penal, el Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo, mediante sentencia dictada el 11 de septiembre del 2007 a las 09H00, resuelve: *"...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara que los acusados SEGUNDO RAUL LLANGA LLANGA, MARIA ROSARIO LLANGA LLANGA y SEGUNDO TOMAS LLANGA LLANGA, son coautores responsables del delito de lesiones incriminando por los Art. 470 y 471 del Código Penal, perpetrado en agravio de su hermana Ana Zoila Llanga Llanga, por lo que en aplicación de los mismos y el Art. 60 ibidem, les impone a cada uno las penas principales de DOS MESES DE PRISION CORRECCIONAL..."*.

De esta sentencia, tanto la acusadora particular como los sentenciados interpusieron el correspondiente recurso de casación, recurso que fue resuelto por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, la misma que en sentencia dictada el 15 de junio del 2009 a las 10H20, resuelve: *"...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza los recursos de casación presentada por los acusados María Rosario, Segundo Raúl y Segundo Tomas Llanga Llanga por improcedentes; en tanto que, se acepta parcialmente el recurso de casación presentado por la*

acusadora particular Ana Zoila Llanga Llanga y corrigiendo los errores de derecho cometidos en la sentencia condenatoria, se la reforma en el sentido de que a los acusados María Rosario, Segundo Raúl y Segundo Tomas Llanga Llanga se les impone la pena de un año un día de prisión correccional...".

En lo que respecta a la alegación de que esta sentencia agravó la situación jurídica de los condenados, ya se analizó en este fallo lo pertinente.

Sin embargo, respecto a la sentencia dictada por la Segunda sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, y que es motivo de esta acción extraordinaria de protección, es necesario formular las siguientes precisiones.

El proceso penal incoado contra los hoy legitimados activos nace como fruto de un delito de lesiones, y en especial y señaladamente del delito tipificado en el artículo 470 del Código Penal, o conocido como lesiones en riña.

El artículo 470 tipifica al delito de lesiones en riña como:

"Cuando en riña o agresión en que tomen parte más de dos personas, resultaren heridas o lesiones, sin que constare quien o quienes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, y se aplicará la pena de quince días a un año de prisión y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América."

Este es el acto sobre cuya abstracción legal se ha procedido a sancionar a los legitimados activos como coautores del hecho, es decir, es esta la tipicidad sobre la cual se ha determinado responsabilidad para los recurrentes.

Esta tipicidad establece un delito pluripersonal con indeterminación de voluntades que imposibilita determinar con prueba concreta sobre el autor, no obstante la violencia ejercida sobre la víctima, y por ende las lesiones se ponen de manifiesto. En esta disposición, no se toma en cuenta para nada el tiempo de incapacidad física que se ha ocasionado al ofendido, aspecto que es la medida distributiva de toda la tipicidad del delito de lesiones.

En el delito de lesiones en riña se convierten en irrelevantes las heridas o lesiones producidas, pues lo que se considera como factor determinante del acto típico antijurídico es la colectividad con la que se ha obrado, y por otra la imposibilidad de señalamiento autorial, por lo que la ley concluye con una sola presunción de autoría contra todos los partícipes en el hecho.

El Código Sustantivo Penal ha establecido una agravante específica para todos los delitos de lesiones, y es la establecida en el artículo 471, que manifiesta:

"En los delitos mencionados en los artículos anteriores de este Capítulo, si el culpado ha cometido la infracción en la persona del padre o madre u otro ascendiente o descendiente, en la del cónyuge o en la de un hermano, se aplicará la pena inmediata superior".

Esta descripción penal, plenamente vigente para el caso, es la que el Juez Inferior toma para expresar su sentencia y sancionar con dos meses de prisión a los legitimados activos, no obstante la Segunda sala de lo penal de la Corte

Nacional de Justicia, al instante de dictar su sentencia, en las consideraciones quinta y sexta manifiesta:

“QUINTO.- La Sala observa que el tribunal juzgador ha dictado el fallo condenatorio contra los acusados por el delito de agresión confusa tipificado en el Art. 470 del Código Penal, que se caracteriza porque varias personas agreden a otra sin que se pueda determinar al autor de la lesión y consecuentemente responden todos los agresores que han ejercido violencia sobre la víctima. En el presente caso, tanto los agresores como la víctima son hermanos y el motivo de la agresión es el hecho de que Ana Zoila Llanga Llanga ha adquirido a su padre mediante compra venta un inmueble, que aquellos la impugnaban, por lo cual el tribunal, en aplicación del Art. 471 expresa que le impone la pena determinada en esta disposición, aplicando de esta forma indebidamente esta disposición punitiva. SEXTO.- El error de derecho radica en que el Art. 470 del Código Penal se establece para el delito de agresión confusa la pena de quince días a un año de prisión correccional, en tanto que el Art. 471 establece que debe aplicarse la pena inmediatamente superior cuando los agresores son parientes de la víctima, como ocurre en el presente caso; no obstante lo cual el tribunal impone a los acusados la pena de dos meses de prisión correccional. En efecto, se aplica indebidamente esta disposición porque la pena inmediatamente superior es la de un año un día...”

La Constitución de la República, en el artículo 76 numeral 3, establece el principio de legalidad, al manifestar que: *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*.

Este principio conlleva a establecer que tanto el delito como la pena con la cual se sanciona deben estar previamente determinados en la ley, caso contrario no se puede procesar a una persona o imponer una pena, pues se atentaría al debido proceso y por ende al derecho de defensa del encausado.

Este principio de reserva legal se halla recogido en el artículo 2 del Código Penal, al establecer que nadie puede ser reprimido por un acto que no se halla expresamente declarado como infracción, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida; este principio no hace sino reflejar la seguridad jurídica consagrada en el artículo 82 de la Constitución de la República.

El Dr. Efraín Torres Chávez, en su obra Breves Comentarios al Código Penal, Tomo IV, al referirse a la descripción de la agravante específica de las lesiones producidas a los familiares, sostiene:

“Siempre que la ley dice la pena inmediata anterior o la pena inmediata superior, deja un problema de entendimiento o interpretación” sic “Para adivinar de mejor manera al legislador, en cuanto a lo que debe entenderse por pena inmediata superior es menester hacer el siguiente razonamiento: si cada artículo, tiene dos penas principales, la una es inferior a la otra, habrá que entenderse que la aplicable será la correspondiente a la misma disposición pero que es mas severa y que resulta por lo mismo la inmediata superior.”

Como se puede observar, la disposición constante en el artículo 471 del Código Sustantivo Penal, es oscura y debe ser interpretada por el Juzgador para el caso de aplicar la misma al delito de lesiones en riña.

Con este razonamiento, el artículo 76, numeral 5 de la Constitución de la República es claro al instituir la norma de interpretación, en caso de duda, en el sentido más favorable al reo; la referida norma constitucional refiere en su parte final que en caso de duda sobre la norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable al reo.

Siguiendo el lineamiento doctrinario, nuestra legislación penal ha recogido como norma la interpretación indubio pro reo, prohibiendo de manera expresa al juzgador formular interpretaciones extensivas o análogas, así lo establece el artículo 4 del Código Penal.

En materia penal, el principio de legalidad, así como la prohibición de la interpretación extensiva, sumado a las instituciones pro reo en la aplicación de la norma en el sentido más favorable a éste, se convierte en garantía del encausado, por lo tanto se asumen dichos conceptos al principio constitucional del debido proceso.

En la especie, la Corte Constitucional observa que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, al emitir la sentencia que se impugna por este medio, ha violentado las garantías del debido proceso en el instante en que impone una sanción que no se encuentra establecida en la norma, lo que contradice la disposición Constitucional establecida en el artículo 76, numeral 3 de la Constitución, en concordancia con lo previsto en el artículo 2 del Código Penal y artículo 2 del Código de Procedimiento Penal; a la par que al efectuar una interpretación extensiva de la norma contenida en el artículo 471, lo hace sin considerar la norma pro reo, vale decir que la misma debe ser interpretada en el sentido más favorable al infractor, comportamiento que contradice lo previsto en el artículo 76, numeral 5 de la norma Constitucional.

El Código Adjetivo Penal no ha determinado en norma expresa la existencia de la pena impuesta a los legitimados activos, esto es, por el cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 470 del Código Penal, con la agravante específica del artículo 471 ibidem, no se ha establecido la existencia de la sanción de un año un día como ha resuelto la Segunda Sala de la Corte Nacional de Justicia; por el contrario, al ser la norma de aquella considerada difusa y que debe ser interpretada por el juzgador, la Corte Nacional de Justicia actuó contra norma expresa de la Constitución, pues ha formulado una interpretación extensiva que conlleva sancionar con una pena inexistente, lo que violenta las reglas del debido proceso que asisten a todo ser humano.

La Corte Constitucional no procede a formular juicios respecto a la responsabilidad y culpabilidad de los legitimados activos en los hechos penales, pues no es su competencia, limitándose esta sentencia a establecer que en el fallo recurrido, es decir, en la sentencia dictada el 15 de junio del 2009 a las 10h20, por parte de la Segunda Sala de la Corte Nacional de Justicia, se violentaron las normas del debido proceso establecidas en el artículo 76, numerales 3 y 5 de la Constitución de la República.

III. DECISIÓN

En mérito a lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA:

1. Aceptar la Acción Extraordinaria de Protección planteada por María Rosario Llanga Llanga, Segundo Raúl Llanga Llanga y Segundo Tomás Llanga Llanga, y por lo tanto declarar sin efecto la Sentencia dictada dentro del Recurso de casación, por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, el 15 de junio del 2009 a las 10H20, por violatoria a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 76, numerales 3 y 5 de la Constitución de la República.
2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (E).

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con siete votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Freddy Donoso Páramo, Patricio Herrera Betancourt, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Hernando Morales Vinuesa y Edgar Zárate Zárate, sin contar con la presencia de los doctores Manuel Viteri Olvera y Alfonso Luz Yunes, en sesión del día jueves quince de julio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

Quito, D. M., 15 de julio de 2010

Sentencia N.º 032-10-SEP-CC

CASO N.º 0273-09-EP

Jueza Constitucional Ponente: Dra. Ruth Seni Pinoargote

**LA CORTE CONSTITUCIONAL
para el periodo de transición:**

I. ANTECEDENTES:

Resumen de admisibilidad

La demanda se presentó en la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el 11 de mayo del 2009.

El señor Secretario General certificó que no se había presentado otra solicitud con identidad de sujeto, objeto y acción.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, el 25 de enero del 2010 acepta a trámite la acción extraordinaria de protección N.º 0273-09-EP.

La Primera Sala de Sustanciación de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en virtud del sorteo correspondiente y de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 del 22 de octubre del 2009, avocó conocimiento de la causa y señaló que en virtud del sorteo realizado, la Jueza Constitucional, doctora Ruth Seni Pinoargote, sustanciaría la presente causa.

Detalle de la demanda

La abogada Gliset Plaza Molina, Subsecretaria General Jurídica del Ministerio de Finanzas, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, 94 y 437 de la Constitución de la República y 43, 44 y 56 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, dedujo acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 18 de septiembre del 2008, por los señores Ministros de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio N.º 103-2006-NG, en la que resolvió el recurso de casación que interpuso el Ministro de Finanzas de la sentencia pronunciada por el Tribunal Distrital N.º 2 de lo Contencioso Administrativo, en el juicio N.º 026-04-1, en lo principal manifiesta:

Que la sentencia impugnada ha vulnerado el contenido de los artículos 119, 272 y 276, numerales 1 y 2 de la Constitución Política de 1998; 76, numerales 1 y 7, literales *l* y *m*; 82, 226 y 424 de la Constitución vigente; 12 de la Ley de Control Constitucional; 52 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas; 92 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador; 3, incisos segundo y tercero; 30, literales *b*, *c* y *d*; 31 y 65 del Código de Procedimiento Civil; 68, 78 y 125, numerales 1 y 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Manifiesta la accionante que el 9 de enero del 2004, un grupo de médicos domiciliados en la provincia del Guayas presentaron una demanda contenciosa administrativa ante el Tribunal Distrital N.º 2 de lo Contencioso Administrativo N.º 026-04-1, invocando el recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo, en contra del Ministerio de Salud, del Procurador General Estado y del Ministerio de Economía y Finanzas, por el supuesto acto ilegítimo de la negativa del señor Ministro de Salud Pública al pago de las remuneraciones parciales desde el mes de enero del 2002 hasta la fecha de presentación de la demanda. Que se argumentó que habían laborado para la Dirección Provincial de Salud en calidad de Médicos tratantes y en funciones administrativas de ocho horas

diarias en la Administración Central, Hospitales y Jefaturas de Áreas de la provincia del Guayas dentro de sus categorías escalafonarias; que en la actualidad se les está cancelando un sueldo base y demás rubros de las remuneraciones de manera incompleta, sin que supuestamente se tome en cuenta la escala de sueldos de la Ley de Escalafón para médicos; que este derecho se les venía cancelando hasta diciembre del 2001, y a partir de enero del 2002 se suspendió, por lo que solicitaron a la autoridad respectiva que se proceda con ese pago, sin que sus requerimientos hayan sido atendidos; que el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público dictó la Resolución N.º 130 del 6 de marzo del 2002, publicada en el Registro Oficial N.º 544 del 28 de marzo del 2002, que regula el derecho de los médicos tratantes que prestan sus servicios 4, 6 y 8 horas diarias para cobrar las horas excedentes a su jornada ordinaria de labor; que esta Resolución se contradice con el artículo 2 de la Resolución N.º 016 del mismo organismo, que manifiesta que el monto del sueldo base se obtendrá de multiplicar el factor determinado en la tabla del artículo anterior a la dedicatoria horario por \$ 4,00; que la Asociación de Médicos del Ministerio de Salud Pública recurrió al Tribunal Constitucional para solicitar la inconstitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo de la Resolución N.º 130 del CONAREM por considerarla violatoria a la Ley de Escalafón para Médicos; que se ha incumplido con lo que establecen los artículos 9 y 10 de la Ley de Escalafón para Médicos; 35, incisos primero y cuarto; 272 de la Constitución Política de 1998, y 25, literal *a* de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Que el 5 de abril del 2004, el Ministro de Economía y Finanzas presentó la contestación a la demanda, en la que señaló la procedencia y legalidad de la Resolución N.º 130 expedida el 6 de marzo del 2003 por el Consejo Nacional de Remuneraciones, la inexistencia de contradicción en la Resolución N.º 130 con la Resolución N.º 16 del CONAREM, y cita la Resolución N.º 0031-2002-TC del Tribunal Constitucional, publicada en el Registro Oficial N.º 21 del 13 febrero del 2003. Alega falta de derecho de los actores debido a que la fijación de los factores de cálculo para establecer el sueldo base de cada una de las categorías se encuentra determinada de conformidad con lo que prescriben los artículos 10 y 11 de la Ley de Escalafón para los Médicos.

Que el Ministro de Finanzas el 26 de julio del 2004 presentó ante el Tribunal Distrital N.º 2 de lo Contencioso Administrativo un informe en derecho, a fin de demostrar la improcedencia de la demanda, y al momento de dictar la sentencia sean tomados en consideración. En dicho informe se hizo constar que existe contradicción entre lo señalado en los fundamentos de hecho y de derecho; que existe ilegitimidad de personería pasiva debido a que se ha demandado a una autoridad de la Administración Pública que no es responsable del acto administrativo impugnado, y que existe imprecisión de la determinación de dicho acto.

Que las remuneraciones de los demandantes fueron canceladas al tenor de lo que establece la resolución N.º 130 del CONAREM. Que el Tribunal Constitucional, mediante Resolución N.º 0031-2002-TC determina que no ha existido tratamiento discriminatorio al pagarles a los médicos tratantes de conformidad con la Resolución N.º 130 del CONAREM; los demandantes no aprobaron en el término respectivo que el Ministro de Salud Pública solamente les

ha cancelado 4 de las 8 horas diarias de labores, desde el mes de enero del 2002 hasta la presentación de la acción. Que existe caducidad del derecho y prescripción de la acción de demandar de los accionantes.

El 19 de octubre del 2004 el Ministerio de Finanzas fue notificado con el contenido de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 2, del 13 de octubre del 2004, dentro del proceso contencioso administrativo N.º 026-04-I, la misma que no garantiza la aplicación de normas de derecho y conlleva un perjuicio a las Arcas Fiscales. El Ministerio interpuso el 22 de diciembre del 2004 el recurso de casación, fundamentándose en lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley de Casación.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia, rechazó el argumento expuesto por el Ministerio de Finanzas, de que el Tribunal Distrital N.º 2 de lo Contencioso Administrativo en la sentencia dictada dentro del juicio contencioso administrativo N.º 026-04-I, había infringido lo estipulado en los numerales 1 y 2 del artículo 276 de la Constitución de 1998 y el artículo 12 de la Ley de Control Constitucional, al no haber considerado el hecho de que el Tribunal Constitucional, mediante Resolución N.º 0031-2002-TC avaló la constitucionalidad y legalidad en la aplicación de la Resolución N.º 130 expedida por el CONAREM, y desechó la demanda de inconstitucionalidad planteada por los mismos actores.

La Sala, en su sentencia, considera que lo estipulado en los artículos 52 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas y 92 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, que le conferían al Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público, CONAREM, la atribución de fijar los sueldos, salarios, remuneraciones, compensaciones, bonificaciones y más prestaciones en el ámbito del sector público, no significaba que dicha Resolución podía reformar lo establecido en la Ley de Escalafón para Médicos.

Por último, solicita que se suspenda la ejecución de la sentencia dictada dentro del juicio contencioso administrativo N.º 026-04-I, hasta que se dicte la sentencia de la Corte Constitucional.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El señor doctor Julio Pico Mantilla, Procurador Común de 214 médicos del Guayas, señala que el Ministro de Finanzas se comprometió a cancelar las diferencias de remuneraciones de todos los médicos, lo que no se cumplió, razón por la cual el representante legal de dicha Cartera de Estado fue citado con el contenido de la demanda, presentando las correspondientes pruebas. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia declarando con lugar la demanda, ante la cual el señor Subsecretario Jurídico presentó el recurso de casación en la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, organismo que dictó sentencia el 18 de septiembre del 2008.

La Constitución del Ecuador entró en vigencia el 20 de octubre del 2008, y el Ministro de Finanzas, a través de la Subsecretaría Jurídica Ministerial, presentó la acción extraordinaria de protección posterior a la vigencia de la Constitución, por lo que la demanda debe ser inadmitida

por improcedente e ilegal, como lo señala el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Que la Subsecretaría Jurídica Ministerial del Ministerio de Finanzas no tiene representación judicial, siendo el Procurador General del Estado el representante legal de las entidades sin personería jurídica. Solicita que se declare la inadmisibilidad de la acción extraordinaria de protección propuesta.

Los señores doctores Manuel Yépez Andrade, Juan Morales Ordóñez y Freddy Ordóñez Bermeo, Jueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, integrantes de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, manifiestan que tanto la estructura formal como el contenido sustancial de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia resuelve motivadamente los recursos de casación propuestos por el representante del Ministerio de Economía y Finanzas y por el delegado del Procurador General del Estado, y cumple con los parámetros básicos exigidos para una resolución judicial eficaz.

Que no es obligatorio del Tribunal de Casación valorar nuevamente las pruebas, debido a que esa atribución compete al Tribunal de Instancia; como no se consideró el fondo de la controversia por no encontrarse vulneración de las normas acusadas, no cabía pronunciarse sobre todo lo ocurrido en la instancia en aquel momento procesal de la casación, y tampoco cabe hacerlo ahora a pretexto de una acción extraordinaria de protección. Solicitan que se declare improcedente la acción extraordinaria de protección interpuesta por la Subsecretaría General Jurídica del Ministerio de Finanzas.

El señor doctor Néstor Arboleda, Director Nacional de Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado, señala que el fallo de casación, en sus considerandos cuarto y quinto, al analizar el recurso de casación en cuanto ha operado la caducidad, según lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, llega a la conclusión de que no ha existido un acto administrativo, sino un hecho administrativo, ya que se litiga la falta de pago de las prestaciones a la que los actores consideran tener derecho.

Que la negativa del señor Ministro de Salud Pública al pago de las remuneraciones parciales de los médicos comparecientes ha afectado un derecho subjetivo de los recurrentes, por lo que el recurso administrativo planteado tiene la categoría de un recurso de plena jurisdicción o subjetivo; que los derechos que consideran vulnerados por el fallo de casación son los prescritos en los numerales 13 y 17 del artículo 24 de la Constitución Política de 1998, porque la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, con su inmotivado fallo de casación, no ha garantizado y ha vulnerado los derechos de una de las partes procesales. Solicita que se acepte la demanda y se declare la violación de los derechos constitucionales de los accionantes.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

Competencia de la Corte

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver el presente caso, de

conformidad con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008, en concordancia con lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 del 22 de octubre del 2009.

Naturaleza Jurídica de la Acción Extraordinaria de Protección

El artículo 1 de la Constitución preceptúa que el Ecuador es un "...*Estado constitucional de derechos y justicia...*", concepto novísimo en la doctrina del derecho constitucional, que se lo debe entender como el acatamiento de todo poder, sea este público o privado, hacia el respeto de los derechos consagrados en la Constitución, es decir, que en el Ecuador los derechos constitucionales de las personas son el eje principal en el desarrollo de un Estado. Es por este motivo que los Estados deben someterse a los derechos, pero no entendiendo al derecho desde un punto de vista de la legalidad, sino como las normas que contienen verdaderamente atribuciones a favor de las personas, tanto es así, que la misma Constitución, en el numeral 3 del artículo 11 dispone que: "*Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*". Estos principios constitucionales hacen que el Estado no sea ajeno a la situación de la violación de los derechos cuando éstos se materialicen, por lo que tiene la obligación de adoptar mecanismos procesales constitucionales para evitar, corregir, detener y reparar la violación de los derechos de las personas, y así tener la posibilidad de que todas las personas puedan ejercer el derecho de hacer exigibles sus derechos, por medio de un procedimiento efectivo, imparcial y expedito.

La acción extraordinaria de protección es uno de los mecanismos que la Constitución vigente tiene para garantizar la exigibilidad del respeto a los derechos de las personas, y de conformidad con el artículo 94 de la Constitución, señala como requisitos para su procedibilidad, que sea en contra de sentencias o autos definitivos, que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que franquea la ley dentro del término legal para su impugnación, a menos que dicha falta no sea atribuible a la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

¿Contra qué acto judicial se propone la acción?

La legitimada activa, abogada Gliset Plaza Molina, en su calidad de Subsecretaría General Jurídica del Ministerio de Finanzas, propone acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 18 de septiembre del 2008 a las 10H00, emitida por los Ministros de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia), Dr. Jorge Endara Moncayo, Dr. Hernán Salgado Pesántez y Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, dentro del juicio N.º 103-2006-NG, en la que se resolvió el recurso de casación planteado por el Ministerio de Finanzas contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital N.º 2 de lo Contencioso

Administrativo, en el juicio N.º 026-04-1, mediante la cual se desechó el recurso de casación interpuesto.

Derechos Constitucionales vulnerados según el Ministerio de Finanzas

Derecho al debido proceso, contenido en los numerales 1 y 7 literal *m* del artículo 76 de la Constitución, que preceptúa: “1. *Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes [...] 7. [...] m).- Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*”. Al respecto, se debe manifestar que se entiende por debido proceso a la garantía constitucional que tiene toda persona, para que dentro de un proceso judicial o administrativo se respeten sus derechos constitucionales, como son: ser oída en condiciones de plena igualdad, por jueces o tribunales independientes e imparciales; presentar pruebas lícitas; tener acceso a los medios de impugnación determinados en la ley para hacer valer sus derechos. En definitiva, como señala Madrid –Malo Garizála citado por el Dr. Miguel Hernández Terán en su obra “El Debido Proceso en el marco de la Nueva Constitución Política”: “... se entiende al debido proceso como todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso, donde le asegura a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le asegure libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”.

En el presente caso, los accionantes a lo largo de todo el libelo de su demanda, manifiestan que se ha vulnerado el derecho al debido proceso por la violación a varios cuerpos legales, fundamentándose en la mala aplicación de normas, en la falta de apreciación de las pruebas, en la falta de justificación de las pretensiones de los demandantes en el proceso ordinario etc., es decir, que todas sus alegaciones son de índole estrictamente legal.

La acción extraordinaria de protección, como se lo manifestó anteriormente en esta sentencia, es una garantía constitucional extraordinaria, que no se debe considerar como una nueva instancia, donde el juez constitucional esté en la obligación de valorar pruebas ni la forma de apreciación de normas legales por parte del juez al dictar sentencia; limitándose exclusivamente su accionar, en la verificación de la violación al debido proceso por parte del juez ordinario en los términos ya citados, y como consecuencia declarar su nulidad a partir de la comisión de la violación procesal, por lo que no se puede entrar en un análisis de los hechos del proceso sin que exista una relación con la vulneración de derechos constitucionales. Asimismo, la Corte Constitucional, por medio de esta acción, no puede suplir las facultades del juez que conoce la causa emitiendo criterio de valoración sobre el fondo de los hechos donde se trabó la litis, y peor aún dictar sentencia.

Con respecto a la violación alegada de que la sentencia dictada el 18 de septiembre del 2008 a las 10H00, vulnera el derecho del Ministerio de Finanzas de recurrir sobre sentencia que se decida sobre sus derechos, porque no fue favorable sobre las pretensiones alegadas por los recurrentes, esta Corte manifiesta que no existe tal violación o desconocimiento, ya que el Ministerio de Finanzas, dentro de todas las instancias desarrolladas en la justicia ordinaria, presentó todos los recursos y acciones que franquea la ley

para hacer valer sus derechos; por lo tanto, el no conceder favorablemente las pretensiones de los recurrentes, no se puede considerar violación de algún derecho constitucional, por lo que en el caso en análisis, el derecho consagrado en el literal *m* del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, fue ejercido en forma plena por las partes, por lo que no existe violación que declarar.

Falta de motivación, contenida en el numeral 7 literal *I* del artículo 76 que dice: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Un acto tanto judicial como administrativo no es formalmente perfecto y por lo tanto intangible si no está motivado, ya que con la motivación se reconoce una importante función que es la garantía y tutela de los derechos de los particulares y del interés general. La falta de motivación produce indefensión en la persona a la que se dirige el acto, en la medida en que impugnarlo sin conocer sus fundamentos es recurrir “a ciegas”; es decir, tener que argumentar contra motivos hipotéticos, en la suposición de que los jueces o la administración pública se hayan querido apoyar en ellos al dictar el acto.

En el análisis de la especie, el Ministerio de Finanzas no ha sufrido violación a este derecho con la sentencia dictada el 18 de septiembre del 2008 a las 10H00, y que ahora es impugnada, ya que de la lectura de la demanda con la que se presentó la acción extraordinaria de protección, a lo largo de su extenso escrito, la accionante hace referencia y hasta cita textualmente las consideraciones tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava de la sentencia, por lo que se evidencia que no existe la falta de motivación alegada, ya que de lo contrario no habría podido realizar un análisis legal de tal extensión y no habría podido ejercer su derecho a la tutela efectiva, entendida como el derecho que tienen las personas a que se imparta justicia a través de un proceso que contenga garantías mínimas al debido proceso, obviamente, no comprende el obtener una decisión judicial favorable con las pretensiones que se solicitan, sino el derecho a que se dicte una sentencia en Derecho, garantía consagrada en el artículo 75 de la Constitución. Este hecho igualmente comprueba que el Ministerio de Finanzas nunca estuvo en indefensión dentro del proceso jurisdiccional, y en todas sus instancias tuvo la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa en los términos señalados por la ley adjetiva.

Reconocimiento de obligaciones por parte de los Ministerios de Economía y Finanzas¹ y de Salud Pública a favor de los recurrentes

Acta Transaccional: el 28 de abril del 2005, el Gobierno Nacional, representado por el Ministro de Salud Pública,

¹ Actualmente Ministerio de Finanzas, sustituido por el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 854, publicado en el Registro Oficial No. 253 de 16 de enero de 2008

Dr. Wellington Sandoval, y el Ministro de Economía y Finanzas, en ese entonces Eco. Rafael Correa Delgado, suscribieron un Acta Transaccional con el Presidente de la Federación Médica Ecuatoriana y el Presidente de la Federación Odontológica, mediante la cual en el numeral 2.1 en forma textual se acordó que: “2.1. *El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud Pública y sus Unidades Ejecutoras pagará a los médicos cuyos nombramientos o contratos constan presupuestariamente como médicos 6HD y 8HD, por una sola vez, los valores correspondientes por el trabajo adicional prestado a partir de enero del 2002, hasta febrero del 2005, bajo premisa de que la jornada completa de trabajo de los mencionados profesionales es de 4HD*”. Este mismo derecho se reconoció a favor de los profesionales odontólogos que prestan servicios en el Ministerio de Salud Pública y sus Unidades Ejecutoras; es decir, que mediante este documento las Carteras de Estado en mención aceptaron el derecho que tienen los médicos y odontólogos al pago de las horas adicionales de trabajo. En este mismo sentido, el Ministro de Salud Pública, Dr. Francisco Andino Rodríguez, con oficio memorando N.º SDM-10-00415-2003 del 7 de mayo del 2003, dirigido al Director Financiero, (fs. 143), señala que: “...en un acto de estricta justicia, de respeto y de aplicación a la Constitución y la Ley, dispongo que el Departamento Financiero de este portafolio, proceda al pago de las remuneraciones de los Médicos del Ministerio de Salud Pública, de conformidad con lo que establece la Ley de Escalafón para Médicos por jornadas de labores de 4HD, 6HD y 8HD a partir del mes de abril de 2003, dejando el derecho que tienen para reclamar en forma retroactiva la jornada de trabajo realizada desde la promulgación de la ley.”

De lo anteriormente señalado, se establece que lo resuelto por el Tribunal Distrital N.º 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, no vulneró derechos constitucionales, y peor aún garantías del debido proceso al accionante, siendo todo lo contrario, ya que esa Judicatura hizo respetar los derechos de los profesionales médicos y odontólogos que prestan sus servicios en el Ministerio de Salud Pública, con respecto a su remuneración y a la garantía de que ningún trabajo es gratuito.

Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado

Con oficio N.º 0002163 del 8 de julio del 2003, el Procurador General del Estado, con respecto a una consulta realizada por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, acerca de la Resolución N.º 130 del 6 de marzo del 2002, expedida por el CONAREM² y publicada en el Registro Oficial N.º 544 del 28 de marzo del 2002, señaló que: “En consecuencia el inciso segundo del artículo 2 de la Resolución 130 debe reformarse y coincidir con el texto del artículo 10 de la Ley de Escalafón para Médico, ya que la resolución del CONAREM, al estar en contradicción con la Ley, carece de validez jurídica”; es decir que si bien el CONAREM tenía la facultad de regular las remuneraciones de los servidores del sector público, estas decisiones siempre debían sujetarse al ordenamiento jurídico vigente a la fecha, es decir, a los artículos 119 y 272 de la Constitución Política de 1998, normas que preceptuaban sobre los límites de las autoridades públicas y sobre la jerarquía de las normas con respecto a la Constitución, por lo que de igual forma, el Tribunal Distrital N.º 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, resolvió una

cuestión puramente de legalidad, haciendo prevaler la Constitución y la ley sobre otras normas de menor jerarquía.

III. DECISIÓN

En mérito a lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA:

1. Negar la acción extraordinaria de protección propuesta por la abogada Gliset Plaza Molina, Subsecretaria General Jurídica del Ministerio de Finanzas; y,
2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (E).

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con seis votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Freddy Donoso Páramo y Edgar Zárate Zárate, sin contar con la presencia de los doctores: Alfonso Luz Yunes, Nina Pacari Vega y Manuel Viteri Olvera, en sesión ordinaria del día jueves quince de julio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por f.) Ilegible.- Quito, 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

² El Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público - CONAREM-; Según la Disposición Transitoria Décima Tercera de la Ley 2003-17 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 184 de 6 de octubre de 2003, pasó a denominarse Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES. Mediante Decreto Ejecutivo No. 10 publicado en el Registro Oficial de 24 de agosto de 2009, se fusionó la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, con el Ministerio de Trabajo y Empleo, creándose el Ministerio de Relaciones Laborales.