UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA ACCION DE PROTECCIÓN

PREVIO A LA OBTENCION DEL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

AUTORES: Dra. SANDRA ROCIO CASTILLO PAGUAY
Ab. ANGEL POLIVIO PULLUTASIG CONDEMAITA

TUTOR DE CONTENIDOS: MsC. Santiago Machuca
TUTOR DE METODOLOGÍA: PhD. Frank Mila

Otavalo – Ecuador
2020

DECLARACIÓN

Nosotros, Sandra Rocío Castillo Paguay y Ángel Polivio Pullutasig Condemaita, declaramos bajo juramento que el presente trabajo de titulación **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA ACCION DE PROTECCIÓN** es de nuestra exclusiva autoría y producción, que la hemos elaborado para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo.

Cedemos a la Universidad de Otavalo los derechos exclusivos de reproducción, comunicación, distribución y divulgación total o parcial de esta obra, siempre y cuando no se lo haga con fines de beneficio económico.

Declaramos que, en caso de presentarse algún reclamo de terceros sobre derechos de autoría de esta obra, asumiremos toda responsabilidad legal frente a la universidad y terceros.

_____

Sandra Rocío Castillo Paguay
C.C. 040113852-4

_____

Ángel Polivio Pullutasig Condemaita
C.C. 180334779-6

AGRADECIMIENTO

De forma sincera y humilde expresamos un agradecimiento a nuestras familias, por su amor, comprensión y sacrificio, por ser nuestro motor de convicción y nuestra razón de superación. Somos privilegiados y estamos orgullos de tenerlos.

De igual manera, a las personas que nos han apoyado con voluntad y plena confianza y han hecho que este trabajo se formalice con éxito, entre ellos Dr. Enrique Novoa (Director de Postgrados) y Dr. Franklin Ponce (Coordinador de Maestría en Derecho Constitucional); a su vez, a aquellos incógnitos, que sin límite ni egoísmo nos impartieron sus vastos conocimientos y sus mejores consejos; por tal razón, consideramos que éste es el espacio y el momento para hacer laudable el aprecio, consideración y agradecimiento que denotamos.

¡Mil gracias!

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo tiene una especial dedicación al forjador de nuestros sueños -“Dios”- quien con su poder supremo e infinito ha guiado nuestros pasos y con su luz ha iluminado cada uno de los senderos que hemos transitado a lo largo de la carrera de maestría; sin olvidar de la vigorosa fuerza y valentía que nos ha trasmitido para continuar en el proceso, pese a desabrimientos, tribulaciones e infortunios presentados. Él ha logrado que nuestras mentes hayan asumido que la vida se compone de problemas y soluciones; de olvido y de perdón; y hemos comprendido lo que en algún momento expresó: “Carlos Araujo”:

Deja que Dios ordene tu camino
y en él tan solo espera;
le hallarás protector, guía divino,
que te guarda hasta el fin de la carrera.

ÍNDICE

RESUMEN viiviii
ABSTRACT ix
INTRODUCCIÓN 1
CAPÍTULO I. MARCO TEORICO 3
1.1. Antecedentes y situación problemática 3
1.1.1. Antecedentes 3
1.1.2. Bases Teóricas 9
1.1.3. Situación Problemática 10
1.1.4. Formulación y justificación del problema científico 12
1.1.4.1. Formulación del Problema 12
1.2. Objetivos de la investigación 12
1.2.1. Objetivo general 12
1.2.2. Objetivos específicos 12
CAPÍTULO II. MARCO METODOLÓGICO 13
2.1. Enfoque de la investigación 13
2.2. Tipo de investigación 14
2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información 14
CAPITULO III. RESULTADOS 15
3.1. Presentación de Resultados 15
3.2. Análisis e interpretación de resultados 20
3.2.1. **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD** 20
3.2.1.1. Origen y evolución del Control de Convencionalidad 21
3.2.1.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones consultiva y contenciosa 21
3.2.1.1.2. Jurisprudencia relevante relacionada al Control de Convencionalidad 32
3.2.1.2. Teorías Monista y Dualista; y del Pluralismo constitucional como forma de recepción del derecho internacional en el derecho interno 40
3.2.1.3. Conceptualización y finalidad del Control de Convencionalidad 46
3.2.1.3.1. Objetivos del Control de Convencionalidad 57
3.2.1.3.2. Alcance y efectos 59
3.2.2. **ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES** 64
3.2.2.1 Origen, Conceptualización y finalidades 64

3.2.2.2. Acción de protección en el Ecuador. 67

3.2.2.3. Requisitos, Procedencia y legitimación 71

3.2.2.4. Acción de Protección como garantía constitucional y su relación con los derechos humanos 74

3.2.3. **APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LOS JUZGADORES EN LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN**……..80

3.2.3.1. Aplicación del Control de Convencionalidad en el la acción de protección...80

3.2.3.2. Juez Constitucional y su motivación en la acción de protección.....86

3.2.3.2.1. La garantía de la motivación a la luz de los tratados e instrumentos de Derechos y convenios internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ……..86

3.2.3.3. Formas de aplicación del control de convencionalidad en las acciones de protección; Reglas y Métodos de Interpretación constitucional…..……..89

3.2.3.3.1 Bloque de convencionalidad y aplicación directa de los tratados en materia de derechos humanos……91

3.2.3.3.2 Interpretación conforme…….……....93

3.2.3.3.3 Interpretación sistemática……...95

3.2.3.3.4 Interpretación progresiva y principios de interpretación en materia de derechos Humanos……...97

3.2.3.4. Análisis del caso práctico: Acción de Protección en el cantón Ibarra……99

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 128

CONCLUSIONES …….....128

RECOMENDACIONES.....……..131

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS……...134

ANEXOS…….……...142

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal, analizar el control de convencionalidad y su aplicación en la acción de protección, por tal razón se abordó en primer término la evolución, origen, contenido y alcance del control de convencionalidad, destacándose la jurisprudencia referente a esta institución, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, abarcando el tema referente al Sistema Interamericano, funciones de la Corte y las teorías provenientes de la forma de recepción del derecho internacional en el derecho interno; concluyendo así, con la conceptualización y finalidad de este mecanismo de control convencional. Prosiguiendo, se abordó lo relacionado a la acción de protección como garantía jurisdiccional de protección de derechos constitucionales, estudiando su origen y requisitos establecidos en la Constitución (2008) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009); haciendo hincapié la relación que tiene esta garantía con los derechos humanos. Por último, se analizaron, tanto las formas de aplicación del control de convencionalidad en la acción de protección, como de un caso en particular. Todo ello, a través de un estudio descriptivo de tipo documental, aplicando el método dogmático jurídico, con un enfoque crítico; llegando a la conclusión y por la delimitación del tema, que los jueces constitucionales en conocimiento de una acción de protección tienen la obligación de aplicar el control de convencionalidad en el marco de la garantía de la motivación y de la tutela judicial efectiva, quienes deben apoyarse en los diversos métodos de interpretación constitucional relacionados al control de convencionalidad.

Palabras clave: Control de Convencionalidad, Acción de Protección, Interpretación Constitucional, Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The main objective of this research work is to analyze the control of conventionality and its application in the protection action, for this reason, the evolution, origin, content and scope of control of conventionality was first addressed, highlighting the jurisprudence regarding This institution, issued by the Inter-American Court of Human Rights, covering the topic referring to the Inter-American System, functions of the Court and the theories coming from the way of receiving international law in domestic law; thus concluding, with the conceptualization and purpose of this conventional control mechanism. Continuing, the issue of protection action was addressed as a jurisdictional guarantee of protection of constitutional rights, studying its origin and requirements established in the Constitution (2008) and the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control (2009); emphasizing the relationship that this guarantee has with human rights. Finally, both the ways of applying the control of conventionality in the protection action were analyzed, as well as a particular case. All this, through a descriptive study of documentary type, applying the legal dogmatic method, with a critical approach; coming to the conclusion and due to the delimitation of the subject, that the constitutional judges in knowledge of a protection action have the obligation to apply the control of conventionality within the framework of the guarantee of motivation and effective judicial protection, who must support in the various methods of constitutional interpretation related to conventionality control.

Key words: Control of Conventionality, Protection Action, Constitutional Interpretation, Inter-American System for the Protection of Human Rights.

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación titulado "El Control de Convencionalidad en la Acción de Protección" elaborado como requisito previo para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional, tuvo como objetivo primordial analizar el control de convencionalidad y su aplicación en la acción de protección, a fin de analizar si la falta de aplicación, limitada aplicación o errada aplicación de este mecanismo, por parte de jueces constitucionales en una acción de protección, evidencia una clara vulneración o desprotección de derechos constitucionales y humanos; y por ende determinar si se debe aplicar el control de convencionalidad en las acciones de protección; tema del cual se derivaron tres objetivos específicos: examinar la figura del control de convencionalidad como un mecanismo armonioso de aplicación de normas del derecho interno y el derecho internacional de derechos humanos; estudiar la acción de protección como garantía jurisdiccional de protección de derechos constitucionales y de derechos humanos; y, analizar las formas de aplicación del control de convencionalidad *ex officio* en la acción de protección por parte de los juzgadores a través del análisis de la decisión judicial en un caso concreto, a la luz de la motivación.

Por ello, se expuso tres capítulos donde se encuentra inmerso el desarrollo del trabajo:

El capítulo I, contiene el marco teórico a través del cual se hace referencia a los antecedentes de la investigación y las bases teóricas, al igual que la situación problemática objeto de estudio; para finalizar señalando la justificación y los objetivos general y específicos planteados.

En el capítulo II, se abordó lo atinente al marco metodológico, el enfoque y tipo de investigación, así como las técnicas e instrumentos de recolección de información.

En el capítulo III, se realizó la presentación de los resultados del trabajo, señalando brevemente la parte medular de la investigación, que, en sí, es el contenido o desarrollo de los objetivos planteados; y en ese sentido, éste capítulo se divide en tres partes.

La primera parte, desarrolló lo inherente al origen, evolución y conceptualización del control de convencionalidad, para lo cual fue necesario revisar lo que es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con énfasis en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus funciones y sus casos más relevantes; puesto que del actuar de dicha institución jurisdiccional internacional, en la jurisprudencia emitida se acuña el origen del término "control de convencionalidad"; asimismo, se hizo referencia a las teorías monista, dualista y pluralista como teorías de recepción del derecho internacional en el derecho interno; ello, en razón que

el control de convencionalidad como en lo sucesivo del mencionado capítulo se señala, es considerado como un mecanismo jurídico para la armonización del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos.

En la segunda parte, se desarrolló lo relacionado a la acción de protección como garantía jurisdiccional de protección de derechos constitucionales y de derechos humanos; abordando su origen, conceptualización y finalidades, para arribar a la acción de protección establecida en la Constitución ecuatoriana (2008), estudiando sus requisitos, procedencia y legitimados activos y pasivos; a fin de culminar el capítulo, explicando la relación de esta garantía constitucional con los derechos humanos.

Por último, en la tercera parte, se generó el aporte de ésta investigación, al analizar y dar respuesta a la interrogante planteada, en cuanto a: *¿se debe aplicar el control de convencionalidad en las acciones de protección?*, dando como respuesta que es necesario su aplicación, ya que la inobservancia, provoca desprotección de derechos humanos; siendo para ello necesario estudiar la garantía de la motivación a la luz de los tratados e instrumentos de Derechos y convenios internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como deber de los jueces constitucionales; y, en ese sentido, se concluyó con las formas de aplicación del control de convencionalidad en las acciones de protección, que se derivan en las reglas y métodos de interpretación constitucional, de las cuales deben valerse o auxiliarse los jueces en la argumentación de las sentencias de acción de protección; aclarando que se señala, la aplicación a esta garantía, únicamente por la limitación del tema; ya que el control de convencionalidad debe aplicarse en todos los casos donde estén inmersos derechos humanos, a fin de evitar su vulneración.

Estas herramientas, conjuntamente con el bloque de convencionalidad y la aplicación directa de los tratados, así como aquellas de carácter hermenéutico, como la interpretación conforme, la interpretación sistemática, la interpretación progresiva y en general los principios de interpretación en materia de derechos humanos, constituyen las vías idóneas para que los jueces constitucionales puedan cumplir con su deber de aplicar el control de convencionalidad y con ello, evitar incurrir en vulneraciones a otros derechos, como la motivación de sentencias y la tutela judicial efectiva; por lo que el dar lugar al control de convencionalidad en sus decisiones, “en un primer filtro”, contribuye a evitar el desgaste del sistema judicial, a la protección de derechos constitucionales y humanos; y, a prevenir futuras sanciones al Estado ecuatoriano.

CAPÍTULO I

1. MARCO TEORICO

1.1. Antecedentes y situación problemática

1.1.1. Antecedentes

Partiendo de que el control de convencionalidad es un mecanismo aplicado en favor de gobernados frente a leyes y actos emitidos por autoridades estatales, con el fin de salvaguardar derechos humanos y garantías individuales, se debe señalar que éste, se aplica para verificar y cotejar que una ley, reglamento o acto emanado por autoridad de un Estado, tenga congruencia entre principios, normas y obligaciones establecidos en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, con el objeto de atinar al respeto y garantía de los mismos.

Para el desarrollo del tema planteado nos referiremos a conceptos, aplicación y criterios, siendo necesario, señalar como referencias iniciales, a lo esgrimido por el Doctor Sergio García Ramírez en su carácter de miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien manifestó que "la jurisdicción de la Corte Internacional acarrea consigo la obligación de hacer un control de convencionalidad" (Myrna Chang vs Guatemala, 2003). Quien posteriormente indicó: "en base a las resoluciones de la Corte Interamericana, el tribunal resuelve respecto a la convencionalidad de los actos que vulneraron los derechos en el caso en concreto" (Tibi vs Ecuador, 2004).

A través de los dos casos, se desarrolló una nueva teoría basada en la convencionalidad o armonía entre normas internas y externas, la que se expresó de forma consolidada por el tribunal en el caso "*Almonacid Arellano vs Chile* (2006)", según lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de fecha 26 de septiembre del 2006, constituyéndose formalmente la institución que hoy se conoce como el control de convencionalidad. Sin embargo, se debe señalar que en el caso *Gelman vs Uruguay* (2013), es donde se define al control de convencionalidad como una "institución que se utiliza para

aplicar el Derecho Internacional y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte.

Como cualquier teoría, la del control de convencionalidad, provoca críticas y dudas, ya que entre otros, surge el cuestionamiento, sobre, qué tan problemático sería el cambio de paradigma en la labor del juez, si la Constitución 2008, en los artículos 424 y 425 incisos primeros, se prevé la supremacía constitucional y la jerarquía de normas?; al igual que, si su exagerada, inadecuada o equivocada aplicación, provoca vulneración de derechos de otros.

Para Silva (2016), resulta imposible entender que "faltando leyes internas, baste la sola jurisprudencia de la Corte para dar una competencia como la que conlleva el control de convencionalidad interno, pese a la cuantiosa "interpretación mutativa por adición" que se invoque para justificarla. (p. 108)

En razón de esta crítica la función del juez dentro de un Estado cambiaría, ya que "dejaría de aplicar muchas veces con primacía el derecho interno, por aplicar el derecho material internacional o supra nacional, en materia de derechos humanos".

Por otro lado, está la labor que tiene un juez garantista de derechos, que según lo relata Aguilar (2017), es:

> El guardián de la efectividad de los derechos humanos, que es uno de los elementos introducidos por el neoconstitucionalismo, surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, acompañado de una protección extensiva fuera del texto constitucional. Este constitucionalismo del siglo XXI difumina los límites de la soberanía nacional, hablándose de un Estado postnacional. (p. 67)

Entre otros autores.

Con esto se acusa al neoconstitucionalismo de "reforzar la influencia política de una supuesta ciencia jurídico-constitucional e impulsar un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes del estado, poniendo en jaque el principio democrático y la soberanía popular.

Por lo señalado, los jueces nacionales a través de la tutela judicial y dentro de su desarrollo, en el "derecho a una sentencia debidamente motivada", pueden aplicar el derecho internacional convencional para mejorar estándares de protección de derechos humanos, reconociendo la supremacía constitucional y la prevalencia de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público, según lo prescrito en el Art. 425 y 426 de la Constitución. Por lo que la

aplicación del control de convencionalidad no debe desconocer principios como el de soberanía o de autoderminación de los que goza el estado.

Avanzando con el desarrollo del tema, Ibáñez (2012) en su artículo "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", señala que:

> Teniendo en cuenta las exigencias propias de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación, a través del denominado "control de convencionalidad" la Corte ha hecho notar a los Estados que, independientemente de las reformas legales que deban adoptar para compatibilizar determinadas disposiciones y prácticas con la Convención Americana y los estándares internacionales que correspondan, en principio, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles deben actuar inmediatamente y de oficio en el sentido de adecuar sus decisiones a dichas disposiciones y estándares, frente al conocimiento de los casos que se les sometan. El contenido del "control de convencionalidad" en la jurisprudencia del Tribunal ha sido objeto de un proceso de evolución que ha precisado sus alcances, con miras a asegurar y facilitar su aplicación por parte de los Estados. (p. 104-105)

Por lo antes indicado, si un estado acepta el contenido del tratado o convenio internacional, en este caso específicamente, la Convención Americana, en atención a su contenido, dicho Estado está obligado a cumplirlo por sobre leyes internas propias, como medida orientada al cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; correspondiendo a los administradores de justicia concretarlo, aplicando un perfecto control de convencionalidad en sus decisiones, garantizando seguridad jurídica.

Aclarando que en materia procesal, no es solo obligación exclusiva de los jueces ejercer el control de convencionalidad, sino que además es de otros funcionarios de la función judicial, fiscales; como también de autoridades, miembros policiales, militares, demás funcionarios públicos; porque hay que entender, que el suscribir y ratificar un tratado internacional no lo hace exclusivamente el poder judicial, lo hace el Estado en su conjunto, ya que éste tiene la obligación de generar un control de convencionalidad en todas sus formas institucionales.

Ahora bien, en materia constitucional nuestra legislación reconoce tanto derechos *"facultades o valores esenciales que tiene cada persona"*, como también garantías *"medios o instrumentos jurídicos establecidos para asegurar el libre ejercicio de los derechos"*, éstos últimos están determinados en la Constitución de la República del Ecuador (2008) como

mecanismos para garantizar la tutela efectiva de los derechos de los individuos, siendo éstos de naturaleza procesal, y de entre ellos, está la Acción de Protección, la cual es una garantía jurisdiccional de amparo eficaz en materia de derechos humanos y fundamentales, definida en la Constitución, como garantía que tiene por objeto:

> Artículo 88: "… el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación".

En el mismo sentido, señala la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional (2009), respecto de la acción de protección, cuando dice que tiene por objeto:

> Artículo 39: "… el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena."

Es por ello, que con la finalidad que los jueces resuelvan los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional y con sujeción a las normas constitucionales; y, que la Corte Constitucional con sus lineamientos, lidere este proceso de constitucionalización de la justicia, es necesario iniciar a concientizar los beneficios de la aplicación del control de convencionalidad; y por la delimitación del tema planteado, ahondar en la aplicación de éste mecanismo de congruencia de normas, en las acciones de protección que son las garantías más comunes y más demandadas.

Por lo trascendental de esta garantía o acción y al estar al servicio de los ciudadanos con el fin de garantizar el respeto y protección de derechos constitucionales y humanos, es hemos considerado la necesidad de efectuar un análisis sobre la aplicación del control de convencionalidad a la luz de la motivación de sentencias por parte de juzgadores, con el objeto de establecer el alcance del control de convencionalidad en esta garantía y los efectos que se provocan en razón de su aplicación; por lo que este trabajo descriptivo concluirá con la revisión de un caso práctico, analizando el fallo emitido por el juez constitucional que conoció el caso.

Por otro lado, cabe señalar que sobre el tema de investigación planteado, existen antecedentes de trabajos investigativos relevantes y conexos, desarrollados por autores nacionales y extranjeros, entre los cuales figuran:

Silva (2019), con "La Corte Constitucional del Ecuador y el control de convencionalidad en el control concreto de constitucionalidad*"* se enfoca en analizar las regulaciones jurídicas del control concreto de constitucionalidad, a la luz del control de convencionalidad *ex officio* que está en la obligación de ejecutar la Corte Constitucional del Ecuador.

Calderón (2014), en la investigación denominada "El control de convencionalidad por parte de la justicia ordinaria ecuatoriana", conceptualiza el control de convencionalidad como institución y doctrina, teoría que comprende la aplicación directa de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de las resoluciones emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; comprendiendo estas resoluciones, las sentencias, opiniones consultivas e interpretaciones en casos que le han llegado a su conocimiento, por sus facultades jurisdiccional de "última instancia" y última interprete de la convención americana, a fin de evitar que el Estado sea sujeto de acciones judiciales en sede internacional o supra nacionales, ante la Comisión o Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte del ciudadano o colectivos que le han sido violentado sus derechos fundamentales o derechos humanos, en ejercicio de poder Estatal.

En el mismo sentido, Idrovo (2015) en su trabajo llamado *"*El control de convencionalidad dentro de la estructura constitucional ecuatoriana: propuestas para su implementación efectiva", estudia la aplicación del control de convencionalidad en el marco jurídico ecuatoriano, realizando un análisis crítico de cómo se ha venido entendiendo y aplicando por parte de los administradores de justicia nacional; proponiendo diferentes mecanismos que permitan a jueces y tribunales nacionales, ejercitar dicho control de manera efectiva.

El autor Herrerías (2011), analiza el "Control de convencionalidad y efectos de las sentencias", y en ese sentido señala la importancia que ha cobrado la protección de los derechos fundamentales en el orden internacional y la obligatoriedad de los compromisos contraídos por el Estado Mexicano en ese ámbito, y en particular respecto a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, justificando la necesidad de establecer que las sentencias dictadas por tribunales de control de la constitucionalidad, como precedentes de cosa interpretada en materia

de derechos humanos, desplieguen un efecto *erga omnes* para sus similares, cuando se declare la inconvencionalidad de textos locales constitucionales y si el texto declarado inconvencional, coincide en contenido, con algún artículo de la Constitución Federal, éste, *per se*, debe estimarse contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por último, García (2014) estudia "El control de convencionalidad: la necesidad de su aplicación" y analiza la importancia de realizar el control de convencionalidad y el de constitucionalidad por parte del juez nacional, atendiendo al desarrollo progresivo que se ha dado en la esfera de los derechos humanos, cuya protección deviene directamente de los Estados, los que están llamados a cumplir con sus obligaciones internacionales, siendo una de estas el cumplimiento de las disposiciones convencionales que emite el máximo Tribunal Interamericano como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por ende recalca la necesidad de su aplicación a fin de que los jueces nacionales y demás autoridades públicas velen por la efectiva protección de los derechos humanos.

Por otra parte, Alarcón (2009) con el tema "Acción de Protección: Garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La organización de la acción de protección?", analiza la implementación de una serie de filtros de forma y de fondo, tendientes a evitar un proceso de ordinarización de la acción de protección, que guarden armonía y compatibilidad con el paradigma del Estado constitucional.

Asimismo, Cevallos (2009), en su trabajo de maestría titulado *"*La acción de protección ordinaria formalidad y admisibilidad en el Ecuador", hace hincapié en la influencia entre el derecho natural y el positivismo y los sistemas jurídicos de oriente y occidente, ante la realidad social para su eficacia, incluyendo la penetración jurisprudencial para su adopción interna y universalización; comprendiendo a la consulta y a la jurisprudencia como elementos vinculantes a la acción de protección.

Sin embargo, como ya se había explicado existen autores que critican la teoría del control de convencionalidad, siendo necesario abordarlas en el desarrollo de este trabajo, mismas que no niegan la existencia del control de convencionalidad, pero si controlan y evitan una mala interpretación de lo que en sí es el control de convencionalidad, provocando entender cuándo se lo puede aplicar, cómo y para qué sirve.

1.1.2. Bases Teóricas

En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que busca la defensa de principios democráticos y de derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, al denotar la violación de derechos humanos como uno de los asuntos de mayor importancia jurídica y política en la actualidad y en razón del tema planteado, las bases teóricas serán las siguientes:

- "El Control de Convencionalidad" a fin de analizar su evolución, para determinar su origen, contenido y alcance, así como los efectos que provocan las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana, ya que esta figura es la herramienta o el instrumento de control o verificación de la conformidad de normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia, cuya finalidad es salvaguardar derechos humanos y garantías individuales.
- "La acción de protección" ya que constituye una garantía jurisdiccional que garantiza derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pudiéndose interponer cuando exista vulneración de dichos derechos, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.
- "La motivación de sentencias por parte de juzgadores aplicando el control de convencionalidad y específicamente en las decisiones judiciales respecto de la acción de protección", considerando que la motivación de una sentencia es la exposición de las razones que tiene el juzgador en una causa, las cuales determinan el sentido de la sentencia y permiten conocer los motivos, sujeto a cuestionarlos o desvirtuarlos en el recurso previsto y oportuno; cuyo fin es garantizar las decisiones de los órganos jurisdiccionales para evitar cualquier tipo de arbitrariedad o amenaza por parte de los funcionarios de justicia al omitir su deber inexcusable de establecer razonamientos sólidos de hecho y de derecho, en los fallos dictaminados que cimienta su decisión.
- La obligación *ex officio* del Juez, quien se constituye garante de la convencionalidad de normas, ya que no es necesario que la persona interesada invoque el ejercicio de control de

convencionalidad en un asunto o caso demandado, éste debe ser aplicado de oficio por las autoridades, servidores públicos y especialmente los administradores de justicia.

Por lo establecido se analizará en compendio lo que es el control de convencionalidad y su aplicación en la acción de protección, tomando en consideración la Constitución y los Convenios y Tratados Internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos que reconoce que el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza; a su vez que los jueces competentes tienen la obligación de amparar a seres humanos y a la naturaleza frente a actos u omisiones que amenacen o violen sus derechos, con el único fin de analizar y determinar que con un criterio progresista y no limitadamente positivista, aplicando el control de convencionalidad, se puede fallar asegurando la protección oportuna de derechos, restableciendo los mismos, evitando daños irreversibles y otorgando medidas que aseguren una reparación integral.

1.1.3. Situación Problemática

La figura jurídica conocida como control de convencionalidad, constituye un procedimiento de verificación, contrastación y congruencia entre el ordenamiento jurídico interno y convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, buscando su armonía, con el fin de no vulnerar derechos.

Toda esta actividad de "control" en principio era realizada únicamente por la Corte Interamericana, sin embargo, el mismo ente, en aras de evitar la recurrente transgresión de derechos humanos establecidos en la Convención Americana, ha desarrollado esta institución; y, en ese sentido, se ha comprometido al Estado la tarea de aplicar lo pactado en la Convención; por lo tanto, de entre otros, los juzgadores, deben cumplir con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno y las decisiones de la Corte Interamericana de derechos humanos en tanto sean aquellas más favorables a las personas en razón del principio *pro homine*; lo cual se traduce, en que la interpretación jurídica que realicen los jueces en el marco de sus actuaciones judiciales siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano; es decir, que se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva de la norma cuando se trata de derechos protegidos.

En ese sentido, en Ecuador, con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 se ha creado una figura que sustituye y mejora al amparo constitucional, hoy conocida como "acción de protección". Dicha institución, se configura como la garantía jurisdiccional protectora de derechos constitucionales y de derechos humanos.

Por tal razón, se ha propuesto el estudio de la aplicación del control de convencionalidad en la acción de protección, estudiando: por una parte, lo que es cada una de éstas instituciones; y, por otra, la necesidad de aplicación del mecanismo de un control convencional *ex officio* por parte de los jueces nacionales en una garantía jurisdiccional dedicada al amparo de derechos constituciones y humanos por excelencia, tomando en consideración lo prescrito en el artículo 424 de la Constitución.

Es por ello, que se pretende determinar si el control de convencionalidad es el procedimiento hermenéutico idóneo que deben aplicar los jueces nacionales para no vulnerar derechos humanos al momento de motivar una decisión judicial en general; y, específicamente analizar la importancia de su aplicación en la acción de protección; considerando que la sentencia emitida por autoridad judicial tiene una consecuencia jurídica que trasciende tanto en el plano judicial, como también en el plano social; debiendo por ello acercarse en lo posible a la realidad con un sentido progresista, al amparo, no solo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sino también de los derechos humanos señalados en instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando exista vulneración de los mismos, en razón de actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación; tal como lo señala la Constitución en su Artículo 88 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el Artículo 39.

Ya que la no aplicación del control de convencionalidad o una limitada aplicación de éste por parte de jueces en sus decisiones en forma integral y dentro de las acciones de protección, pueden provocar vulneración de derechos humanos, ya sea por desconocimiento, por falta de práctica o por factores externos; pudiendo éstos derechos ser expeditamente reconocidos y garantizados a través de la aplicación adecuada del mecanismo del control de convencionalidad.

Asimismo, se pretende dilucidar sobre herramientas hermenéuticas que permitan a los juzgadores la aplicación del control de convencionalidad en las acciones de protección, puesto que, aunque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional en general son áreas que se complementan y que en algunas ocasiones poseen similitudes, no es posible una asimilación exacta entre ellas, puesto que existen principios de derecho internacional y de derecho interno a los cuales se debe responder; es decir que se debe comprender que el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Constitucional son ramas que si bien se complementan y son similares en algunos aspectos, pero es imposible un trasplante directo entre una rama y otra.

1.1.4. Formulación y justificación del problema científico

1.1.4.1. Formulación del Problema

¿Se debe aplicar el control de convencionalidad en las acciones de protección?

1.2. Objetivos de la investigación

1.2.1. Objetivo general

-Analizar el control de convencionalidad y su aplicación en la acción de protección

1.2.2. Objetivos específicos

- Explicar el control de convencionalidad.

- Estudiar la acción de protección como garantía jurisdiccional de protección de derechos constitucionales.

- Analizar las formas de aplicación del control de convencionalidad en la acción de protección por parte de los juzgadores a través del análisis de un caso en concreto.

CAPÍTULO II

2. MARCO METODOLÓGICO

El presente estudio de derecho constitucional, se circunscribe a una investigación jurídica o dogmática, que Álvarez (2002) la define como:

> El conjunto de procedimientos de carácter reflexivo, sistemático, controlado, crítico y creativo, cuyo objetivo es la búsqueda, indagación y el estudio de las normas, los hechos y los valores, considerando la dinámica de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se desarrollan en la sociedad. (p.28)

Esto, en virtud que se tiene por objeto plasmar las diferentes teorías de carácter jurídico, tomando en cuenta doctrina, contenido de normas jurídicas existentes y teorías jurisprudenciales, referentes y explícitamente al control de convencionalidad por parte de juzgadores, relacionando su necesidad de aplicabilidad en la acción de protección como instrumento y garantía jurisdiccional.

2.1. Enfoque de la investigación

Para cumplir con los objetivos en base al tema planteado se utilizará el enfoque cuantitativo, definido por Ñaupas et. al (2014):

> La investigación cualitativa busca descubrir lo nuevo y desarrollar teorías fundamentadas empíricamente, y es su relación con la teoría, con su producción, con su ampliación, con su modificación y con su superación lo que la hace relevante. Intenta comprender la complejidad, el detalle y el contexto; hacer al caso individual significativo en el contexto de la teoría, provee nuevas perspectivas sobre lo que se conoce, describe, explica, elucida, construye y descubre. (p.356)

En ese aspecto, el desarrollo del trabajo se plantea ser guiado por el estudio y análisis de teorías, doctrina, jurisprudencia, convenios y tratados internacionales y normas jurídicas establecidas en materia de derechos humanos, control de convencionalidad, acción de protección, motivación de sentencias por parte de jueces; a fin de concluir con teorías jurídicas coherentes; a su vez que se efectuará un análisis de un caso en concreto de acción de protección; todo ello con el fin de obtener resultados deseados en relación a los objetivos señalados.

2.2.Tipo de investigación

El tipo de investigación señalada es descriptiva, Hernández et al (2010) la definen como:

> Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar cómo se relacionan éstas. (p.80)

Es por ello, que se pretende estudiar, analizar y determinar las características de los preceptos del tema y sus objetivos, sin olvidar la importancia, necesidad de la aplicación y efectos de sentencias que se derivan del control de convencionalidad como mecanismo de congruencia entre el ordenamiento jurídico interno y externo, relacionándolos al final del trabajo con la motivación de sentencias por parte de juzgadores en la acción de protección como garantía jurisdiccional.

2.3.Técnicas e instrumentos de recolección de información

Como técnica e instrumentos de recolección de información se señala la utilización de la técnica de análisis documental, ya que con una información dogmática – jurídica existente, se procede a analizar sus contenidos y exponer criterios en razón del estudio efectuado; a su vez, para afianzar la propuesta se marca la revisión y análisis de un caso en concreto de acción de protección; todo esto a fin de determinar que el control de convencionalidad, según la legislación nacional y supra nacional, es un mecanismo que evita la vulneración de derechos humanos; por lo que se lo debe aplicar, cumplir y practicar.

El instrumento considerado para analizar un caso en concreto, es la revisión de registro de causas judiciales, existentes en diferentes unidades judiciales en el cantón Ibarra, provincia Imbabura, tomando una muestra ellas, en relación a acciones de protección resueltas y de entre éstas, analizar un caso concreto.

CAPITULO III

3. RESULTADOS

3.1. Presentación de Resultados

El presente trabajo se ha enmarcado en el desarrollo del control de convencionalidad, al ser éste un mecanismo que permite la efectividad en la aplicación de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos; por lo que resulta de vital importancia su estudio, mismo que al ser amplio y complejo, se ha delimitado en la aplicación de éste control en una de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución ecuatoriana (2008), como es la acción de protección, conscientes que ésta de igual forma garantiza la no vulneración de derechos humanos; y como es conocido, la aplicación del control de convencionalidad se basa en salvaguardar derechos al igual que garantías individuales del ser humano y evitar que leyes y actos emanados por autoridades del Estado los vulneren; por lo que se hace notar lo referente, al Sistema Universal de Derechos y en nuestro caso, al andamiaje del Sistema Interamericano de derechos humanos y a las funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como instituciones relevantes dentro del tema planteado.

Por ello, se revisa aspectos relacionados con el control de convencionalidad y su aplicación en forma general; de igual forma la acción de protección como una de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos constitucionales y derechos humanos; y, para finalizar se hace referencia a la aplicación del control de convencionalidad por parte de los juzgadores en la acción de protección en el Ecuador; cumpliendo así con los objetivos general y específicos planteados para el desarrollo de esta investigación.

En este sentido, el *Capítulo I* explica la jurisprudencia emitida en ciertos casos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que a través de ellos se da a entender el origen y evolución del control de convencionalidad; entre los cuales destacan: *Myrna Mack Chang vs Guatemala (2003); Tibi vs Ecuador (2004); Vargas Areco Vs. Paraguay (2006); Aguado Alfaro y otros vs Perú (2006); Trabajadores cesados del Congreso vs Perú (2006); Almonacid Arellano vs. Chile (2006)*; entre otros; cabe destacar que en el último de los señalados, se genera oficialmente una "definición" a la institución del control de convencionalidad por parte del cuerpo en Pleno de la Corte Interamericana, con fecha 26 de

septiembre de 2006; indicando, que las demás citadas son de igual relevancia en el tema; sin descartar que el origen del control de convencionalidad, provenga además de una parte dogmática basada en teorías de interpretación; ya que la doctrina señala que el control de convencionalidad debe ser interpretado de buena fe, de manera que dé eficacia sus disposiciones según su objeto y fin, de la forma más extensa posible a favor de los seres humanos; y, de una manera evolutiva.

Determinando que, los objetivos del "control de convencionalidad" se enmarcan en garantizar**:** la aplicación de tratados y convenios internacionales, un ordenamiento jurídico armonioso con la Convención de Derechos Humanos, la estimación y protección de derechos fundamentales o humanos; y, si fuese el caso, observar normas que sean contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, las que podrían en algún momento ser expulsadas del ordenamiento jurídico interno, lo que se considera no está en contra del principio de supremacía constitucional, ya que se hablamos únicamente de ser observadas más no de ser expulsadas directamente, porque este aspecto no le corresponde a la Corte Interamericana.

Hay que tener claro, por una parte, que el ordenamiento jurídico interno debe estar en armonía con dicha Convención; y por otra, que los jueces ordinarios, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen facultad de aplicar directamente la Convención y sus interpretaciones, a su vez, cumpliendo con lo que señala la propia Constitución ecuatoriana (2008) en el artículo 424, inciso segundo, cuando dice que: "La Constitución y *los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución,* prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público; lo que significa que a más de lo señalado expresamente en la Constitución, se debe observar lo previsto en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos), tomando en consideración el principio *pro homine*, por ello, debiendo el juez, valorar cual es lo más favorable a la persona y en ese sentido motivar su decisión.

Lo señalado no significa descocer la supremacía de la Constitución (Art. 424), como tampoco, perder la perspectiva del orden jerárquico de aplicación de normas señalado en el artículo 425 de nuestra Constitución, ya que la aplicación del control de convencionalidad y dentro del ámbito de "motivación del juez y la aplicación directa de instrumentos internacionales de derechos humanos", lo respalda nuestra propia Constitución (2008) tal cual

lo prescribe los artículos 11 numeral 3), 83 numeral 5), 172, 417, 426, 428; y entre otras normas la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en sus artículos 1, 4 numeral 1 y 2; como también el Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 5, 8, 9, 17, 23, 25, 28, 29, 100, 123, 129 numeral 1 y 11, 130 numeral 15), 140 último inciso, 130 numeral 4); entre los específicos inherentes al tema; por lo que el observar lo señalado en convenios y tratados internacionales de derechos humanos por parte de jueces en sus decisiones es cumplir con lo señalado en la Constitución y el ordenamiento jurídico interno establecido, por ende con su observación y aplicación se cumpliría con efectuar un perfecto control de convencionalidad.

Destacando así en este capítulo, que la figura "control de convencionalidad" tiene como fin, armonizar entre normas y principios del derecho internacional sobre derechos humanos y el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, ya que estos dos se complementan; siendo importante por ello, hacer referencia a las dos teorías clásicas monista y dualista; y, la del pluralismo constitucional, como tesis que se desprenden de la relación entre el derecho internacional y derecho interno, a fin de comprender la aplicación de esta herramienta de control convencional.

Avanzando, en el *Capítulo II* se revisaron aspectos relacionados a la acción de protección, no solo como una garantía destinada a la protección de derechos constitucionales, sino también, como una garantía que busca la no vulneración de derechos humanos; considerando que es la más requerida por la finalidad que tiene; por lo que se destacará en su estudio: su conceptualización y generalidades, sujetos y requisitos de procedibilidad señalados en la norma interna; todo esto, a fin de entender cuál es su objetivo y si en ésta se requiere, se permite y/o se debe aplicar, el control de convencionalidad.

Su estudio se lo aborda en razón que la acción de protección es una garantía que en principio está destinada a la efectiva protección de derechos constitucionales, según la Constitución (2008 – Art. 88); sin embargo también garantiza la protección de derechos humanos según lo prescribe la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009 – Art. 39), por lo que su estudio será, su campo de acción o alcance implícito en la protección de los derechos humanos, en cuento a las obligaciones internacionales derivadas de la suscripción de instrumentos internacionales, especialmente, la "Convención Americana de Derechos Humanos"; ya que los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar derechos y libertades reconocidos en ésta Convención; a su vez que

se comprometen en garantizar la libertad y el pleno ejercicio de derechos humanos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, evitando la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra; sin olvidar que de igual forma se debe tomar en cuenta los demás instrumentos existentes que protejan derechos humanos, dando como consecuencia aplicar el Control de Convencionalidad.

Por último, en el *capítulo III* se analiza específicamente las instituciones y principios constitucionales que viabilizan la aplicación del control de convencionalidad en la acción de protección, abordando las competencias de los jueces ordinarios en su rol de jueces constitucionales, al momento de motivar la resolución de una acción de protección; ya que en la decisión del juez es inevitable la fundamentación y exteriorización de la razón de su decisión; es decir la explicación y argumentación de lo que se resuelve en la misma; por lo que en el caso que nos atañe, es indispensable dicha motivación, en base, no solo a la norma interna positivada, sino además a la aplicación de tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, por no decir la aplicación eficaz del control de convencionalidad.

Por ello además de lo ya dicho, se estudiará en concreto, la garantía de la motivación a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, señalando las reglas y métodos de interpretación constitucional en relación a éste control de convencionalidad; aspecto que incluye instituciones como el bloque de constitucionalidad, la interpretación conforme, la interpretación sistemática y por supuesto, todos aquellos principios relacionados con la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

Y para finalizar, en el tercer capítulo se analiza un caso de acción de protección desarrollado específicamente en la ciudad y cantón Ibarra, provincia Imbabura, observando si quien estuvo a cargo de la administración de justicia en el caso en concreto, y en su rol de jueces constitucionales, motivaron sus sentencias de conformidad con tratados y convenios internacionales de derechos humanos en plenitud o integridad, o en qué grado se lo efectuó.

Además analizar si, “la falta de aplicación del control de convencionalidad en Ecuador por parte de jueces, provoca la desprotección de derechos constitucionales y humanos”; por ende determinar si se debe aplicar el control de convencionalidad en las acciones de protección, siendo ésta una garantía jurisdiccional que a más de garantizar la no vulneración de derechos constitucionales, garantiza la no vulneración de derechos humanos.

Todo lo expuesto, ha permitido establecer que el control de convencionalidad es el procedimiento hermenéutico idóneo que deben aplicar los jueces nacionales para no vulnerar

derechos humanos al momento de motivar una decisión judicial en general, y específicamente, la importancia de su aplicación en la acción de protección; considerando que una sentencia emitida por autoridad judicial tiene una consecuencia jurídica que trasciende tanto en el plano judicial, como también en el plano social; debiendo por ello acercarse en lo posible a la realidad con un sentido progresista, al amparo no solo de los derechos establecidos en la Constitución sino también en tratados y convenios internacionales de derechos humanos, cumpliendo con lo establecido en el segundo inciso del artículo 424 de la Constitución (2008).

Por lo cual la no aplicación del control de convencionalidad o una limitada aplicación de éste por parte de jueces en sus decisiones y por la limitación del tema dentro de las acciones de protección, ya sea por desconocimiento, por falta de práctica o por factores externos, pueden provocar vulneración de derechos humanos.

3.2. Análisis e interpretación de resultados

3.2.1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad, en palabras de Gutiérrez (2016):

> Se instituye como una figura jurídica perteneciente al derecho internacional, cuya principal finalidad es garantizar la aplicación de los tratados y convenios internacionales, específicamente, aquellos relacionados con la protección y garantía de los derechos humanos; constituyéndose así, en un mecanismo constitucional para evitar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una obligación relacionada con los derechos humanos (p.245).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015), considera al control de convencionalidad como:

> Herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana y la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (p.4).

Lo expuesto, implica que "control de convencionalidad" es una "herramienta de control de aplicación de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos"; a fin de garantizar la eficiencia y efectividad de los derechos humanos respecto de las actuaciones de los Estados.

Esta institución que procede del derecho internacional, en principio regula las relaciones interestatales; y, en razón de los instrumentos del denominado derecho internacional público, como los pactos, tratados o convenios que generan obligaciones entre los estados, es de donde nace la figura del control de convencionalidad.

Como preámbulo y en razón del tema planteado, es necesario recordar la Segunda Guerra Mundial y el sufrimiento que ésta dejó a la humanidad, lo que evidenció que los decálogos de derechos contenidos en las constituciones eran insuficientes; he ahí, con lo cual y en palabras de Olano (2016):

> Surgió la necesidad de crear un sistema internacional que contuviera los derechos inherentes a los seres humanos sin distinciones de ningún tipo, y especialmente en los últimos veinticinco años, se ha venido dando una internacionalización del derecho constitucional, a la vez que una constitucionalización del derecho interno, de modo tal que los mecanismos de protección de los derechos fundamentales han venido a crear un solo y extenso cuerpo normativo y jurisprudencial. (p.71)

Esta tendencia de constitucionalización o nacionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, indica Ferrer (2012), que:

> Programa el contexto propicio para la creación del control de convencionalidad, asumiendo que los Estados aceptaban la jurisprudencia de la Corte IDH como: (…) elemento hermenéutico y de control de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos, (…) la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear (…) el "control difuso de convencionalidad" (p. 575).

Por lo cual dicho control, representa una suerte de contención o freno al poder estatal; sin embargo, en la práctica, su aplicación denota algunas dificultades, como las provocadas tanto por el desconocimiento de aquellos que tienen el deber de aplicarla, como por las incongruencias existentes en los ordenamientos jurídicos de cada Estado, al igual que por las críticas o apreciaciones inversas que se han hecho al respecto, de las cuales se ahondará más adelante.

3.2.1.1. Origen y evolución del Control de Convencionalidad

3.2.1.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones consultiva y contenciosa

Para hablar del origen y evolución del control de convencionalidad, es necesario partir de la clase de derechos que se vulneran por su no aplicación, es decir, de *"los derechos humanos",* por lo que es preciso indicar que éstos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre muchos otros. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.

En nuestra constitución (2008) el ejercicio de los derechos, se rigen por varios principios, mismos que se encuentran plasmados en el artículo 11 numerales 1, 2 y 3:

> 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

> 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El 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.
>
> 3. 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. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Por otro lado el derecho internacional de los derechos humanos establece la obligación de los Gobiernos a actuar de una manera determinada o abstenerse de emprender ciertas acciones, para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o de los grupos.

Hoy en día, existe un sistema complejo y amplio dedicado a la protección y promoción de derechos humanos, es decir el denominado “Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH)”, el cual está compuesto por un tejido de instituciones y normas tanto sustantivas como procesales, entre las que destacan los órganos convencionales, que son comités de expertos independientes creados por los tratados internacionales; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH); los procedimientos especiales: Expertos Independientes, Relatores Especiales y Grupos de Trabajo; y, el Consejo de Derechos Humanos (HRC).

Asimismo, existen sistemas regionales de protección de derechos humanos, como lo son: el “Sistema Europeo” integrado por el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa; el “Sistema Africano” o sistema regional africano de derechos humanos conocido como la Unión Africana; y, por último, el “Sistema Interamericano” de Protección de los Derechos Humanos, el cual se conforma por la organización intergubernamental conocida como Organización de los Estados Americanos

(OEA), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para encuadrar o limitar el estudio, nos vamos a referir únicamente al señalado "Sistema Interamericano" que es el que nos atañe; éste sistema surge con una declaración de principios llamada la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la cual fue adoptada siete meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), -la cual entró en vigor en 1978-, y por otra parte, están la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como mecanismos de supervisión y control.

Conocida la procedencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conviene ahondar sobre sus funciones; al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) señala que:

> La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales. (p.6)

Tanto en el ejercicio de su función consultiva, como el de la función contenciosa la Corte Interamericana ha ido generando precedentes a través de la jurisprudencia, y en ella, ha ido desarrollando la institución denominada control de convencionalidad; esto, por supuesto con la fuerte influencia de las constituciones latinoamericanas, que mantienen un ordenamiento jurídico interno con el orden jerárquico similar al de Ecuador.

Dicho esto, el control de convencionalidad se constituye como una "institución de derecho internacional que enfoca su funcionalidad a garantizar la protección de Derechos Humanos (DDHH) en el ámbito estatal interno y subsidiariamente en esferas internacionales". (González, 2017, p. 58)

Esta figura jurídica, ha sufrido modificaciones conceptuales desde su aparición hasta la actualidad, puesto que, la Corte Interamericana en su jurisprudencia ha venido desarrollando diversos aspectos relacionados al denominado control de convencionalidad, en razón de que,

al ser una figura creada jurisprudencialmente, ha venido evolucionando de acuerdo a las realidades existentes en cada caso que ha sido llevado al conocimiento de la indicada Corte.

Sin embargo, apunta Vásconez (2019) y se ratifica en lo expresado por González (2014), que a causa de que el control de convencionalidad se origina y expande dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, principalmente desde un enfoque propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se hace evidente las limitaciones internas; lo que no permite lograr el eficaz cumplimiento del control de convencionalidad bajo los estándares exigidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; limitaciones derivadas en algunos casos de normas secundarias que dificultan la aplicación de este mecanismo para la resolución de los casos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Algunos estudiosos del derecho aducen que estas limitaciones representan una incertidumbre, puesto que, tal como se ha expresado, desde su origen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han ido generando interrogantes referentes al concepto de control de convencionalidad. Al respecto indica Castilla (2016) que "no existe una respuesta suficiente, a escala continental y ni siquiera nacional, acerca de ¿qué es el control de convencionalidad?, ¿Qué produce?; y, ¿Cuáles son sus alcances?" (p. 89). Sin dejar de lado la severa crítica que efectúa este autor y otros, a la teoría del control de convencionalidad.

Por lo que pese a lo benéfico que puede ser la aplicación del control de convencionalidad, es necesario en este trabajo, señalar varias críticas que se ha efectuado a ésta teoría, que de cierto modo son límite para su aplicación. Al respecto en el debate doctrinal latinoamericano sobre el control de convencionalidad, autores como: Karlos Castilla (2014; 2013); y, Alfredo Vitolo (2013); entre otros, han levantado su voz crítica, refiriéndose a éste mecanismo.

Castilla (2013 - 2014), hace una crítica severa al control de convencionalidad y dice que:

> El control de convencionalidad sería en verdad un "falso control de convencionalidad" (2014, p. 151 y 161), en el sentido que tan sólo sería "(…) una forma que buscó la Corte Interamericana para exigir un mayor cumplimiento de la Convención Americana, principalmente por los jueces nacionales; pero que, por su erróneo y desaseado uso del término control de convencionalidad ha generado problemas donde no los había (…)" (2014: 162) y que, en ese sentido, sólo constituiría una especificación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que el autor propone denominar como "garantía de tratados" (2013, p. 91-92; 2014, p. 162).

En segundo lugar, Castilla (2013), señala:

> (…) es una oportunidad para reiterar que estoy a favor de que los jueces (y todas las autoridades) nacionales velen porque los efectos de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH) y en general todos los tratados de derechos humanos no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, pero no por medio de figuras jurídicas que alteren e impongan configuraciones nacionales difíciles de implementar (…) sino como una incorporación en el quehacer cotidiano de los tribunales nacionales del contenido e interpretaciones autorizadas de los tratados, no para que en todo caso prevalezcan éstos, sino para que siempre sean tomados en cuenta y si en ellos se encuentra una mayor y mejor protección de los derechos humanos, se apliquen sin recato alguno. (p. 55)

Este autor, considera que, con esta noción de control de convencionalidad, la Corte interamericana se ha extralimitado en sus prerrogativas y ha ido más allá de las fronteras convencionales. Si bien, comparte el fin, que el derecho internacional de los derechos humanos sea observado y aplicado en sede nacional, considera que para ello no era necesario ni conveniente la creación de esta noción, sino que bastaba con el deber estatal de cumplir sus obligaciones internacionales, lo cual por cierto que comprende a los jueces y tribunales.

Así, para este autor, el juez o tribunal nacional debería hacer prevalecer o aplicar no necesariamente el derecho interamericano, sino en algunos casos el derecho nacional, cuando éste último sea más favorable que el primero.

En razón de lo expuesto por este autor, se considera que debemos tener presente:

1. Que, el "deber de honrar las obligaciones internacionales", no supone necesariamente tal como ya hemos sustentado, la superioridad jerárquica de los tratados de derechos humanos sobre el derecho interno; y,
2. Que, la que "primacía del derecho interamericano" no niega la posible aplicación del derecho interno, cuando éste último sea más favorable.

Por su parte Vitolo (2013), bajo la misma línea de oposición, pero en un sentido distinto, es decir no crítico, señala que:

> Esta obligación –que no resulta novedosa para países que, como la República Argentina, receptan al derecho internacional dentro de su derecho interno, confiriéndole aplicabilidad directa– es consecuencia lógica del sistema, ya que, de lo contrario, la propia obligatoriedad del tratado quedaría desvirtuada (…) (p. 62).

En razón de esta crítica efectuada por Vitolo, se debe tomar en cuenta que:

1. El control de convencionalidad ha estado presente desde el primer caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras" que sentenció la Corte, en el sentido que es inherente a sus competencias determinar si las decisiones o normas internas son compatibles –o no– con el *corpus iuris interamericano*. En otras palabras, es cierto que el control de convencionalidad no es una noción nueva y original en la jurisprudencia de la Corte sino una consecuencia o desarrollo de sus competencias convencionales ya establecidas, en el marco de un proceso de internacionalización de la tutela de los derechos fundamentales. El mismo Sergio García Ramírez, creador del término control de convencionalidad, precisa que el mismo " (…) es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional) (…)" (2011 p. 127).

Si bien es cierto no compartimos el sentido crítico de este autor; pero cuando se refiere a que el control de convencionalidad no es nada nuevo u original, consideramos que su apreciación es solo una constatación, misma que en ese sentido la compartimos muchos, porque la aparición de lo que es el control de convencionalidad no es nada reciente; pero debemos entender que su apreciación únicamente se refiere al contexto de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en general y del *corpus iuris interamericano* en particular; más no a que es un tema caduco e intranscendente, ya que lo que es control de convencionalidad ha ido evolucionando, por ello hay que tomar en cuenta que actualmente lo novedoso y delineado en el control de convencionalidad es:

i) su identificación y delimitación conceptual;

ii) el efecto *erga omnes* de jurisprudencia interamericana; y,

iii) su aplicación por jueces y tribunales

Por otro lado Malarino (2018), desde su concepción de "Violar derechos humanos para protegerlos", manifiesta:

> La Corte IDH ha procurado imponer su "interpretación" punitivista de la CADH no sólo a través de las sentencias sobre reparaciones, sino también a través de la doctrina del control de convencionalidad. Como es conocido, esta doctrina establece que los tribunales y demás autoridades de los Estados parte deben controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH, y que, al realizar este examen, deben tener en cuenta "no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (30). De este modo, parámetro para la determinación de la convencionalidad de una disposición del derecho interno no sería solamente la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH. En las consecuencias,

> esta doctrina crea el deber de las autoridades nacionales de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH. Dado que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia de la Corte IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales, es preciso analizar cuáles son los argumentos que da la Corte IDH para sostener esa doctrina (31). (pag.260, 261)

Esto lo señala en razón de que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *"Amonacid Arellano"*, suscribe que la Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

De igual forma, aduce lo indicado, tomando en consideración a que el artículo 68 apartado 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que los Estados partes se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes; por lo que dice que, ésta disposición no se refiere, a la jurisprudencia, sino a la parte resolutiva de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado señala que:

> En principio, la doctrina del control de convencionalidad y, en particular, el deber de las autoridades nacionales de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH que de allí se deriva no puede fundarse en el mero hecho de que la Corte IDH así lo estableció. En efecto, la obligatoriedad de la jurisprudencia de un tribunal no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia del mismo tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (¡también aquella que estableció el control de convencionalidad!) es obligatoria. Para eludir caer en una

> petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir su jurisprudencia. (p. 261)

Por lo cual indica que, al establecerse la doctrina del control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sugiere una razón y argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es "intérprete última de la Convención Americana". Por lo que recalca que éste es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, en los procesos internos; por lo que considera que este argumento sólo dice que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos en los procesos interamericanos; y que ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los procesos interamericanos, esto es, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión.

Concluyendo el autor, que para él un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero que la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales; y, que para que esto sea así, el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes "*store decisis et quieta non rnuovere"* (estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto); y claro está, dicha regla no existe en el sistema interamericano. Por eso aduce que mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso.

Por los fundamentos expuestos, critica al control de convencionalidad, refiriéndose por ello, que este mecanismo no tiene bases sólidas.

Es así que, por una parte, critica al control de convencionalidad indicando que existe una interpretación exageradamente y amplia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre lo que puede ordenar como reparación por la violación de un derecho. Por otra, plantea dudas sobre los fundamentos de la doctrina del control de convencionalidad; y, por último, pone en evidencia ciertas inconsistencias de la argumentación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al deber de perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. Argumentando que, si el deber de perseguir y sancionar se deriva, como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del deber de garantía (artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) a través de la idea de la prevención, entonces no es posible derivar de allí una prohibición absoluta de leyes de amnistía de graves violaciones a los derechos humanos, ni tampoco un derecho de las víctimas de violaciones de derechos pasadas a la persecución penal y castigo de los responsables de esas violaciones.

En este sentido, podemos ver que existen autores que expresan su punto de vista, criticando la teoría del control de convencionalidad, a su vez demuestran preocupación de aspectos relativos a la aplicación práctica del control de convencionalidad; por ejemplo, a más de lo ya dicho, Mejía-Lemos (2013), resalta que el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no es suficiente sustento jurídico para la aplicación de este mecanismo.

Al respecto, por otra parte, el autor García (2015) hace referencia a algunas situaciones que pueden presentarse en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, que es el caso que atañe a la investigación, autor que realiza tres interrogantes:

a) Cómo sabe el juez cuál es el criterio de la Corte Interamericana en un caso concreto…? La Corte pública sus resoluciones solo en la página web: no existen boletines ni tampoco los jueces nacionales están al tanto de todos los casos que la Corte resuelve, agravado por el hecho de que sus sentencias son kilométricas, con varios votos singulares generalmente extensos.
b) Es muy probable que la Corte Suprema de un país sepa perfectamente cuáles son las sentencias de la Corte Interamericana, pues a ese máximo nivel el conocimiento y la información es otra. Pero podemos decir lo mismo de jueces de la periferia, en poblaciones alejadas, generalmente en medio de grandes carencias y ayunos de este tipo de información que además nadie se las proporciona? La situación se agrava en países de grandes extensiones, más aún cuando tienen una estructura federal en donde se dan dos constituciones, la del estado local (entidad federativa o provincial) que conocen muy bien, y la del Estado nacional. Y ello sin olvidar que hay países con un desarrollo institucional disparejo, que tienen a su interior bolsones de pobreza con escasa formación

cultural (Perú, Ecuador, Bolivia, Paraguay, etc.) y algunos países de Centroamérica.

c) En la gran mayoría de los casos, los problemas que afrontan los jueces nacionales no tienen nada que ver con lo que la Corte Interamericana ha dicho. En otros, sí. Pero la jurisprudencia de la Corte Interamericana señala que en estos casos, en donde no hay ninguna relación directa con el mundo supranacional, el juez debe hacer un control de convencionalidad de oficio, o sea, de propia iniciativa y con su solo criterio jurídico. Y esto no es sencillo. Más aún: es peligroso y puede desembocar en actitudes o decisiones antojadizas o arbitrarias. (p.139)

Asimismo, González (2017), expone por su parte, en cuanto a las objeciones que se realiza sobre la teoría del control de convencionalidad, tres aspectos:

El primero relacionado con el sustento a esta institución en la interpretación del artículo 2 de la Convención cuando manifiesta que "impone la obligación a los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención, siendo el control de convencionalidad una medida "de otro carácter". (p.78)

En segundo lugar, González (2017) señala que otra objeción al control de convencionalidad, es de que "está conectada con la interpretación que la Corte Interamericana hace del artículo 27 de la Convención de Viena"(p.79), ello en razón que lo expuesto en el caso *Almonacid Arellano* (2006) en el cual la Corte Interamericana sustenta dicho control, el mencionado artículo hace referencia al cumplimiento de las obligaciones internacionales de buena fe y que no se puede alegar el derecho interno para sustentar su incumplimiento.

Por último, el autor precitado realiza una tercera puntualización en las objeciones al control de convencionalidad relacionada con su naturaleza jurisprudencial, cuando dice que "en razón del principio internacional de indiferencia, las sentencias internacionales solo tendrían efectos para cada caso concreto".

Todas las críticas expuestas anteriormente, se resumen en interpretaciones positivistas y formalistas de la convención y otros instrumentos de derecho internacional, incluidos los principios, si bien es cierto los investigadores no apoyan el control de convencionalidad en el sentido que éste se convierta en una carta blanca para la aplicación indiscriminada y azarosa, por parte de los jueces nacionales; y obviamente ese no es el fin del control de convencionalidad; pero se debe reconocer que este mecanismo conocido como control de convencionalidad es una herramienta útil, siempre que quien lo aplique tenga pleno conocimiento de todos los aspectos que circundan dicha doctrina.

En síntesis, las principales críticas a la doctrina interamericana del control de convencionalidad desarrollada por la Corte y gran parte de la doctrina latinoamericana, giran en torno a estos temas:

a. Si el control de convencionalidad extendido a los jueces y tribunales nacionales, constituye o no una verdadera nueva prerrogativa o simplemente se pretende darle un nombre nuevo a un deber jurídico ya existente;
b. Si el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte interamericana también comprende o no a los Estados que no han sido parte en tales procesos;
c. La complejidad y poca accesibilidad de la jurisprudencia interamericana para los jueces y tribunales nacionales; y,
d. La invisibilidad de la Comisión interamericana (CIDH), en el desarrollo y aplicación del control de convencionalidad.

Lo anterior, lógicamente constituye algunos retos y dificultades de la aplicación del control de convencionalidad; sin embargo, siempre se considera que los jueces son los conocedores del derecho, prueba de ello es el principio *iura novit curia*, a través del cual los jueces pueden aplicar normativas aun no alegadas por las partes, con la finalidad de resolver en derecho de mejor manera.

Por otra parte, en cuanto al sustento jurídico del control de convencionalidad cabe señalar que la Convención Interamericana (1969) aunque no se refiere expresamente al término control de convencionalidad, en su preámbulo, expresa que: los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de tener una nacionalidad en determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual *justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*, (la cursiva es nuestra). Esto nos da a entender que desde la firma de la Convención Americana, existía ya una apreciación de lo que hoy se conoce como control de convencionalidad.

Sin embargo, en los párrafos posteriores y para mayor entendimiento, estudiaremos la jurisprudencia en la cual la Corte Interamericana se ha referido a esta institución; esto, con el afán de dar solución a las interrogantes señaladas, por lo que continuaremos con el desarrollo del presente trabajo, determinando así el origen y la evolución del control de convencionalidad.

3.2.1.1.2. Jurisprudencia relevante relacionada al Control de Convencionalidad

En este sentido, se puntualizan algunos casos de derecho internacional que han formado parte en el desarrollo del contenido del control de convencionalidad, siendo el primero de ellos, el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala (*2003), en el cual, en el voto concurrente razonado por el juez Sergio García Ramírez, de 25 de noviembre de 2003, señala la importancia que tiene el Estado para el cumplimiento de sus responsabilidades en su conjunto y que en base a este análisis la Corte IDH realiza un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado, cuando dice, que "para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo" (párr. 27); refiriéndose con esto, a que la responsabilidad de un Estado no está sujeta solamente a la división de atribuciones del Derecho interno, si no que la obligación es global, por lo que las actuaciones de los Estados (del órgano o poder que fueren) repercuten al Estado en general, generando responsabilidad internacional a dicho Estado.

Posteriormente, en la Corte Interamericana (2004), en el caso *Tibi vs Ecuador*, el referido juez, nuevamente mediante su voto razonado, apunta que:

> En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía. (párr. 3)

En este párrafo, se aduce que la tarea de la Corte Interamericana y la de los Tribunales Constitucionales se asemeja; una, en razón de los derechos y aspectos sustantivos contenidos en la constitución; y la otra, en cuanto a los derechos y valores acogidos en los tratados internacionales de derechos humanos; por ello, la doctrina ha generado discusión entre las figuras del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad, asimilando estas instituciones; claro está, en cuanto a su fin material.

Asimismo, continúa arguyendo en su voto razonado, el señalado ex presidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, que:

> 4. Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría --ni lo pretende-- traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira --mucho menos todavía que el órgano nacional-- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento. (párr. 4)

En este voto razonado, el juez García, no consideró la posibilidad de que cada Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, pudiera aplicarla de forma directa, puesto que consideraba que este aspecto era función de la Corte Interamericana.

Posterior a lo señalado en el caso *Vargas Areco Vs.* Paraguay el Juez García indica el alcance del control de convencionalidad y señala que:

> … en su aplicación se debe confrontar los hechos internos --leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo-- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006c, párr. 7)

En la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile (2006)*, se genera oficialmente una "definición" a la institución del control de convencionalidad por el cuerpo en Pleno de la Corte Interamericana, en fecha 26 de septiembre de 2006, en los considerandos 124 y 125, en los siguientes términos:

> 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última

> de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006a, párr. 124)

En este texto jurisprudencial, se amplía el alcance del control de convencionalidad al ámbito nacional de cada Estado suscriptor de la Convención Americana; por tanto, deja establecido el deber de los órganos del poder judicial, de confrontar las normas jurídicas internas – sin hacer especial referencia a la jerarquía constitucional o infraconstitucional- que sean aplicables en "casos concretos" (aspecto que posteriormente también se amplía) y lo establecido tanto en la Convención Americana, como en las decisiones de la Corte Interamericana como máximo intérprete del aludido instrumento. Continúan en el mismo caso arguyendo que:

> 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno"150. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. (párr. 124-125)

Por último, en este pronunciamiento se dispone igualmente el deber de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales, en este caso las derivadas de la suscripción de un convenio internacional, de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena, con lo cual, se expresa que no resulta solo un deber de los Estados aplicar el control de convencionalidad, sino una obligación internacional, que en el caso de no ser cumplida indudablemente acarrea las sanciones correspondientes.

A su vez, en el caso *Aguado Alfaro y otros vs Perú (2006),* dos meses después de la sentencia citada *ut supra*- 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana se pronuncia nuevamente respecto del control de convencionalidad indicando que:

> En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte Interamericana, 2006b, párr. 128)

Si bien es cierto, *Almonacid Arellano vs Chile (2006)*, marcó un hito en la aparición de la figura de "una especie" de control de convencionalidad como responsabilidad y deber del poder judicial del Estado parte, fue en *Aguado Alfaro y otros vs Perú (2006)*, en la cual se estableció el deber expreso de ejercer no solo el control de constitucionalidad por parte de los

jueces nacionales (atendiendo al sistema de control constitucional que tenga el Estado), sino el control de convencionalidad, aunado a que la Corte señala que debe ser de oficio, puesto que todos los funcionarios como parte del poder judicial, tienen dicha obligación, ya que de lo contrario sus actuaciones generarían responsabilidad internacional al Estado.

Este aspecto, fue claramente expuesto en la sentencia del caso *Trabajadores cesados del Congreso vs Perú,* cuando señala:

> 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. (…) (Corte Interamericana, 2006 d, párr. 128)

Con lo cual, se deja establecido la responsabilidad del control de oficio por parte de los jueces, en razón de que este debe velar por no trasgredir derechos humanos y entre otros, obtener el objetivo de la Convención Americana, puesto que, de lo contrario sería inoficioso, ilusorio y hasta quimérico.

Ahora bien, no es sino hasta el año 2009, con el caso *Radilla Pacheco,* cuando en sus considerandos 338 a 340, la Corte Interamericana delimita el alcance de la aplicación del control de convencionalidad, ya que indica lo siguiente:

> 338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. (…) (Corte Interamericana, 2009, párr. 338)

En primer lugar, deja establecido que la simple supresión o expedición de normas internas no garantiza *per se* que se tutelen los derechos contemplados en la Convención Americana, sino que, además, es necesario que el Estado de manera activa desarrolle políticas que efectivicen estos derechos; en ese sentido la Corte continúa aduciendo que:

> En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. (Corte Interamericana, 2009, párr. 338)

Por otra parte, en la misma sentencia, en su párrafo 339, se ratifica el deber de realizar un control de convencionalidad de oficio por parte de los jueces del Estado que se trate, sin embargo, deja establecido que el control no solo es “frente a la Convención Americana, sino

que lo extiende al ámbito hermenéutico de la Convención; es decir, el control aplica de igual forma frente a las interpretaciones que realice la Corte Interamericana del aludido instrumento". (Corte Interamericana, 2009, párr. 339-340)

De lo antes expuesto, se infiere que el control de convencionalidad es un mecanismo fundamental para la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de los Estados que forman parte del Sistema Interamericano.

Sin menoscabo de lo anterior, es necesario destacar que previo a los casos señalados *ut supra*, la Corte ya objetaba violaciones a la Convención Americana, por ejemplo en *La última tentación de Cristo* (2001) y *Boyce c. Barbados* (2007), por parte de una disposición de la Constitución chilena en materia de censura y en el segundo caso la Constitución de Barbados respecto del control judicial de normas aunque violaran derechos fundamentales; siendo que, en ambos casos se exigió las reformas constitucionales respectivas. A este tipo de control de convencionalidad la doctrina le conoce como control concentrado o supra nacional de convencionalidad, aspecto que se desarrollará oportunamente; y que constituye la función principal de la Corte Interamericana, la cual, al detectar una normativa nacional de un Estado que es incompatible con la Convención Americana, puede observarla con la finalidad de velar por el efecto útil de los tratados.

Convirtiéndose el control de convencionalidad, en una especie de control de instrumentos, porque surge de la obligación de revisar, observar y adoptar tanto disposiciones de derecho interno como de derecho internacional, claro está, únicamente contemplados en instrumentos y convenios internaciones aceptados y obviamente en materia de derechos humanos.

Asimismo, se debe destacar la labor del otro órgano que compone el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a saber, la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", puesto que:

> Si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene dos órganos competentes para "conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención", la Corte Interamericana solo puede "conocer un caso" cuando se han "agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de dicho instrumento", con el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como corresponde primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede avanzar hasta el indicado Sistema Interamericano, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión;

> y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. (…). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 144).

Por lo que se dice, que, para ejercer conocer el caso o asunto por parte de la Corte Interamericana, se deben agotar recursos de jurisdicción interna. En ese sentido, se entiende que el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se encuentra diseñado para que las víctimas de vulneraciones de derechos humanos, agoten en primer lugar los procesos internos; posterior a ello, pueden acudir ante la Comisión Interamericana, quien representa una especie de órgano sustanciador de las causas que posteriormente estarán al conocimiento de la Corte Interamericana.

De lo anterior, se concluye que para acceder al control concentrado y concreto de convencionalidad (en la Corte Interamericana respecto de un caso concreto), se deben agotar los recursos jurisdiccionales internos, por esa razón, la Corte amplía el alcance del control de convencionalidad a los jueces nacionales, lo cual resulta positivo puesto que no es necesario agotar toda la jurisdicción nacional antes de poder acceder a un derecho humano reconocido en un tratado internacional que además ya fue ratificado por el Estado.

Por lo cual, en el origen y evolución del control de convencionalidad, ha sido relevante la actuación tanto de la Comisión Interamericana como de la Corte Interamericana, puesto que, al ser parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos éstas han contribuido en la selección y desarrollo de los casos, en los cuales posteriormente se ha generado la jurisprudencia relativa al control de convencionalidad, dándole practicidad, utilidad y alcance en el derecho interno de cada Estado parte.

A su vez es preciso comentar lo señalado por Aguirre (2017), en su artículo intitulado: El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador, cuando refiriéndose a las precisiones dogmáticas para la aplicación del control de convencionalidad desde la jurisprudencia de la Corte IDH, manifiesta que:

> Si bien es cierto, se afirma dentro del contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que el origen del control de convencionalidad se basa en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; pero a su vez, no se debe desconocer el origen de este mecanismo desde el punto de vista dogmático, por lo que se debe tomar en cuenta cuatro reglas de interpretación del derecho internacional en general y del derecho internacional de los derechos humanos en particular. (p.266)

En este contexto, en el caso de la *comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, la Corte Interamericana (2001b) señala que:

> … la Corte, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, está obligada a observar las disposiciones de la Convención y a interpretarlas conforme a las reglas que ella misma previene y a las demás reglas que pudieran ser invocadas conforme al régimen jurídico de los tratados internacionales, que figuran en la Convención de Viena; y que además debe tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena), y la regla *pro homine*, inherente al derecho internacional de los derechos humanos, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos. (párr. 2)

En base a esto, Aguirre (2017) señala, que la Convención debe ser interpretada:

> i) de buena fe conforme al sentido corriente de sus términos (interpretación gramatical semántica), teniendo en cuenta su contexto (interpretación gramatical semántica e interpretación sistemática) y su objeto y fin (interpretación teleológica o finalista); ii) de manera que se dé eficacia sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin (principio de la efectividad o effet utile); iii) de la forma más extensa posible a favor de los seres humanos (interpretación pro persona); y, iv) de una manera evolutiva (interpretación evolutiva). (p.269-270)

Manifestación dogmática que se apega a lo señalado por la Convención de Viena (1969) ratificada en el 2005, en su artículo 31, sobre el Derecho de los Tratados, cuando habla específicamente de las reglas de la interpretación de tratados, al decir que:

> 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin;
>
> 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
>
> a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; y,
>
> b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
>
> 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
>
> a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; y,

c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Y de igual forma hay que tener presente los métodos de interpretación complementarios, señalados en el artículo 32 de la misma Convención, ya que se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, con el fin de confirmar el sentido resultante de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 señalado, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31, tenga los siguientes aspectos:

a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o,

b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Asimismo, el contiguo artículo 33, nos habla de la Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas, a fin de tomar en cuenta que:

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos;

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquél en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen;

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido; y,

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.

Por todo esto, se puede descartar que el origen del control de convencionalidad sea únicamente jurisprudencial, ya que además se considera que también es dogmático, amparado en las disposiciones expresadas en convenios.

Todo lo descrito hasta el momento, da a entender que tanto jueces, autoridades públicas nacionales como tribunales internacionales en materia de derechos humanos, tienen la obligación de aplicar el control de convencionalidad, considerándole a este control como la herramienta de jueces internacionales y nacionales y autoridades públicas locales, quien al aplicarlo deben efectuar una confrontación de las disposiciones normativas del derecho nacional con las del *corpus iuris* de los derechos humanos, para lograr su efectividad con la no vulneración de dichos derechos.

3.2.1.2. Teorías Monista, Dualista y el Pluralismo constitucional como forma de recepción del derecho internacional en el derecho interno

Conocemos que las teorías jurídicas tiene como finalidad dar respuesta o solución a debates o a necesidades de una época determinada y como hemos visto hasta el momento, en el desarrollo del tema "control de convencionalidad" se hace especial referencia a una relación entre el derecho internacional y el derecho interno, por lo que es preciso señalar que según varios estudiosos, consideran que existen dos grandes posturas *clásicas* sobre la forma de recepción del derecho internacional en el derecho interno; obviamente existe mucho debate y conflicto de criterios al respecto.

Por una parte, la figura denominada *teoría monista,* ha sido definida como "una teoría que afirma la supremacía del derecho y las instituciones internacionales de protección a los derechos humanos". (González, 2017, p. 720)

En el mismo sentido, la teoría monista es postulada por Kelsen, el cual en palabras de Ibañez (2017), manifiesta:

> Kelsen afirma que esos dos ordenamientos jurídicos, como dos brazos del derecho, no son dos sistemas jurídicos diferentes, sino que son parte de un sistema único. Así, todo el derecho es asimilado a una gran pirámide donde la cúspide es una norma suprema llamada "Norma originaria o fundamental (p. 17).

Por otra parte, en lo que respecta a la *teoría dualista*, que se debe a diversos autores como Duguit, Krabbe y Triepel; citados por Ibañez (2017), los cuales señalan que esta teoría plantea que "el derecho internacional y el derecho interno no son sistemas jurídicos diferentes e independientes el uno del otro, básicamente en cuanto a la fuente de la que provienen, los sujetos que la regulan y materias a las que se refieren". (p. 16)

Al mismo tenor, González (2017), manifiesta que "el dualismo sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional son dos ordenamientos jurídicos separados, cada uno supremo en sus respectivos ámbitos de competencia". (p. 718)

En razón de los anteriores supuestos y según los autores mentados, la teoría dualista refiere a la existencia de dos sistemas distintos que poseen diversa naturaleza, por tal razón se habla de una dualidad, es decir de dos sistemas.

Visto lo anterior, se dice que las "dos teorías" indicadas confluyen en la actualidad, puesto que en un país o sistema jurídico no actúa de forma absoluta una de dichas teorías, y según esto Jimena (2013) expresa que *"deben entenderse superadas las clásicas teorías monistas o dualistas en torno a la relación entre normas nacionales e internacionales*" (p.50) (la cursiva es nuestra). Por tanto, según este criterio se trata de que se retroalimentan e interactúan recíprocamente las dos teorías clásicas.

Por otra parte, para otros, las contraposiciones entre el derecho internacional y el derecho interno, llevan a reconsiderar y superar las mentadas teorías clásicas, dando lugar a la aparición de una tercera teoría denominada *pluralista;* por lo que, es preciso señalar lo que dice Acosta (2016):

> En este contexto aparece el pluralismo constitucional, una manifestación particular del pluralismo jurídico. La idea del pluralismo constitucional ha sido usada en el seno de diversas teorías que pretenden explicar el actual escenario jurídico global. Así, Kumm la usa para hablar del giro cosmopolita de dicho escenario, Walker habla de ella desde la perspectiva de la constitucionalización del ordenamiento internacional; Maduro se sirve del pluralismo constitucional para articular la interacción de los jueces nacionales e internacionales; Komá-rek o Halberstam, para explicar el pluralismo institucional o interpretativo. Más allá de los matices entre unos y otros, todos ellos coinciden en la naturaleza constitucional de ciertos componentes/funciones del derecho internacional, pero, sobre todo, coinciden en que derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes, aunque interdependientes, cuya relación no es jerárquica, por lo que resulta fundamental esbozar una serie de principios que regulen su interacción. (p. 28)

Por lo señalado, se podría decir que la teoría del pluralismo constitucional nace con la actual necesidad, que es la de contar con una propuesta que se intente adaptar a la problemática de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno.

De la misma forma Acosta (2016) señala:

> Hemos de reconocer que la idea del pluralismo constitucional, por lo menos aquella que defendemos en estas líneas, da lugar a un Frankenstein jurídico, una nueva

> teoría que se sirve de las partes sobrevivientes de las moribundas teorías de monismo y dualismo, las ensambla con nuevos elementos y les da vida gracias a un nuevo corazón. (p. 29)

Por lo cual, la autora Jimena (2013) lo ha denominado como *pluralismo constitucional* ya que considera que el derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes pero que comparten entre sí varios puntos de confluencia o encuentro, sin que esto signifique relación jerárquica alguna, siendo menester establecer varios principios con el fin de que estos se acoplen, los cuales se construyen con los objetivos de los dos ordenamientos jurídicos y lo mejor de cada uno de éstos. Por lo que ésta teoría del pluralismo constitucional, así como la teoría dualista, reconoce la existencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes.

Lo dicho del pluralismo constitucional al igual que el monismo, reconoce la conexión entre el derecho internacional y el derecho interno, pero esto no significa unicidad de los mismos, como tampoco jerarquía o pretensión de universalidad.

Es preciso señalar lo que manifiesta la misma autora, respecto de los dos ordenamientos jurídicos, cuando indica:

> Finalmente, la aplicación del derecho –nacional e internacional– debe dar cuenta de una empresa común: la de la salvaguarda de ciertos valores, entre ellos los derechos humanos, por lo que la decisión respecto del uso de ciertas normas debe abogar siempre por la mayor y mejor protección posible de esos valores comunes. En este sentido, hay límites a la actividad de las autoridades en términos de lo que es razonable –razón pública– independientemente de si su actuación está o no fundada en una norma de derecho nacional o internacional. Así las cosas, a la luz de esta teoría no existe una regla única/última de solución de controversias, no se trata de afirmar que siempre prevalece "X" o "Y" tipo de norma; los dilemas habrán de solucionarse caso por caso y para ello no podrán aplicarse reglas de talante formalista basadas en el origen de la norma o en su destinatario o en cuestiones de temporalidad (posterior derogat prior), la resolución del conflicto dependerá de la autoridad normativa sustantiva de cada una de las variables en juego. De ahí que para poder llegar a una conclusión resulte fundamental aplicar los principios que tejen la relación entre derecho internacional y derecho interno. (p. 33)

Tal cual indica esta teoría o modelo teórico se inserta o intercala a una nueva realidad jurídica, ya que reconoce las diferencias entre derecho nacional y derecho internacional y niega la idea de un derecho universal; pero claro está no se aleja de reconocer la existencia de principios comunes y se abre a una nueva corriente que da cabida a las reglas de coexistencia en búsqueda de respuestas a los problemas comunes.

Por lo dicho, el monismo y el dualismo hoy en día son consideradas como teorías insatisfactorias, ya que sus argumentos son bastante herméticos; sus tesis centrales no están desarrolladas a plenitud y los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por ser considerados ilógicos; al igual que sus planteamientos no se vinculan al debate teórico actual; lo que significa que existe una discusión entre las teorías del monismo y del dualismo; y los ordenamientos nacionales no asumen una versión pura de esta dos teorías, provocando en sí un desequilibrio de aplicación jurídica.

De igual forma se habla sobre doctrinas referentes a estas teorías, que son consideradas insatisfactorias, ya que no contribuyen a solucionar problemas jurídicos concretos y muchos deciden en prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo.

Según el pluralismo constitucional, se renuncia a la idea de un ordenamiento universal al igual que la idea de jerarquía, por lo que ésta teoría sobrelleva a una reformulación metodológica *para articular en cada Estado la relación entre el derecho internacional y el derecho interno*.

Si bien es cierto debemos asumir que los órganos del Estado están obligados a aplicar el derecho nacional, aun cuando éste se encuentre en contraposición con el derecho internacional; pero hay que aclarar que en materia de *derechos humanos* y si existe contraposición entre estos, prevalece aquel que sea más favorable a la persona, en razón del principio *pro homine*; por lo que, si el derecho internacional a través de tratados y convenios internacionales aprobados y ratificados por el estado parte, garantizan el efectivo goce de derechos humanos, prácticamente se aplicaría éste.

Por todo lo señalado, se ha visto conveniente abordar el tema de las teorías de recepción entre el derecho internacional y el derecho interno, aunque brevemente, tanto por la delimitación del tema como por el debate que existe sobre ellas; ya que el control de convencionalidad constituye una figura jurídica que pertenece al derecho internacional que tiene la finalidad de garantizar la aplicación de los tratados y convenios internacionales, pero específicamente los relacionados con la *protección y garantía* de los *derechos humanos*; convirtiéndose en una herramienta para evitar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una obligación relacionada con derechos humanos, lo que garantiza la protección de éstos derechos en el ámbito interno, por intermedio de la verificación o confrontación de las normas y prácticas nacionales, como la Convención Americana y la

jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; debiendo superar las teorías clásicas y con un criterio progresista asumir un pluralismo constitucional.

Por lo dicho en Ecuador, es viable la aplicación de una teoría pluralista como teoría sobre la recepción del derecho internacional en el derecho interno, por distintas razones, siendo la principal que la propia Constitución reconoce que los tratados en materia de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, aspecto que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador; asimismo, nuestro país al momento de suscribir la Convención Americana y ratificar la función contenciosa de la Corte Interamericana, de cierto modo ha cedido una parte de la soberanía del Estado, al respecto, también debemos indicar que resulta complejo por la naturaleza de la Constitución del 2008, la cual es ampliamente garantista, encontrar disposiciones constitucionales que se opongan a lo establecido en la Convención Americana; por lo tanto, lo que busca y proponen los autores es que *se armonice en general el ordenamiento legal a la Constitución y a la Convención Americana, a fin de evitar la vulneración de derechos humanos,* tal como lo dijo en la sentencia N° 11-18-CN/19 el Magistrado Ávila Santamaría:

> El control de convencionalidad se complementa al control de constitucionalidad. Toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias, debe observar tanto la Constitución como la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, y cuando corresponda, según la convención, la doctrina desarrollada por los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. Lo que no dicen las normas o interpretaciones nacionales, se complementa con las normas y las interpretaciones de órganos internacionales de derechos humanos. (Corte Constitucional del Ecuador, 2019a, párr. 275)

En conclusión, el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional en materia de "derechos humanos" no son iguales, pero si complementarios en razón de dicha materia y en ese sentido los jueces al momento de decidir o motivar cada caso en concreto, deben *observar, contrastar o cotejar* (*control de convencionalidad*) lo establecido en estos dos sistemas jurídicos; por ello deben resolver en razón de aquella disposición que sea más favorable a las personas en razón del principio *pro homine,* tomando en consideración que los Estados Parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tiene la obligación de respetar y proteger los derechos humanos, absteniéndose de interferir en su disfrute o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de éstos

derechos, contra individuos y grupos. Por lo que para garantizarlos se debe observar sus tres características fundamentales:

1. Los derechos son iguales para todas las personas, no hay derechos distintos para diferentes personas y no hay grados en su reconocimiento.
2. Son inalienables, las personas no pueden ser despojadas de ellos, porque nadie puede dejar de ser humano, incluso si su comportamiento es de manera inhumana.
3. Son universales, porque corresponden a todos los seres humanos en cualquier circunstancia.

Es así que no hay que olvidar que los derechos humanos son aquellos que todas las personas poseen por el solo hecho de existir; los cuales se formulan como normas de un fuerte contenido ético, consecuencias políticas y de garantías legales recogidas en los ordenamientos jurídicos tanto nacionales como internacionales; y desde una perspectiva ética, los derechos humanos se basan en el reconocimiento de la dignidad de la persona, porque están encaminados única y directamente a defensa de la dignidad humana; observando condiciones sociales, económicas y culturales mínimas para que las personas puedan vivir de una manera digna.

Pese a lo señalado y para concluir es necesario recalcar que, tanto por lo indicado sobre las anteriores teorías, como por el tema y contenido del presente trabajo investigativo, si hablamos de la recepción del derecho internacional en el derecho interno en el Ecuador, éste se apega a la teoría monista, en razón de lo prescrito en el artículo 424 y 425 de la Constitución (2008), mismos que señalan:

> Art. 424.- 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. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.
>
> Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios 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. ….

Las nombradas prescripciones, afirman y reconocen: la "supremacía constitucional"; y, a su vez, sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público del Estado, la "prevalencia de instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por el Ecuador, claro está, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución"; asimilando con esto, y por lo señalado por parte de Kelsen en palabras de Ibañez, que, tanto la "Constitución" como los indicados "instrumentos internaciones de derechos humanos", son "dos brazos del derecho"; lo que no significa que hay dos sistemas jurídicos diferentes en nuestro ordenamiento jurídico interno", porque tenemos un solo sistema jurídico. El "derecho" al que se refiere el autor y éste, asimilado a la gran pirámide, en la cúspide, colocamos a la "Constitución" como norma suprema y norma originaria o fundamental. Por lo dicho, esto es lo que comprende y corresponde a nuestro actual ordenamiento jurídico interno.

3.2.1.3. Conceptualización y finalidad del Control de Convencionalidad

Ahora bien, es preciso ahondar (a más de lo ya dicho), lo que se conoce como "control de convencionalidad", por lo cual a la par, es imperioso saber *de dónde proviene el término* e incluso describir sus *modalidades o tipos*; y, observar cuáles son sus *finalidades* en concreto. Es así que, a más de lo ya dicho de esta figura, iniciamos señalando:

Según González (2017), el control de convencionalidad es:

> Una institución de derecho internacional que enfoca su funcionalidad a garantizar la protección de Derechos Humanos (DDHH) en el ámbito estatal interno y subsidiariamente en esferas internacionales. Con el propósito de acertar en el estudio de esta institución resulta importante el análisis a la luz tanto de principios estructurales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) como del derecho constitucional. (p. 58)

Al respecto Sagüés, señala:

> La doctrina del control de convencionalidad, bien instrumentada, puede ser: "una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos y edificar un *"ius commune"* en tal materia, en el área interamericana". (p. 132)

Nogueira (2012) afirma:

> "El control de convencionalidad es parte del control de constitucionalidad, si los atributos y garantías de los derechos asegurados convencionalmente son parte del bloque de constitucionalidad de Derechos Fundamentales". (p. 354)

Aguirre, señala que se concibe al control de convencionalidad, como:

> Mecanismo que debe ser ejercitado no solo por jueces internacionales y nacionales, sino también por autoridades públicas locales, a través de la confrontación de disposiciones normativas del derecho nacional, respecto del *corpus iuris* de los derechos humanos. (p. 63)

Por otro lado, los autores Brewer-Carías y Santofimio (2013), apuntan a que:

> Ese ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias cuando, al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones de derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la inconvencionalidad, por ejemplo modificando la norma cuestionada. (p.44)

No obstante, es menester indicar lo aducido por la Corte Interamericana en el caso *Gelman vs Uruguay* en el año 2013, en la cual define el control de convencionalidad como una "institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte" (Corte Interamericana, 2013, párr. 65).

Este concepto, en criterio de los investigadores, resulta precario e insuficiente, puesto que, de acuerdo a todo lo desarrollado en la propia jurisprudencia de la Corte, el control de convencionalidad abarca otros aspectos y dimensiones que no son tomados en cuenta en dicha conceptualización, como por ejemplo, que "el control de convencionalidad posee una forma concentrada y otra difusa", lo cual va a depender de quién es el actor que realiza dicho control; y, por otra parte en su forma concreta o abstracta dependerá de cuál es el objeto controlado; es decir cuál es el caso objeto de control.

El control concentrado de convencionalidad, ha existido, incluso antes que se acuñara dicho término en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esto pues, en virtud que en dicho control concentrado de convencionalidad radica en las funciones primordiales de la "Corte Interamericana", a saber, la función contenciosa y la función consultiva puesto que, éste control es el que debe ejercer y en efecto ejerce únicamente dicho ente jurisdiccional internacional; es por ello que se denomina "control concentrado" de convencionalidad. Este aspecto es ratificado por Ferrer (2011) cuando indica que:

> (..) obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control "concentrado" de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de "garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" y "reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"; todo lo cual, cuando "decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención" (art. 63, CADH), teniendo dicho fallo carácter "definitivo e inapelable" (art. 67, CADH); por lo que los Estados "se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes". (art. 68.1, CADH) (p.559)

En ese sentido, tal como lo indicó el autor *ut supra,* se configura como la función principal de la Corte Interamericana, puesto que mal podría hablarse de un control difuso de convencionalidad a nivel internacional, trayendo a colación las facultades inherentes a la Comisión Americana de Derechos Humanos; si bien, la misma conoce de los casos y emite opiniones que forman parte del bloque de convencionalidad, la naturaleza de dicho ente no es jurisdiccional; por tanto, se aduce que:

> El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y el Pacto de San José (y sus protocolos adicionales). En caso de violación (sea por acción u omisión) la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes. (Ferrer, 2011, p.560)

Es por ello que la Corte Interamericana, sin menospreciar la función de la Comisión Americana, en definitiva, es el máximo intérprete de lo estipulado en la Convención Americana de Derechos Humanos; por lo que en ese sentido se establece que la función hermenéutica convencional es concentrada en esta institución.

Ahora bien, como se expresó anteriormente, la figura del control de convencionalidad ha ido sufriendo modificaciones a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en ese sentido, posterior al caso Almonacid Arellano vs Chile *(2006)*, la propia Corte, alegando el efecto útil de los tratados y convenios internacionales, así como la responsabilidad internacional de los Estados, derivada del incumplimiento de estos instrumentos de los cuales son parte, ha exigido a los jueces nacionales, que ellos mismos y de forma oficiosa, sin necesidad de requerimiento de las partes, inapliquen las normas del ordenamiento jurídico interno que sean contrarias a lo establecido en la Convención Americana; ésta acción por parte

de los jueces nacionales es lo que se denomina control difuso de convencionalidad; al respecto Sagüés (2009) indica que:

> Arrellano sienta las líneas fundamentales del control de constitucionalidad que deben realizar los jueces nacionales, definiendo su papel represivo (inaplicación de las normas locales opuestas a la Convención americana sobre los derechos del hombre y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana). Trabajadores cesados del Congreso define que ese control debe realizarse aun de oficio, sin pedido de parte. Radilla Pacheco añade el papel constructivo y armonizante del control: vale decir, la interpretación y aplicación del derecho local según las referidas Convención y jurisprudencia. (p 3)

Si bien es cierto en nuestro país esto no se aplica, pero no significa que sea inadaptable, precisamente ese es el punto de la presente investigación, ya que consideramos que, sí es posible su aplicabilidad, puesto que la Corte Interamericana ha desarrollado dichas facultades; por lo que de no existir la posibilidad de ponerlo en práctica, los jueces están obligados a aplicar disposiciones inconvencionales y lo único que se logra a futuro, es un proceso judicial internacional, activado por las víctimas de vulneraciones a los derechos humanos en contra del estado. Por otra parte, no existe una prohibición expresa para la no aplicación, por el contrario se reconoce a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos como parte del ordenamiento jurídico; sin que éste control de convencionalidad se confunda con el control de constitucionalidad.

El autor antes mencionado, hace referencia a un abanico de casos de la corte interamericana, en los cuales se ratifica el contenido del denominado control difuso de convencionalidad, entre los cuales destacan:

> La Cantuta (29 de noviembre de 2006, considerando 173); Boyce vs. Barbados (20 de noviembre de 2007, considerando 78); Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes (9 de mayo de 2008, considerando 63); Heliodoro Portugal (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1); Manuel Cepeda Vargas (26 de mayo de 2010, considerando 208 y nota 307); Comunidad Indígena Xákmok Kásek (24 de agosto de 2010, considerando 311); Fernández Ortega (30 de agosto de 2010, considerando 237); Rosendo Cantú (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220); Ibsen Cárdenas y otro (1o. de septiembre de 2010, considerando 202); Vélez Loor (23 de noviembre de 2010, considerando 287); Gomes Lund (24 de noviembre de 2010, considerando 176); y, Cabrera García-Montiel Flores (26 de noviembre de 2010, considerando 225). Es muy importante en este caso, asimismo, el voto concurrente y razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer-Mac Gregor, ya que incluye un pormenorizado estudio de la doctrina y jurisprudencia del control de convencionalidad). (p.3)

Asimismo, Carbonell (s.f.) al referirse a lo manifestado por la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano (2006)*, señala:

> Este pronunciamiento es muy interesante, ya que señala el carácter oficioso con el que los jueces deben llevar a cabo el control de convencionalidad. No importa que se trate de un litigio de derecho público o de derecho privado: la eficacia de los tratados internacionales y el pleno cumplimiento de las obligaciones que en ellos se consignan, justifican que los jueces tengan siempre presente las disposiciones convencionales al resolver los litigios objeto de su conocimiento.[4] Así lo ha entendido también, como lo veremos más adelante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (p.73-74)

En el mismo sentido Ferrer (2012), indica que:

> …los jueces (de los Estados parte de la Convención Americana) no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además una obligación de realizar una "interpretación convencional", verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan "compatibles" con la CADH; de lo contrario, su proceder sería contrario al artículo 1.1. de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado. (p.390-391)

En lo que respecta al Ecuador, no solo se encuentra obligado internacionalmente por el hecho de ser suscriptor de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), sino que a su vez por haber reconocido a ésta; por tanto, se ha sometido a la función contenciosa de la Corte Interamericana, en los casos en los cuales es parte.

Cabe recalcar que el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala:

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes;
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

En resumen, el control "concentrado" de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte de su competencia, existe otro tipo de control de carácter "difuso" que debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales o domésticos de los Estados que han suscrito o se han adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de la Corte. (Ferrer, 2001, p 561).

En ese sentido, en el caso de interpretaciones disímiles entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional del Ecuador, el juez en el marco de una acción de protección debe decantarse por aquello que resulte más favorable a las personas, puesto que, si la interpretación dada por la Corte Constitucional vulnera derechos humanos, su aplicación, abriría la puerta a un proceso judicial internacional en contra del Estado.

Esto quiere decir, que el alcance del concepto de control difuso de convencionalidad, resulta más complejo en lo que respecta a su ejercicio; pues, tal como se señaló, no se limita a las actuaciones del poder judicial de cada Estado Parte, sino que se extiende a todas las actuaciones del poder público; aspecto que, representa un gran reto para los Estados obligados. Al respecto, De Figuereido (2017) opina que:

> (…) la obligación a cargo de todas las autoridades de los Estados Parte de la CADH, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes es de interpretar cualquier norma jurídica (constitución, ley, decreto, reglamento, etc.) de conformidad con la CADH; y, en general, con el corpus iuris interamericano, integrado este último por la jurisprudencia de la Corte IDH y otros instrumentos vinculantes en materia de DDHH. En caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma jurídica nacional y el corpus iuris interamericano, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. (p. 50)

Por una parte, en cuanto al ámbito judicial interno, este tipo de control implica necesariamente, que todos los jueces, sin excepción, de cierto modo actúen como jueces interamericanos; por lo que no solo deben especializarse en el área del derecho que desempeñan dentro del sistema de justicia, sino que además deben conocer ampliamente todo lo referido al Derecho Internacional de los Derechos Humanos; aspecto que a decir de los investigadores, no resulta imposible de lograr, pero si difícil y alargado temporalmente; ya que, en definitiva es un "proceso educativo y de transformación".

Obviamente, los jueces nacionales deben decidir en razón de sus competencias, sin embargo, nada tiene que ver con el conocimiento que deben tener sobre derechos humanos e instituciones como el control de convencionalidad, que les permita generar decisiones ajustadas no solo al ordenamiento interno sino al sistema internacional de derechos humanos, puesto que, independientemente de que el Ecuador forma parte de dicho sistema, los jueces tienen la obligación de aplicar de oficio tales disposiciones; incluso, con la finalidad de proteger los derechos humanos de las partes, y a sí mismo, en virtud de evitar acciones de repetición.

En el caso ecuatoriano la mayoría de los operadores del sistema de justicia, se han instruido bajo una doctrina positivista del derecho; y el cambio de paradigma que representa el propio estado constitucional de derechos en la actualidad, hasta el momento, ha sido difícil de asimilar, pero no se encuentra lejos de una realidad, de que se "acepte la aplicación directa de tratados y convenios internacionales" en un contexto de nuevo constitucionalismo latinoamericano, también conocido como constitucionalismo post positivista, que se precisa de ser garantista de derechos por sobre las formalidades.

Por otra parte, engloba el concepto del control de convencionalidad, aquel que se aplica de forma concreta, que puede darse tanto a nivel internacional (control concentrado) o a nivel nacional (control difuso).

El primero de los mencionados, es decir el control concentrado y concreto, básicamente recae en la función principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que, cuando se hace referencia a la modalidad "concreta" necesariamente estamos haciendo referencia a la aplicación del control de convencionalidad sobre un caso particular, de forma específica o entre las partes.

La segunda modalidad de control de convencionalidad, será de forma difusa; es decir, aquel control de convencionalidad realizado por los jueces del Estado Parte, igualmente sobre casos concretos y específicos puestos en su conocimiento. Lo interesante en este tipo de control es que suele asimilarse con el control de constitucionalidad, sin embargo, se debe recalcar que se trata de instituciones totalmente diferentes, que no son excluyentes o desconocidas entre sí, pero que en definitiva tienen orígenes y finalidades jurídicas distintas.

En ese sentido, para el caso ecuatoriano, este tipo de control "concreto" tiene su fundamento más allá de lo expresado anteriormente, referido a las obligaciones del Estado que se deriva de la suscripción de un convenio o tratado internacional; puesto que, dentro del ordenamiento jurídico, como ya le se había señalado anteriormente y por otra referencia, que el artículo 424 de la Constitución de la República (2008), señala:

> Art. 424.- 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. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Esta disposición constitucional, abre la posibilidad a que los jueces nacionales, puedan aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), o cualquier otro tratado o instrumento de derecho internacional de derechos humanos (ratificado por el Ecuador), acorde al principio *pro homine*; lo cual, se traduce en la viabilidad de que los jueces amparados por la Constitución del Ecuador, puedan realizar *ex officio* el control de convencionalidad, para no aplicar en un caso concreto cualquier ley o norma considerada inconvencional, limitante o violatoria de derechos humanos.

Al respecto señala la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia N. 184-18-SEP-CC, 29 de mayo de 2018, que:

> ...la **"**Opinión Consultiva OC 24/17, instrumento internacional**"** que, **por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional** y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido **sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de derechos reconocidos**. (p.58) (comilla, negrillas y subrayado es nuestro)

Por otra parte, se hace referencia al "control abstracto" de convencionalidad, el cual comprende aquel control que se emplea tanto interno como externo; es decir, de forma concentrada o difusa pero con fines preventivos a diferencia del "control concreto" que se practica en casos específicos de vulneración de derechos. En ese sentido, este tipo de control posee asidero jurídico tanto en el ordenamiento ecuatoriano como en el internacional; al respecto se apunta lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en su primera parte; respecto de los deberes de los Estados y los derechos protegidos, cuando establece que:

> Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos.
>
> Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
>
> Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Del artículo transcrito, se desprende la obligación de los Estados partes, de respetar todos los derechos y libertades establecidos en la Convención americana; además de la

obligación de respeto, se establece la obligación de garantizar el ejercicio de los mismos sin discriminación de ningún tipo.

Asimismo, el artículo 2, resulta medular, respecto del fundamento jurídico de la institución del control de convencionalidad, puesto que establece que:

> Artículo 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es por ello, que el control de convencionalidad no se ha limitado al control conocido como "concentrado o externo", que es aquel que realiza la Corte Interamericana *per se*, sino que, se ha extendido al "control difuso o interno"; y no solo respecto de casos específicos de vulneraciones de derechos humanos (control concreto), sino de políticas preventivas que debe y está obligado a tomar el Estado ecuatoriano, para ello se ha establecido en la Constitución la jerarquía del ordenamiento jurídico en el artículo 425 en los siguientes términos:

> El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios 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.

No obstante, el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su numeral 3, establece 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.

Si bien se dice, que la manifestación de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, al que se hace alusión, no puede asimilarse al control de convencionalidad, no se debe desconocer que uno de los principios que sustenta la aplicación de derechos constitucionales, es el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los que no excluirán los demás derechos derivados de la

dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Con lo expuesto, se infiere que el Estado Constitucional de Derechos del Ecuador, en el afán de garantizar la aplicación y ejercicio pleno de los derechos humanos, amplía la responsabilidad del ámbito de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a través de la Constitución, delegando dicha función no solo a los jueces nacionales, sino a cualquier servidor público, administrativo o judicial; además establece que dicha aplicación o "control" puede ser "de oficio" o "a petición de parte".

Por otro lado, Sagüés (2010), apunta a que las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son dos, éstas correspondiente al derecho internacional:

> i. El efecto útil de las obligaciones internacionales, que deben ser cumplidas de buena fe;
> ii. No es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados." (p.4)

Es por ello, que el "control difuso" de convencionalidad en su "forma abstracta", se va a dar en un contexto nacional y de políticas estatales de prevención para evitar futuras vulneraciones de derechos humanos; un ejemplo de ello sería que todas las leyes, decretos o resoluciones e incluso alguna reforma constitucional, debe necesariamente pasar el "filtro" del control de convencionalidad, puesto que la mera promulgación de una norma inconvencional representa una vulneración de derechos, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Y el control de convencionalidad difuso se aplica en casos concretos por parte de los jueces nacionales".

Como corolario, es menester citar lo dispuesto en la sentencia del caso *Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, cuando dice que:

> El Estado es el principal garante de los DDHH de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno; y (en su caso) reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los DDHH". Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 142)

En ese sentido, se puede concluir que este control de convencionalidad difuso también tendrá su asidero jurídico y sustento en el principio de subsidiariedad, el cual se traduce en que cada Estado, más allá del tipo de organización interna, debe evitar y promover la no vulneración de derechos humanos; por lo que en el caso que ocurran dichas vulneraciones, el mismo Estado debe *prima facie* reparar de forma integral a las víctimas; siendo que en el Ecuador incluso se establece la "reparación integral como derecho fundamental", lo que de cierto modo muestra la "intención garantista del constituyente".

Sin embargo, es un aspecto que hay que manejar con sutileza, puesto que algunos autores, señalan que, en el afán de intervenir el derecho internacional de los derechos humanos, se trastocan algunos elementos esenciales del Estado como la soberanía o el autodeterminación; pero por otra parte funciona como contención ante el poder desmesurado de los Estados, este es un objetivo principal del control de convencionalidad.

Es por ello, que no debe entenderse como una injerencia de forma desmedida la utilización de fuentes de derecho internacional de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, sino más bien como los mínimos reconocidos por cada Estado en materia de derechos humanos; muestra de ello será la suscripción de los tratados y la ratificación de la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por ello, señala dicha Corte Interamericana que el objetivo del "control difuso" será la interpretación y aplicación del derecho nacional y sea el estado consistente de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016, párr. 93). Y, en ese sentido, en caso de vulneración de derechos por parte de los Estados "las mismas autoridades estatales continúan siendo las primeras llamadas en corregir las lesiones de derechos que hayan causado". (Nogueira, 2012, p. 350)

De todo lo expuesto, se puede indicar, que el "control de convencionalidad es un mecanismo de aplicación y armonización del derecho interno frente al derecho internacional de los derechos humanos", el cual, con el paso del tiempo, ha ido ampliando y profundizando su contenido, para obtener un control de convencionalidad concentrado (función primigenia de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana); un control difuso (facultad - deber de los jueces nacionales); un control concreto (cualquiera de los dos anteriores aplicado a casos específicos; y, por último un control abstracto (aplicado por los órganos del Sistema Interamericano o bien por el Estado parte, de forma preventiva).

Deduciendo y adoptando en sí y tomando en cuenta lo descrito anteriormente, que el control de convencionalidad es "la herramienta o el instrumento de control o verificación de la conformidad de normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia", la que permite a los Estados, concretar la obligación de "garantía de los derechos humanos" en el ámbito interno y evitar su vulneración, tanto para su prevención como para su corrección.

Por lo dicho es preciso concluir con lo señalado por Henríquez (2014), quien dice:

> No existe un concepto definitivo de control de convencionalidad interno, sino que se trata más bien de un concepto híbrido, inacabado y actualmente controvertido, que se ha ido construyendo de manera paulatina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de sus sentencias. Esta situación genera incertidumbre respecto del concepto mismo de control de convencionalidad, su naturaleza, destinatarios, parámetro y objeto de control, así como los efectos de la declaración de inconvencionalidad. (p.115)
>
> **…** De esta forma, … el denominado control de convencionalidad interno, en oposición al control de convencionalidad internacional o externo que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es resorte de todos los órganos del Estado, pero fundamentalmente de los jueces, y que implica una verificación de no contradicción entre las normas jurídicas internas susceptibles de aplicarse en un caso concreto, por un lado, y *el corpus iuris convencional*, por el otro. (p.116)

3.2.1.3.1. Objetivos del Control de Convencionalidad

Ahora bien, es oportuno e imprescindible conocer los objetivos de la institución del control de convencionalidad; al respecto es preciso indicar lo que señala Castilla (2013); pese a la severa crítica que efectúa a la teoría del control de convencionalidad, hemos considerado necesario rescatar lo que dice, al respecto del objeto y fin:

> Que, los órganos de justicia en general, pero los jueces nacionales en particular, apliquen los contenidos de los tratados interamericanos; y, que, al velar por el objeto y fin de éstos, los casos no lleguen al sistema interamericano, para que no lo saturen, al protegerse y garantizarse los derechos humanos de manera efectiva al interior de cada Estado, como originalmente está diseñado el sistema. (p.91)

Sin embargo, estas exigencias de la Corte Interamericana, suponen algunas dificultades para los Estados, puesto que si bien todos son suscriptores de la Convención, no necesariamente poseen un modelo u ordenamiento jurídico único, por lo cual esta garantía de tratados, implica que cada Estado se asegure que las normas internacionales se encuentren dentro de su ordenamiento jurídico; es decir, el Estado no debe limitarse o solo actuar por omisión, tratando

de no incurrir en conductas que supongan la violación de derechos humanos, sino que además debe activamente establecer garantías que permitan el efectivo goce, protección y reparación de los derechos humanos.

Por otra parte, otro objetivo significativo del control de convencionalidad es la interpretación de la Constitución conforme a la Convención Americana de derechos humanos; y en consideración a ello Guastini (2010), describe la función de los jueces o juzgadores dentro del Estado constitucional de derecho, indicando que:

> El papel que desempeña el juzgador o intérprete jurisdiccional, en el Estado constitucional de derecho, es de vital trascendencia jurídica, en tal grado que ha recobrado en los últimos años una posición preponderante en la esfera del derecho, por lo que la doctrina imperante dentro del mundo judicial en esta época del convencionalismo es el activismo judicial. Los ejemplos más conocidos[1] se han dado sobre todo en relación con los derechos fundamentales. (p. 22)

Es por ello, que los jueces, deben realizar sus interpretaciones conforme al derecho internacional; en ese sentido se aduce que:

> El intérprete jurisdiccional, para juzgar los casos de derechos fundamentales sometidos a su competencia, debe hacer uso racional de varias piezas del derecho, entre las que destacan por su gran importancia la revisión judicial (en forma genérica) y la interpretación conforme (en forma concreta). En palabras del jurista Gumersindo García Morelos la revisión judicial de los actos y leyes constituye una pieza fundamental del Estado de Derecho, por lo que los jueces han asumido un rol protagónico en la construcción de las sociedades democráticas, y en la protección de las libertades públicas de los gobernados; es la facultad configurada a los jueces para realizar un examen procesal de la compatibilidad de los actos y leyes con los ordenamientos constitucionales y convencionales o, en caso contrario, proceder a la declaración general o particular, de la inconstitucionalidad o inconvencionalidad del objeto litigioso (García, 2010, p. 9-14).

Miranda y Navarra (2014) sostienen que, por esa razón, la eficacia de un precepto de derecho interno, como podría ser un artículo constitucional, en mucho "depende del enfoque internacional que sobre su contenido se vierta. Así, los tratados internacionales sobre derechos humanos juegan un papel referente y obligatorio para la correcta estimación y protección de un derecho fundamental o humano". (p.72)

Esto, es lo que se conoce en la hermenéutica como el principio de "interpretación conforme"; Guastini (2006) alude al respecto, "que las leyes ordinarias deben ser interpretadas de tal forma que su contenido normativo se vuelva coherente con la Constitución previamente interpretada." (p. 84)

Es así como realizar una interpretación conforme de la norma nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo) "significa armonizar la norma nacional con la norma convencional" (Ferrer, 2012, p. 343). Esto a su vez, es lo que se denomina "bloque de constitucionalidad", que en el caso ecuatoriano se establece en los artículos 424 y 425 de la Constitución (2008).

Por último, en cuanto al ámbito de aplicación del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana, apunta Nash (2013) "que efectivamente en el ámbito internacional, es la Corte quien realiza este control y que su finalidad radica en la expulsión de normas contrarias a la Convención, a partir de cada caso concreto puesto en su conocimiento." (p. 12). La Corte Interamericana realiza este control y en ese sentido exhorta a la eliminación o adecuación de la norma inconvencional, aclarando que no expulsa a dicha norma, directamente.

Sin embargo, no distiende la finalidad de este control de convencionalidad difuso, puesto que se sostiene que es una figura, si se quiere hermenéutica, que busca la armonía entre el ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte, frente a la Convención Americana; es por esta razón que se hipotetiza sobre un derecho común interamericano en el futuro.

Concluyendo así y en síntesis, que los objetivos del control de convencionalidad se enmarcan en "garantizar la aplicación de convenios internacionales en materia de derechos humanos reconocidos o ratificados por el Estado"; interpretación de la constitución conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos; estimación y protección de derechos fundamentales o humanos, frente a abusos del poder; y, en la observación de normas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual provocarían de ser necesario, la expulsión de dichas normas, claro está, por el órgano competente.

3.2.1.3.2. Alcance y efectos

Por otra parte y para delimitar el primer capítulo sobre el control de convencionalidad, es necesario señalar el alcance que tiene o que provoca éste control; por lo que se indica que la doctrina también le da el carácter de instrumento jurisprudencial. En cuanto a este aspecto se ha considerado hacer referencia a las manifestaciones de la obligación de los Estados respecto del control de convencionalidad, en razón de los *efectos provocados por la aplicación de la Convención Americana por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias;* por ello se dice que existen dos tipos de "efectos de dichas Sentencias": el

"*inter partes*" y el "*erga omnes*", los que se podrán diferenciar dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso donde el Estado sea parte o no.

Tomando en cuenta que según la Convención Americana los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes; al igual que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria, se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Para sustentar los señalados efectos de las sentencias por la aplicación de la Convención Americana, se señala que, al respecto del efecto *"inter partes"* la Corte Interamericana apunta en la resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia de fecha 20 de marzo de 2013 del caso *Gelman Vs. Uruguay*, cuando expresa que:

> En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en éste supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. (párr. 68)
>
> Por otra parte, en cuanto al efecto *"erga omnes"*, la misma Corte, señala que:
>
> Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas[48], jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. (párr. 69)

Todo lo expuesto, se resume a que la vinculación con los Estados será distinta en tanto sean parte o no del caso sobre el cual se ha interpretado y aplicado la norma convencional, es decir, si el Estado en cuestión fue parte dentro del proceso internacional ante la Corte; por tanto, este efecto *erga omnes* o de instrumento jurisprudencial, será aplicable a "todos los

Estados suscriptores de la Convención Americana", aun cuando no hayan sido parte del litigio internacional; puesto que, las sentencias de la Corte Interamericana pasan a formar parte de su jurisprudencia y por tanto son vinculantes para todos los Estados Parte.

Este aspecto es el más fuertemente criticado en la doctrina del control de convencionalidad, puesto que al hablar del "bloque de convencionalidad" el asunto pareciera inagotable, ya que abarcaría toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana; sin embargo, ésta crítica es realizada desde un enfoque positivista que toma en cuenta únicamente aquello establecido en la Convención Americana y es necesario recordar que los derechos y por tanto los sistemas jurídicos son dinámicos, las necesidades a las que respondió en algún momento a través de la Convención Americana, no son las mismas que en la actualidad, y en ese sentido, la Corte Interamericana ha ido desarrollando su jurisprudencia, la cual, por ser dicho ente especializado el órgano de mayor jerarquía interpretativa, resulta vinculante para todos aquellos Estados que hayan suscrito la Convención y ratificado la función contenciosa, puesto que de no observar una vez más, solo se retrasaría una futura y avizorada responsabilidad internacional de dicho Estado; por ello, siempre será preferible cumplir con las obligaciones de buena fe.

Hay que indicar, que las sentencias derivadas de la función contenciosa siempre tendrán efecto *inter partes*, puesto que, tendrán injerencia directa sobre las víctimas de la vulneración de derechos humanos y del Estado parte sancionado, que son las partes procesales en dicho conflicto.

Por otra parte, se apunta que el efecto *erga omnes*, abarca no solo las sentencias de los casos contenciosos y las medidas provisionales, sino también todo aquello derivado de la función consultiva de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana, a saber, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son fuentes convencionales; y, al ser la Corte el máximo ente interpretativo de la Convención todas sus sentencias, opiniones y resoluciones forman parte del bloque de convencionalidad, por tanto, resultarán vinculantes para todos los Estados Partes de la Convención.

Asimismo, se ha extendido el alcance del control de convencionalidad, señalándose que, no solo se limita a los derechos establecidos en la Convención Americana, sino que todos los pronunciamientos de la Corte Interamericana serán vinculantes, puesto que se trata del máximo intérprete de la Convención y por tanto "estos criterios pasan a formar parte del

ordenamiento de éstos, determinando obligaciones para las autoridades, lo que resulta derechos justiciables para los individuos". (Caldas, 2016, p. 397)

Aunado a lo anterior, se extiende aún más el alcance del control de convencionalidad en el Caso *Ibsen Peña vs. Bolivia*, en el cual la Corte aduce que su objeto es "la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010, párr.123). Aspecto del cual entonces, se deriva que todos los tratados y convenios en materia de derechos humanos y especialmente los derivados de la Organización de Estados Americanos, así como las sentencias de la Corte y sus decisiones en el ejercicio de su función consultiva, forman parte del bloque de convencionalidad y para el caso ecuatoriano del bloque de constitucionalidad, por ende, del ordenamiento jurídico interno.

En cuanto a los "efectos directos del control de convencionalidad", una vez definido éste, nos atrevemos a decir que es imprescindible entender qué efectos prácticos posee este mecanismo, el cual se ha ido desarrollado de manera paulatina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que en principio solo se hablaba de una especie de control de convencionalidad, luego en sentencias como *Caso Trabajadores Cesados de Congreso y Caso Radilla Pacheco* la Corte Interamericana de Derechos Humanos se afianza los primeros límites del mecanismo, para posteriormente ampliarlo considerablemente como sucede en los casos *Gelman vs. Uruguay y Atala Riffo vs. Chile*.

En este sentido, para el profesor Claudio Nash (2013), en la evolución jurisprudencial del control de convencionalidad, podemos identificar cuatro etapas:

> - La primera de ellas con los aspectos generales del mecanismo y los avances en identificarlo como parte de las obligaciones internacionales del Estado y como un ejercicio hermenéutico;
> - En una segunda etapa la Corte avanza en establecer el ejercicio del control de oficio por los jueces nacionales, estableciendo las obligaciones que debe cumplir quien aplica la ley;
> - En una tercera etapa se extiende aún más para incluir no solo a los jueces, sino que otros órganos que realicen funciones jurisdiccionales; y, finalmente,
> - Una cuarta etapa en que la Corte IDH en su jurisprudencia más reciente incorpora como órgano competente para ejercer el control de convencionalidad a toda autoridad pública. (p. 496 y ss)

Cabe mencionar que según Nogueira (2012), los efectos del control de convencionalidad han sido demarcados como consecuencia del principio de derecho

internacional que determina que el derecho interno no constituye una excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales (p. 313); misma obligación positivada en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (1969) que recoge los deberes de buena fe respecto a las obligaciones internacionales, la norma que determina la prohibición de los Estados de oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales y la aplicación preferente de los derechos asegurados como un estándar mínimo. Asimismo, el rol de los jueces y autoridades nacionales al respecto se ha encuadrado en las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en la "interpretación favor persona" del artículo 29 de la misma.

Por último, no hay que olvidar que el control de convencionalidad tendrá en razón de sus objetivos, un "efecto supresivo" de normas; es decir cuando éstas sean declaradas inconvencionales; y a su vez un "efecto preventivo" desde la arista del Estado, en cuanto a creación normativa y legislación y desde la promoción de políticas públicas que prevengan la vulneración de derechos humanos.

Por lo que, el efecto principal del control de convencionalidad apunta a la protección de derechos humanos frente al abuso del poder público; por lo que un juez nacional puede hacer uso de este mecanismo y evitar la vulneración de derechos de personas y futuras contiendas legales en contra del estado, amparado en lo que dispone, tanto la Constitución como el Código Orgánico de la Función Judicial, respecto a sus deberes, obligaciones y aplicación de normas en cuanto a derechos humanos se refiere.

3.2.2. ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

Para entrar a conocer lo que es la acción de protección, es conveniente iniciar señalando lo que para Couture (1958) es o significa sencillamente el vocablo "acción", por lo que éste expone, tres acepciones distintas en materia de derecho procesal, a saber: "como sinónimo de derecho, como sinónimo de pretensión; y, como sinónimo de la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción" (p.61).

Ahora bien, en el contexto de la acción de protección apunta Guamán (2011) que:

> La Acción de Protección, tiene origen en la prohibición de la autotutela o justicia por propia mano. Es consecuencia del monopolio el Estado sobre la jurisdicción, como su único titular. Es un instrumento de tutela judicial efectiva, para acceder a la justicia o pedir la intervención de ella mediante los órganos jurisdiccionales, en búsqueda de la protección de derechos constitucionales (p.48)

Es por ello, que la acción de protección más allá que una garantía, se constituye como un derecho constitucional *per se* de tutela judicial efectiva por parte del Estado; teniendo entonces característica de derecho fundamental, público y subjetivo, que busca tutelar los derechos e intereses.

3.2.2.1. Origen, Conceptualización y finalidades.

La acción de protección -en cualquiera de sus formas- nace de la necesidad de limitar el abuso de los poderes políticos, económicos, religiosos, etc., propios del despotismo; abuso que, desnaturaliza el ejercicio del poder frente a los ciudadanos. Se aduce que esta figura jurídica tiene sus inicios en el "Derecho Romano, en instituciones de la edad Media y en la Carta Magna inglesa dictada el 15 de junio de 1215, como consecuencia de la lucha entre el rey y la nobleza, que consigue arrancar ciertas concesiones del poder real". (Cevallos,2009, p.12).

Posteriormente, se constituyen los primeros decretos civiles y políticos, con los que "la burguesía limitaba los privilegios de la nobleza y reclamaba la igualdad ante la ley, cuya garantía se encomendaba a los jueces, donde se destaca la Petition of Rights de 7 de junio de 1628" (Cevallos,2009, p.13), que protege los derechos personales y patrimoniales.

Luego de aquello, se afianzó la idea con la llegada de los derechos de primera generación luego de la Revolución Francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la cual reconoció los denominados derechos naturales (libertad, propiedad, seguridad y resistencia), aspectos que fueron ampliados con la Constitución Francesa de 1793, la cual abordó derechos sociales como el trabajo.

Al mismo tiempo, en Estados Unidos, con la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776, le otorgaban el carácter de inalienables a los derechos relacionados con la vida y la libertad, aspecto posteriormente desarrollado en el Bill Of Rigths (1791) incluyendo derechos como la propiedad y el debido proceso.

Sin embargo, al estar esta garantía constitucional íntimamente relacionada con las facultades de los jueces de ejercer el control constitucional, es menester repasar el caso icónico en el cual se inició ésta figura jurídica, a través de la cual los jueces deben inaplicar o declarar inconstitucionales a aquellas normas legales que sean contrarias a los derechos consagrados en la Constitución; este caso no es otro que el mentado *Marbury vs. Madison*, que fue un caso desarrollado en los Estados Unidos por el Juez John Marshall en el año 1803, en el cual se hizo efectivo por primera vez el control judicial de leyes.

Pero no es hasta el año 1948, que la acción de protección o amparo se convierte en "obligatoria" para los Estados; ello, en razón de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece en su artículo 8, que:

> Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Asimismo, en el marco de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados y convenios internacionales encontramos asidero de las garantías jurisdiccionales en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre (1948), la cual establece:

> Artículo XVIII. Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad, que violen en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

En sintonía, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) o Pacto de San José de Costa Rica, establece en su artículo 25:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
>
> Los Estados partes se comprometen a: garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y, garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Este primer atisbo de control judicial de leyes, así como, la obligación de los Estados frente al derecho de las personas de tener un recurso sencillo que permita la exigibilidad de sus derechos, se ha venido desarrollando en el tiempo, y en ese sentido, se ha ido creando instituciones que permitan a aquellos ciudadanos víctimas de vulneración de derechos, puesto que, más allá del reconocimiento de los derechos mínimos inherentes al ser humano que hoy día tenemos ampliamente desarrollados, en los tratados, convenios internacionales y en general en la Carta Internacional de Derechos Humanos, es necesario que existan instituciones que les permitan acceder de forma segura y expedita a aquellas personas frente a vulneraciones de derechos ante los órganos jurisdiccionales; estas instituciones son las denominadas "garantías jurisdiccionales".

Respecto de la naturaleza de las garantías constitucionales, para Andino (2011) le resulta claro, al decir que al hablar de "derechos humanos", se refiere a "garantías jurisdiccionales" (p.41), lo que significa que estas garantías constituyen el conjunto de elementos que legitima derechos constitucionales; por lo que a través de las acciones judiciales las personas que se sientan perjudicadas, que pueden exigir tanto a autoridades del Estado como a particulares, el respeto o restablecimiento de sus derechos.

Con la necesidad del reconocimiento de los derechos y de las acciones que viabilicen el ejercicio y exigibilidad de los mismos, debe existir los denominados órganos jurisdiccionales; es decir, aquellas instancias competentes que harán a través de su fuerza coercitiva que se garanticen estos derechos. Estos tres elementos se denominan el "triángulo de la constitucionalidad, ya que contienen, el objeto de la acción, el sujeto activo y la garantía de los derechos constitucionales mediante el respectivo órgano" (Andino, 2011, p.42).

En ese orden, afirma Ferrer (2006) que:

> las garantías jurisdiccionales y específicamente la Acción de Protección, conocida anteriormente como Amparo Constitucional e identificada como recurso, juicio, proceso, acción o derecho de amparo, según el *nomen iuris*, otorgado de acuerdo a la legislación o doctrina de cada país, no necesariamente debió constar en una norma constitucional o legal expresa para que tenga vigencia su aplicación (p.3).

No obstante, se estudiará en el acápite siguiente la institución de la acción de protección que se encuentra normada en el Ecuador tanto constitucionalmente como en normas de orden legal.

3.2.2.2. Acción de protección en el Ecuador

Las garantías jurisdiccionales están establecidas en la Constitución ecuatoriana y respecto del caso que nos ocupa, la Acción de Protección se encuentra contemplada expresamente como una garantía constitucional en el artículo 88 de la Constitución del Ecuador (2008), el cual señala:

> La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Esta garantía constitucional, sustituye y trae consigo un cambio de paradigma en relación a la acción de amparo que preveía la Constitución de 1998. En efecto, la Acción de Protección se perfila como una garantía constitucional especial, no residual, de carácter jurisdiccional y de finalidad reparatoria. Proponiendo el amparo directo y eficaz de los derechos y asimismo, el acceso directo a los mismos, mediante un proceso sencillo, expedito, oral y de trámite preferente sin ningún tipo de formalidad; ello, en la búsqueda de que ésta acción se constituya como un instrumento eficaz y eficiente para el ejercicio y reparación de los derechos.

Al respecto, señala Alarcón (2013):

> Con respecto a la acción de protección, el art. 86, núm. 3 de la Constitución vigente eliminó el carácter meramente cautelar inherente al amparo y confirió a la jueza o juez constitucional el deber de ordenar mediante sentencia la reparación integral, material e inmaterial y especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, así como determinar las circunstancias en que deben cumplirse. (p.15-16)

Es decir, el constituyente, da un giro progresivo respecto de la institución del amparo que se preveía en la Constitución Política de 1998 y constituye la acción de protección como un mecanismo de protección directa de los derechos humanos y constitucionales, respecto de las acciones u omisiones, no solo del Estado sino de particulares. Por otra parte, le otorga carácter especial y no residual, esto quiere decir, que no debe agotarse ninguna otra vía ni administrativa ni judicial para acceder a esta institución y que, además, se puede acudir tantas veces como la víctima considere necesario.

Otro aspecto interesante y característico de la acción de protección, naturaleza y carácter reparatorio, según señala Ávila (2008) en alusión a este tema, indica que:

> En cambio, la Constitución de 2008 precisa los conceptos y llena un vacío intolerable en el derecho ecuatoriano al establecer que las garantías son tanto cautelares como de fondo o de conocimiento. La reparación, al contrario de la indemnización en lo civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material e inmaterial. (p.93)

Este aspecto resulta interesante, puesto que la Constitución del Ecuador de 1998, preveía un amparo de naturaleza netamente cautelar, sin embargo con la entrada en vigencia de la Constitución del año 2008 se prevé una garantía constitucional denominada “medidas cautelares”, siendo que éstas pueden presentarse de forma autónoma o conjunta con alguna garantía jurisdiccional; sin embargo, se han generado confusiones en relación a las diferencias entre la “finalidad” de una medida cautelar autónoma y la garantía de la acción de protección; al respecto, ya se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador en su Causa No. 0561-12-CN - Sentencia No. 034-13-SCN-CC, indicando que:

> Las medidas cautelares tienen el carácter de provisionales. Por tanto, el efecto de la resolución que las conceda subsistirá en tanto persistan las circunstancias que las justifique o concluya la acción constitucional destinada a la protección de derechos reconocidos en la Constitución, de haber sido presentada en conjunto con ella.; (p.13)

Y por otra parte hace referencia al objeto de las medidas cautelares para diferenciarla de la acción de protección ordinaria:

> La concesión de medidas cautelares procede en caso de amenazas o violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, con diferencia de objeto entre uno y otro supuesto:
>
> En caso de amenazas, el objeto de las medidas será prevenir la ocurrencia de hechos que se consideren atentatorios a derechos reconocidos en la Constitución. La amenaza se da cuando un bien jurídico no se encuentra afectado o lesionado, sino, en camino de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración se verifique. En este caso, por no verificarse todavía una vulneración del derecho constitucional, procederá la presentación de las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales de manera autónoma.
>
> *En caso de violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, el objeto será cesar dicha situación. Se consideran como tales, aquellas situaciones en las que el ejercicio pleno de un derecho reconocido en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos es impracticable*, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, cuando la persona ya ha sido víctima de una intervención ilícita. En dicho caso, las medidas cautelares deberán ser necesariamente solicitadas en conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, se deberá condicionar la concesión de la medida cautelar a la constatación de un daño grave que pueda provocar efectos irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación (p.14) (la cursiva es nuestra)

En ese sentido, se deduce que las medidas cautelares tienen como finalidad cesar o prevenir la vulneración de un derecho, pero son de carácter provisional frente a la acción de protección, que procederá frente a una vulneración de derechos materializada, en la cual el juez debe conocer del fondo del conflicto y pronunciarse de en consonancia con el principio de reparación integral; es decir, no solo debe declarar la vulneración del derecho, sino también, ordenar los mecanismos para resarcir, reparar y/o indemnizar según sea el caso.

En la sentencia citada *ut supra* la corte define claramente las instituciones de medidas cautelares y acción de protección en los siguientes términos:

> Es necesario indicar que la institución, garante por excelencia de los derechos humanos y derechos fundamentales en la Constitución de 1998, la acción de amparo constitucional a nivel jurisprudencial e incluso por vía interpretativa de la Ley efectuada por la entonces Corte Suprema de Justicia a través de sus resoluciones en materia de amparo, asimiló a esta garantía (amparo), a una medida cautelar en su concepción clásica, desde el momento en que no reparaba integralmente la violación de los derechos constitucionales y no se preveía la práctica de pruebas; solamente cesaba y evitaba una violación proveniente de actos u omisiones de autoridad pública y de los particulares en determinados supuestos, suspendiendo provisionalmente o definitivamente los efectos de tales actos u

> omisiones. En este supuesto, la actual acción de medidas cautelares prevista en la Constitución del 2008 es lo que en su momento fue la acción de amparo constitucional prevista en la Constitución de 1998, quedando la acción de protección como una acción de conocimiento, de fondo y reparadora de los derechos.

Asimismo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), señala en su artículo 6 la finalidad de las garantías jurisdiccionales, indicando:

> Finalidad de las garantías. - Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

En el mismo orden, el prenombrado instrumento legal, al referirse específicamente a la acción de protección establece:

> Art. 39.- Objeto. - La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

En tal virtud, la acción de protección de conformidad con estas disposiciones que son comunes a todas las garantías jurisdiccionales, tiene como finalidad primordial no solo la declaración expresa de la violación de algún derecho, sino que además se enfoca en la reparación integral, con lo cual se infiere que posee una naturaleza indemnizatoria.

Es relevante lo aducido por Guamán (2011) respecto de la contradicción existente entre lo establecido en la Constitución (2008) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), puesto que a pesar que se prevé un proceso con normas comunes aplicables a todas las garantías y especialmente para la acción de protección "constitucionalmente ésta garantía es de directa e inmediata aplicación, sin embargo el carácter imperativo no se señala en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), donde la acción toma el carácter de subsidiario". (p.50)

Sin embargo, se considera que el simple hecho de contar con una acción constitucional que tutele los derechos humanos y constitucionales como lo es la acción de protección que prevé la Constitución del Ecuador (2008), *per se* no constituye una respuesta lo suficientemente

satisfactoria para que dicha acción sea efectiva y adecuada; lo que se deriva de la práctica jurídica, de la voluntad política y de la capacidad de los jueces de ejercer el control de convencionalidad y de constitucionalidad, aspecto último en el cual se considera hubo un retroceso en comparación con el modelo que existía previamente, en el cual los jueces ordinarios podían en caso de ser necesario ellos mismos, inaplicar una norma por ser contraria a la Constitución (control difuso de constitucionalidad).

En la actualidad el control constitucional es concentrado en el órgano especializado - Corte Constitucional - y en el bagaje de herramienta jurisdiccionales solo cuentan los jueces con la consulta de constitucionalidad, en la cual al existir duda razonable, deben suspender la tramitación de la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional; aunque aquella instrumentalización se contradiga con el principio establecido en la Constitución de aplicación directa de los preceptos constitucionales.

3.2.2.3. Requisitos, Procedencia y legitimación

Por otra parte, para entender a la acción de protección en su conjunto, es necesario revisar sus requisitos, su procedencia y su legitimación, para luego entrar a determinar que se trata de una garantía constitucional que mantiene una estrecha relación con la protección de derechos humanos. Al respecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), establece:

> Art. 40.- Requisitos. - La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos:
>
> 1. Violación de un derecho constitucional;
> 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
> 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Por ello, señala Alarcón (2013) que la legitimación activa de la acción de protección:

> Va mucho más allá de la restricción que revestía la teoría del derecho subjetivo implementada por el Tribunal Constitucional del Ecuador. A diferencia de la acción de amparo, la acción de protección –desde el punto de vista de la norma constitucional– deja de ser una garantía cerrada, inherente a un Estado liberal, que admitía ser activada únicamente por el titular del «derecho subjetivo».[7] Su

> legitimación es abierta y permite su presentación por parte de terceros o por cualquier persona. Es así que se convierte en una garantía compatible con un régimen garantista, que guarda armonía y concordancia con el paradigma del Estado constitucional de derechos. (p.13)

Asimismo, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) establece que:

> Art. 9.- Legitimación activa. - Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:
>
> a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,
> b) Por el Defensor del Pueblo. Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño.
> Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.
> En el caso de las acciones de hábeas corpus y extraordinaria de protección, se estará a las reglas específicas de legitimación que contiene esta ley.

Por tanto, son titulares de la acción de protección y en consecuencia puede ser iniciado este proceso accionando cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, así como de igual forma accionando el Defensor del Pueblo como representante de la institución de la Defensoría del Pueblo, institución a nivel nacional facultada a proteger y tutelar los derechos humanos, de la naturaleza y de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior.

En conclusión, su legitimación activa es abierta y permite su presentación por parte de terceros o por cualquier persona. “Es así que se convierte en una garantía compatible con un régimen garantista, que guarda armonía y concordancia con el paradigma del Estado constitucional de derechos.” (Alarcón, 2013, p.13)

En el mismo orden de ideas, la legitimación pasiva, o sobre quien puede recaer una acción de protección se encuentra señalada en el artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), el cual al respecto establece:

> Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva. - La acción de protección procede contra:
> 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
> 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.
> 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.
> 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
> a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
> b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;
> c) Provoque daño grave;
> d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
> 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

Como bien señala Cifuentes (1998), el señalamiento del sujeto pasivo - público, privado o ambos- de los derechos constitucionales, es:

> Un asunto que se determina por la propia Constitución, como que se trata de un elemento esencial de su configuración. En principio la posición pasiva de la relación iusfundamental la ocupa el Estado, pero bien puede residir en un particular si el contenido del derecho o la norma que lo consagra reclaman construir así su ámbito subjetivo. (p.20)

De allí que podamos con acierto afirmar que la protección procesal constitucional frente a terceros se rige por el principio de *numerus clausus*, es decir es limitada o determinada. "No tiene carácter universal en cuanto sólo se concede en los casos taxativamente señalados por el legislador, esto es cuando el particular está en estado de subordinación, indefensión o acto discriminatorio". (Alvarado,2015, p.90)

En consecuencia, queda establecido que existen supuestos previstos taxativamente para los cuales procede en cuanto al sujeto pasivo, una acción de protección; siendo ésta totalmente improcedente, tal cual lo prescribe el Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009):

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales;
2. Cuando de los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación;
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos;

4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; *
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho;
6. Cuando se trate de providencias judiciales; y, cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

   En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisible la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

Siendo así que el contenido de la disposición legal señalada tiene concordancia con el artículo 88 de la Constitución.

3.2.2.4. Acción de Protección como garantía constitucional y su relación con los derechos humanos

Partiendo de lo que señala Ferrajoli (2005) sobre el nexo entre democracia y Derecho, cuando plantea que éste y sus instituciones no son afines en sí mismos; puede darse Derecho sin democracia, pero no hay democracia sin Derecho. "La democracia es un juego de reglas de carácter jurídico-constitucional, que aseguran el poder de las mayorías, con límites y ataduras que garanticen la paz, la igualdad y los Derechos Humanos." (p.31)

Es por ello que con la transformación que sufrió el Estado ecuatoriano, del estado de legalidad al estado de constitucionalidad o estado constitucional de derechos, tal como reza la Constitución de la República (2008) en su artículo 1, era necesario el nacimiento de un "andamiaje legítimo, que consiente la interpretación y aplicación positiva de la constitución, así como una innovada dinámica jurisprudencial y activismo judicial". (Andino, 2011, p.29)

Este andamiaje, no se limita solo a la hermenéutica constitucional o a la interpretación conforme, sino que además implica la aplicación directa de los principios, reglas, derechos, valores, en fin, todo lo comprendido en la parte dogmática de la constitución, aclarando que, lo enumerado no es de forma taxativa sino más bien, es amplio en el sentido axiológico que comprende la norma constitucional.

Para Aparicio (2008), con la actual constitución, el Estado ecuatoriano nace con una vinculación a los derechos humanos, cuya razón de ser y del ordenamiento jurídico "residen en los sujetos individuales o colectivos como titulares activos de los derechos. Mediante los mecanismos jurídicos que protegen los intereses y los proyectos de vida. Con el fin de lograr el "buen vivir", "sumak kawsay", el "vivir bien". (p. 22) Para lo cual es necesario la existencia

de un ordenamiento jurídico que efectivice y genere condiciones adecuadas para lograr esos objetivos.

Por lo tanto, esta protección que otorga la Constitución abarca a más de los derechos individuales y sociales, otros aspectos como los derechos de la naturaleza, el medio ambiente y los recursos naturales.

En el mismo orden de ideas, el Estado constitucional, en palabras de Andino (2011):

> Deja atrás el concepto ideológico del Estado liberal de derecho, que restringía al poder público a garantizar los derechos individuales. La nueva noción de Estado garantista surge y se asienta en los derechos fundamentales, naturales del ser humano, por tanto, el control constitucional consentirá la objetividad plena del Estado Constitucional de Derechos y la efectiva vigencia del principio de la supremacía constitucional, así como los contenidos básicos de la Carta Internacional de los Derechos Humanos. (p. 29-30)

Como ya en su momento se lo había manifestado, en materia de derechos humanos la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece en su artículo 8, que:

> Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Al unísono con lo anterior, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) establece en su artículo 25, lo relativo a la protección judicial, indicando que:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Con lo cual, queda establecido que los Estados parte de estos instrumentos, y, especialmente la Convención Americana, tienen como obligación la progresividad en materia de derechos constitucionales, a través de la implementación de mecanismos judiciales que efectivicen y viabilicen el ejercicio de los derechos.

Lo anterior, se basa en la efectividad de los recursos, este aspecto ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual es conteste al indicar que esta efectividad se basa en que se puedan producir los resultados para los cuales fueron creados, es decir, que estos recursos normativos internacionales puedan ser efectivos, en tanto los Estados

que le componen coadyuven a efectivizar e instrumentalizar los mismos, y por supuesto que el órgano internacional competente les haga cumplir. Este aspecto ha sido indicado en diversas sentencias de la Corte Interamericana, como en: caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 64; caso *Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafo 67; y, caso *Fairén Garbi y Solís Corrales*, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 88, indicando:

> (…) que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.

Esto implica, que no solo deben existir recursos, sino que además deben ser los adecuados para producir los efectos buscados, siendo en el caso ecuatoriano la acción de protección, el mecanismo o garantía jurisdiccional por excelencia, de protección eficaz y directa de los derechos constitucionales, tal como lo señalan Montaña y Porras (2011), cuando manifiestan:

> De todas las garantías jurisdiccionales de los derechos, como veremos a continuación, tal vez la más importante, en función de su ámbito de protección, es la acción de protección ya que sirve para lograr la tutela general de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; no hay que olvidar que la acción de protección es –o constituye- la cláusula general de competencia en materia de garantías, de tal manera que mediante ella se pueden garantizar todos los derechos, en particular aquellos que no tengan o no estén amparados por una vía procesal especial, y en tanto tal, se constituye en la herramienta básica para la garantía de los derechos de las personas, colectivos y de la naturaleza en Ecuador, ya que es el instrumento básico e inmediato con que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano para tutelar eficazmente los derechos. (p.103-104)

Ahora bien, esta acción de protección se constituye como una garantía constitucional por diversos factores; en primer lugar, porque está consagrada en la constitución; y, en segundo, porque su finalidad es la protección de derechos constitucionales y fundamentales; pero ¿que abarcan los derechos constitucionales?; pues a criterio de los investigadores y la doctrina mayoritaria, no solo lo abarcan los derechos consagrados en la constitución misma, sino también aquellos que se reconozcan en todo lo que implica el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad.

Es decir, la protección constitucional que otorga la acción de protección no versará sobre derechos de "rango legal" o aquellos que tienen como fuente un acto administrativo, un contrato o una sentencia -para lo cual existen mecanismos judiciales ordinarios-, sino que se concentra en los derechos de "rango constitucional", tal como lo señala el artículo 88 de la Constitución de 2008 y el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

Con lo anterior, no se anula la posibilidad que estos derechos de rango legal puedan afectar otros derechos de rango constitucional, pero necesariamente deben cumplir con ciertos requisitos como:

- Que el asunto sea de relevancia constitucional, es decir, que se trate de la protección a un derecho constitucional;
- Que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias; y,
- Que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados. (Alvarado,2015, p.55)

En cuanto al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, se debe advertir que estos conceptos tienen alcance a derechos que no estén expresamente establecidos en la Constitución; derechos que pueden ser amparados a través de las garantías jurisdiccionales constitucionales, incluida la "acción de protección".

Es el caso, que el asunto de la convencionalidad y en cuanto a lo que la norma constitucional prescribe, queda plenamente justificado en lo establecido en el artículo 424 y 11 numeral 3 de la Constitución (2008), los que se debe observar que: "La Constitución y *los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución,* prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público"; lo que significa que, a más de lo señalado expresamente en la Constitución, se debe observar lo previsto en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos); tomando en consideración a su vez que: "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los *instrumentos internacionales de derechos humanos* serán de directa e inmediata aplicación, sin que medie exigencias o requisitos que no estén establecidos en la Constitución, por lo que no se puede alegar falta de norma jurídica para justificar su violación

o desconocimiento para desechar su acción ni para negar su reconocimiento"; por ello para su aplicación, se debe considerar el principio *pro homine*, con el que el juez debe valorar, lo más favorable a la persona y en ese sentido motivar su decisión, para no afectar derechos humanos.

Como ya lo habíamos manifestado, lo aseverado, no figura desconocimiento de la supremacía de la Constitución (Art. 424), al igual que no implica desconocer el orden jerárquico de aplicación de normas, señalado en el artículo 425 de nuestra Constitución, ya que la aplicación del control de convencionalidad y dentro del ámbito de "motivación del juez y la aplicación directa de instrumentos internacionales de derechos humanos", de entre otros, en garantías jurisdiccionales, lo garantiza la propia Constitución (2008), ya que a más de lo que enuncia el artículos 11 numeral 3), está dispuesto en los artículos: 83 numeral 5), 172, 417, 426, 428 de la misma Constitución; por otra parte y entre otras normas la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a través de lo señalado en los artículos 1, 4 numeral 1 y 2, 39; sin olvidar lo señalado en el Código Orgánico de la Función Judicial, en los artículos 5, 8, 9, 17, 23, 25, 28, 29, 100, 123, 129 numeral 1 y 11, 130 numeral 15), 140 último inciso, 130 numeral 4); entre otros; por lo que observar y aplicar instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por el Estado, por parte de jueces en sus decisiones en razón de su función, es cumplir con lo señalado en la Constitución y el ordenamiento jurídico interno, lo que da como resultado un eficaz control de convencionalidad.

Esto representa un fenómeno, que se ha dado en los últimos años denominado la internacionalización del derecho constitucional; es decir, la Constitución ecuatoriana ya no se compone únicamente por su parte orgánica, dogmática; y, por los principios y reglas que allí se señalan; sino que también le conforman todas las disposiciones referidas a derechos humanos de carácter internacional, aun cuando el Ecuador no hubiere ratificado; puesto que, también dispone la Constitución una norma de cláusula abierta.

El bloque de constitucionalidad, tiene distintos alcances el primero de ellos en sentido estricto definido como:

> Un grupo más limitado de disposiciones, pero de mayor alcance, pues integra la Constitución, tiene la misma fuerza normativa de ésta y por ende es pertinente tanto para efectos del control de constitucionalidad, además de servir de criterio de interpretación. Este es pues el bloque de constitucionalidad que aplica en materia de protección. En consecuencia, es posible presentar una acción de protección por la violación de un derecho fundamental que, si bien no está en la Constitución ecuatoriana, sí se encuentra consagrado en un pacto o convenio internacional sobre derechos humanos aprobado por Ecuador. En este caso la aportación internacional es para crear un derecho. También es posible presentar una acción de protección

> por la violación de un derecho fundamental que, si bien está en la Constitución ecuatoriana, su interpretación es más clara a la luz de un instrumento internacional. En este caso la aportación internacional es para interpretar un derecho. (Alvarado, 2015, p.56)

Por otro lado, el bloque de constitucionalidad en sentido amplio, es definido por Alvarado (2015) como "un grupo más amplio de disposiciones, pero de menor alcance, pues no siempre tiene la misma fuerza normativa de la Constitución; constituye un parámetro de control e interpretación constitucional y no todas sus normas son protegibles". (p.57)

Por otra parte, la relación de la acción de protección con los derechos humanos, versa sobre la exigencia que el derecho que debe protegerse, sea fundamental; al respecto señala Ferrajoli (1989) que los derechos fundamentales de forma general son:

> Todos los derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas o ciudadanos con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por estatus la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. (p.806)

Continua Ferrajoli (1989), delimitando cuáles son los derechos fundamentales; y, concluye que existen tres respuestas:

> Uno: según la Teoría del Derecho -son aquellos derechos que se encuentran adscritos a los derechos universales, se formulan como regla general con dependencia de una voluntad política-;
>
> Dos: enfocada en el positivismo -que son aquellos derechos universales que necesariamente deben estar comprendidos en el ordenamiento positivo anterior a la Constitución, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH), Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, Tratados y Convenciones de Derechos Humanos, que los reconocen; y,
>
> Tres: encaminada a la Filosofía Política indica que -son todos los derechos que sean necesarios para garantizar la paz. (p.63)

Lo anterior se resume, en que de acuerdo al sistema político-jurídico que pregone cada Estado, puede variar el concepto de derecho fundamental, sin embargo, se considera que si existen algunos criterios que otorgan más claridad para determinar si un derecho es fundamental o no lo es.

El primero de estos criterios se basa por supuesto en la persona humana; y, el segundo, en el reconocimiento expreso de derechos; es decir, ambas dimensiones, tanto formales como materiales; y, por otra parte, criterios adicionales como los instrumentos internacionales de derechos humanos, la aplicación directa e inmediata y por supuesto los derechos que se denominen fundamentales.

Por lo antes expuesto, es de suma importancia el rol del juez constitucional en estos modelos modernos y si se quiere post modernos neoconstitucionalistas, específicamente del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que implican que los jueces, ordinarios o especiales, actúen de cierto modo como jueces constitucionales e incluso interamericanos como lo mencionan algunos autores. El juez, tendrá la responsabilidad y obligación de evaluar cada caso de acción de protección y determinar si el derecho sobre el cual versa la acción y del cual se exige protección constitucional, constituye un derecho constitucional y fundamental, puesto que en Ecuador, al menos, no existe una lista detallada de los derechos que persiguen tal fin o que tienen tal contenido, con lo cual se convierte en un concepto jurídico amplio y poco determinado, que dependerá en gran parte del alcance de la interpretación que realice el juez.

3.2.3. APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LOS JUZGADORES EN LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN

3.2.3.1. Aplicación del Control de Convencionalidad en el la Acción de Protección.

El control de convencionalidad se ha constituido como la interrelación entre los tribunales internacionales de derechos humanos y las jurisdicciones nacionales de cada Estado; esta figura, como se ha expresado, ha ido evolucionando con el aporte realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en resumidas cuentas apuntan que este control "implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones". (García y Morales, 2013, p. 621)

Sin embargo, el control de convencionalidad también ha surgido de la necesaria aplicación de la jurisprudencia y doctrina internacional en materia de derechos humanos, en sede nacional, con teorías de interpretación; al respecto señala Olano (2016) que:

> Surge del déficit de aplicabilidad en el ámbito interno de las decisiones de la CIDH, ya que las autoridades locales de la rama judicial desconocen que deben aplicar las obligaciones que surgen de cada uno de los fallos de la CIDH por estar incorporadas al derecho nacional de los Estados Parte (p.71).

Este control en sede interna, como se ha explicado alude al control de convencionalidad realizado por "toda autoridad pública de un determinado Estado, lo cual incluye a operadores de justicia de todos los niveles de la jurisdicción interna". (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p.63).

A través de este control, se verifica la compatibilidad entre las normas y actos internos y los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, siendo ésta, la fórmula de aplicación del control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, puesto que dicha obligación de control se deriva de la suscripción y posterior ratificación de la Convención Americana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente.

En ese sentido, para determinar quiénes son los responsables en el Ecuador de la aplicación del control de convencionalidad, es necesario partir de la premisa, que "el Estado ecuatoriano "*per se"* se encuentra obligado internacionalmente", en tan sentido, por lo tanto, ésta obligación es extensiva a todos los órganos que conforman el poder público, ello conforme lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999; 2012), cuando dice que: "Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado"; es decir, todos los poderes que conforman al Ecuador, a saber, ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y transparencia y control social; por lo que en todos sus niveles tienen el deber de cumplir de buena fe con los tratados y convenios internacionales.

Asimismo, señala el Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia elaborado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2015) que:

> Ciertamente, si bien en un inicio la Corte Interamericana se concentró en destacar el rol del Poder Judicial y los operadores de justicia en la aplicación del control de convencionalidad, en el año 2011, en el marco de la sentencia Gelman vs. Uruguay, aprovechó los hechos y el contexto del caso para precisar que dicha aplicación supone una obligación que vincula a toda autoridad pública al interior del Estado, entendiendo que cada una de ellas debe respetar y garantizar los

> derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. Por tanto, el control de convencionalidad *puede comprender, inter alia, a una autoridad administrativa, a un legislador, a un ministro, a un juez ordinario, a un juez constitucional*, a una autoridad administrativa que ejerce funciones jurisdiccionales, a una autoridad electoral. (p.64) (la cursiva es nuestra)

Se resalta de lo expuesto, que dicha obligación recae en toda autoridad jurisdiccional, ordinaria o especializada, razón por cual, aplica, para entre otros, aquellos jueces que tengan conocimiento de las acciones de protección, puesto que si bien esta acción no requiere de formalidades, puede ser presentada ante cualquier juez, sin importar su especialidad o su categoría, de igual manera tiene la obligación y el deber de aplicar el control de convencionalidad, puesto que la exigencia de respeto y garantía de los derechos humanos "constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001a, párr. 68); y, en ese sentido, por tratarse la acción de protección de la garantía constitucional por excelencia y además primaria, a la que puede acceder cualquier persona que se considere vulnerada en sus derechos constitucionales, es de obligatoria aplicación el control de convencionalidad.

Por otra parte, se destaca que la acción de protección es el primer mecanismo de acceso a la justicia constitucional; es decir, es el primer control jurisdiccional que se realiza en el Ecuador para evitar, prevenir o cesar la vulneración de un derecho constitucional; por lo que es importante destacar en este punto, que si hablamos amparados en lo establecido en el artículo 424 de la Constitución de 2008 y de aplicarse el control de convencionalidad, el abanico de derechos se amplía, ya que no solo se limita a aquellos derechos expresamente plasmados en el texto constitucional, sino que, además abarca los derechos establecidos en instrumentos internacionales, claro ésta, únicamente al tratarse de materia de derechos humanos; por lo que para su aplicación se analizará lo más favorable a las personas.

Otra razón de aplicación del control de convencionalidad en las acciones de protección, se deriva de que, conforme al Derecho Internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos; es así que la violación por parte de alguno de ellos, genera responsabilidad internacional para aquel. En consecuencia, es ilícita "toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001a, párr. 68)

Por lo tanto, tal como señala el juez García Ramírez, para los efectos de la Convención Americana y la aplicación del control de convencionalidad "el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división y atribuciones que señale el Derecho interno". (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p.66)

Es por ello, que todos los jueces en general, y aún más especialmente en el conocimiento de una acción de protección, deben velar por la aplicación de los derechos constitucionales y convencionales; puesto que, como ya se expresó, todos los tratados, convenios y jurisprudencia en materia de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico; además, su actuación debe ser imparcial, aislada e independiente de la organización política estatal.

En ese sentido, no se trata, que en todos los fallos deben decidir aplicando dichos instrumentos; la premisa de la investigación es que los jueces que asumen el conocimiento, en nuestro caso y por el tema planteado, de una "acción de protección", conozcan y manejen los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y a su vez conozcan sobre mecanismos o herramientas, como es el "control de convencionalidad"; de forma tal, que al presentarse un caso de acción de protección, si ellos observan que la norma internacional, es más benigna o más favorable a la persona, deben aplicarla, claro está al tratarse de derechos humanos; lo que no significa que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos están por sobre la Constitución, ya que claramente se evidencia que la misma norma suprema, reconoce la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en el orden jerárquico señalado en el 425, por lo que con su observación y aplicación únicamente se cumple con el mandato señalado en la Constitución (2008).

Sobre este aspecto de los derechos constitucionales y humanos en la acción de protección se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia Nº 003- 14-SIN-CC, indicando que:

> (...) En virtud de la irradiación constitucional que experimenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del cual no solo existe un reconocimiento expreso de la supremacía constitucional, sino también de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de sus disposiciones internas, sino que además recurran a los instrumentos internacionales y la interpretación efectuada de estos, a fin de dotar de contenido integral a los derechos, por ende a la

> dignidad humana, de lo que se deriva un control integral sobre el respeto a los derechos constitucionales / humanos. (p. 9)

En este sentido, la acción de protección se constituye en una garantía jurisdiccional que tiene como objetivo fundamental el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución de la República (constitucionales y humanos), razón por la cual su ámbito de análisis es amplió en tanto protege "todos los derechos reconocidos en la Constitución" y además, aquellos que se deriven de la dignidad de las personas conforme lo determinado en la cláusula abierta establecida en el artículo 11 numeral 7 del texto constitucional. (Corte Constitucional del Ecuador, 2016, p.13); quedando claro de esta forma, que prácticamente no se realiza en el Ecuador una distinción entre los derechos constitucionales y derechos humanos, puesto que todos forman parte del ordenamiento jurídico y por tanto deben ser tutelados por todos los órganos del Estado; y, especialmente en el caso que nos ocupa, en las acciones de protección.

Asimismo, la Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido con claridad el papel activista de los jueces en la protección de derechos constitucionales-humanos, y además en la naturaleza de las garantías constitucionales que constituyen los mecanismos de protección de derechos; por lo que especialmente en su sentencia Nº 146-14-SEP-CC, estableció:

> En tal circunstancia, los jueces constitucionales, entendidos como garantes de los derechos, tienen la obligación y el deber constitucional de brindar una efectiva garantía constitucional a las personas cuyos derechos han sido vulnerados por cualquier acto u omisión. Para lograr este cometido, los jueces tienen un papel activo en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia, el mismo que no se limita a la sustanciación de garantías jurisdiccionales observando los procesos convencionales, sino además al establecimiento de parámetros dirigidos a todo el auditorio social para la eficaz garantía de los derechos establecidos en la Constitución, como norma suprema que rige todo nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que conforme el texto constitucional, el contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. (p.11)

De esta manera, los jueces ordinarios, en su función de jueces constitucionales, encontrándose en el conocimiento de una acción de protección, deben verificar dentro de cada caso específico, si existió o no una vulneración de derechos constitucionales y derechos humanos, y a partir de ese punto, primero establecer si el asunto es competencia legal o constitucional; por tanto verificar la jurisdicción competente (ordinaria o constitucional); pero

necesariamente deben valorar los hechos, puesto que si se tratare de un conflicto en materia constitucional o de derechos humanos y los jueces le desecharan y/o negaren una acción de protección con un simple argumento de que se trata de un asunto de legalidad, sin evaluar el fondo de la controversia, implícitamente estarían vulnerando otros derechos constitucionales y/o humanos; a su vez incumpliendo con su deber y obligación de proteger derechos y de lograr la eficiencia y efectividad de la garantía constitucional dispuesta para tal fin.

Siguiendo a Abramovich y Courtis, citados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2015) la importancia de los operadores de justicia en la aplicación del control de convencionalidad está dada en la medida que "son quienes tienen a su cargo velar por el pleno respeto y garantía de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, por parte de los tres poderes estatales tradicionales". (p.67)

Con lo cual, la aplicación del control de convencionalidad en la acción de protección, ésta acción como mecanismo jurisdiccional por excelencia para la protección de los derechos constitucionales y derechos humanos, implica necesariamente un rol activista de los operadores de justicia; es decir que es fundamental que conozcan sus deberes y obligaciones circundantes al control de convencionalidad. La aplicación de ésta garantía constitucional estudiada, prevé diversas situaciones, en especial, desde el ámbito de las víctimas de vulneraciones de derechos; puesto que, la garantía accionada sería más eficiente y eficaz en el cese o protección de los derechos vulnerados, de forma inmediata.

Por otra parte, evitarían que se genere responsabilidad internacional alguna para el Ecuador, con lo cual incluso se descongestionaría el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que habrían sido los jueces ordinarios en su función especial de jueces constitucionales y convencionales, quienes habrían garantizado la protección de estos derechos contenidos en la Constitución y en Instrumentos internacionales de Derechos Humanos como la Convención Americana y demás convenios y tratados que conforman el *corpus iuris interamericano;* por lo que no se descarta que estas figuras tengan un carácter preventivo; ya que de forma general, al lograr armonizar los ordenamientos jurídicos con la Convención Americana, como consecuencia lógica, tendríamos la reducción de casos de vulneración de derechos humanos.

3.2.3.2. Juez Constitucional y su motivación en la acción de protección

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos como se ha señalado en anteriores capítulos, ha expresado y establecido claramente que la aplicación del control de convencionalidad se extiende a todos los ámbitos del poder público estatal, con lo cual, el poder judicial y los jueces se encuentran en el deber y la obligación de ejercer dicho control en los casos puestos en su conocimiento.

En el mismo sentido, se ratifica dicha obligación de los juzgadores, por parte de la Corte Interamericana, puesto que ésta ha expresado que además dicho control debe ser un control *ex officio;* es decir, que no es necesario que las partes en sus alegatos argumenten normas convencionales para que un juzgador pueda aplicarlas al caso concreto.

Lo anterior, para el caso ecuatoriano, reposa en distintos aspectos plasmados en la Constitución (2008), que se han desarrollado oportunamente; como por ejemplo la cláusula abierta que prevé la misma Constitución (Art. 417); al igual que la jerarquía constitucional (Art. 425); así como el principio de aplicación directa e inmediata de instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 11, numeral 3).

Es por ello, que el marco de las acciones de protección, las cuales constituyen la garantía jurisdiccional constitucional por excelencia, puesto que es la vía idónea para la protección y amparo de derechos constitucionales y derechos humanos, los jueces ordinarios y en general cualquier juez que tenga a bien resolver sobre un conflicto de intereses constitucionales, debe necesariamente motivar adecuadamente su sentencia, puesto que, de no hacerlo, no solo dejaría de cumplir con su deber de garante y protector de derechos constitucionales y de derechos humanos; sino que, vulneraría otros derechos asociados al debido proceso y la tutela judicial efectiva.

3.2.3.2.1. La garantía de la motivación a la luz de los tratados e instrumentos de Derechos y convenios internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Para hablar de la garantía de la motivación, necesariamente se debe partir del derecho a la "tutela judicial efectiva" **(**derecho a la jurisdicción - desarrollo del derecho al debido proceso: regulación de etapas del procedimiento: acceso a la administración de justicia, acceso a una defensa técnica, derecho a ser oído, derecho a la prueba, **sentencia motiva**, derecho a la

interposición de recursos, derecho a la ejecución de sentencia**)**; ya que según el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial (2015), se establece que la Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes. Por lo que un elemento implícito en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva es la "calidad de las decisiones judiciales", la cual se hace efectiva con la "motivación" bien fundamentada de la decisión del juez.

De igual forma derecho humano y constitucional consagrado en la Constitución ecuatoriana en su artículo 75, mismo que posee un contenido amplio y complejo. Al respecto apunta la Corte Constitucional del Ecuador (2014b) que:

> El derecho a la tutela judicial efectiva se compone de tres presupuestos: primero, el derecho a acceder gratuitamente a los órganos jurisdiccionales; segundo, que los órganos jurisdiccionales den cumplimiento de procedimientos mínimos, guiados por las garantías del debido proceso; y finalmente el tercero, que se brinde certeza de justicia, a través, de una resolución fundada en derecho y debidamente motivada. Consecuentemente la inobservancia de uno de ellos, traerá consigo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Como vemos entonces, el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra íntimamente ligado al derecho al debido proceso, entendido este, como esa suerte de garantías mínimas que deben regir en todo proceso, articulándose así de manera simbiótica, ya que la vulneración de uno de los dos derechos, puede acarrear la vulneración del otro. (p.13-14)

Con lo expuesto, queda establecido, que, en el marco del contenido de la tutela judicial efectiva, se encuentra el "debido proceso" y especialmente la "garantía de la motivación", sin embargo, ésta garantía se encuentra expresamente establecida en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución ecuatoriana (2008), que señala:

> 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 (…)

Asimismo, el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), señala en su parte pertinente:

> Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces. -
>
> Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben: (…)
>
> 4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.

Asimismo, el artículo 108 numeral 8 del mismo cuerpo legal dispone:

> Infracciones graves. - A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones: (?) 8. No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República.
>
> La reiteración de estas faltas por tres ocasiones en un período de un año, será motivo de destitución.

Sin embargo, aunado a las responsabilidades constitucionales y legales de los jueces de motivar sus sentencias frente al derecho constitucional y humano a la tutela judicial efectiva que tienen las víctimas de vulneraciones de derechos fundamentales, al acudir en búsqueda de justicia constitucional a través de la garantía de la acción de protección, la Corte Constitucional del Ecuador (2017), ha establecido tres parámetros mínimos para que se considere que una sentencia se encuentra correctamente motivada; y al respecto indica:

1. El parámetro de la *razonabilidad* que es la "obligación constitucional de identificar de manera clara y precisa las fuentes de derecho en que soportan su razonamiento, afirmación y resolución final, esto es las disposiciones normativas constitucionales, legales y las constantes en los precedentes jurisprudenciales obligatorios dictados por las altas cortes". (p.28)
2. El parámetro de la *lógica que* se encuentra relacionado "no solo con la coherencia que debe existir entre las premisas con la conclusión final, sino también con la carga argumentativa por parte de las autoridades jurisdiccionales en los razonamientos, afirmaciones y finalmente en la decisión que vayan a adoptar". (p.29)
3. El parámetro de la *motivación que* es relativo a la comprensibilidad y se relaciona con "la claridad del lenguaje empleado por la autoridad jurisdiccional, así como

también vinculado con la manera en que ésta realiza la exposición de sus ideas". (p.31)

Por lo cual, queda establecido el deber de los jueces de motivar adecuadamente sus sentencias; y, con mayor énfasis debe realizarse dicha motivación en el marco de una acción de protección, puesto que, aunque ésta se pueda presentar ante cualquier autoridad jurisdiccional, la misma, al momento de resolver asuntos constitucionales, se enviste de jurisdicción constitucional, siendo que, dicha facultad no abarca únicamente preceptos textuales plasmados en la Constitución, sino en todo el tejido axiológico de principios, reglas y valores que conforman la Constitución, ya que en el contexto de un Estado constitucional de derechos todas las normas -incluso de rango constitucional- deben ser interpretadas sistemáticamente y conforme al contenido y sentido amplio de la norma suprema, que, en el caso concreto, abarca todo el ámbito relativo a los derechos humanos.

3.2.3.3. Formas de aplicación del control de convencionalidad en las acciones de protección: Reglas y Métodos de Interpretación constitucional relacionadas al control de convencionalidad.

Ahora bien, en el marco de la motivación de las sentencias en general y en particular las que resuelven las acciones de protección, los jueces, realizan necesariamente ejercicios de interpretación de los hechos, para determinar los derechos constitucionales y humanos objeto de la acción, así como de las normas constitucionales y convencionales, para en ese sentido al momento de emitir un fallo aplicar métodos, como la ponderación y la proporcionalidad.

Cabe señalar que generalmente para los casos fáciles se utiliza la subsunción, lo cual no genera mayor complejidad; sin embargo, las premisas de la investigación se ajustan a la resolución de casos difíciles y en especial por el tema planteado, de casos difíciles de acción de protección, para los cuales se deben utilizar otros métodos como la ponderación y la proporcionalidad; por lo que una vez más, ratificamos que no se pretende señalar que los jueces deben aplicar en todos los casos el control de convencionalidad, porque consideramos que ésta es una herramienta destinada a los casos difíciles, ya que el ordenamiento jurídico nacional prevé la no vulneración de derechos de las personas, pudiendo para aplicar el control de convencionalidad, acogiéndose al principio *pro homine*.

Para ello, en el contexto de la convencionalidad, los jueces nacionales deben regirse por algunas normas de interpretación que se encuentran establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), a saber:

Artículo 29. Normas de Interpretación.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea Parte uno de dichos Estados;
c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y,
d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Frente a lo expuesto, cabe indicar que solo la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede interpretar la Convención Americana sobre derechos humanos, pero eso no resta que un juez nacional en el cumplimiento de su deber, para emitir un fallo deba efectuar un procedimiento de revisión, análisis y de raciocinio sobre el significado y alcance de las normas jurídicas y de los demás conceptos que forman parte de un ordenamiento jurídico y que no son normas, como por ejemplo, los principios generales del derecho establecidos en instrumentos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, y de esa manera respondan, en su obligación de plasmar y defender la carga argumentativa de su fallo.

En el mismo orden de ideas, prevé la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969) en sus artículos 53 y 64 la obligación de cumplir los mandatos imperativos de los convenios y tratados internacionales, especialmente, en lo referido a la protección de derechos fundamentales; los cuales textualmente señalan que:

> Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.
>
> Artículo 64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho

> internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

El primero de los citados, hace referencia al carácter imperativo de las normas internacionales y el segundo referido a las nuevas normas, que a medida que sean aceptadas por los Estados parte, se hacen de obligatorio cumplimiento para el ordenamiento jurídico interno; para lo cual conforme a lo establecido en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988) señaló:

> Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras, a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (párr. 49)

Sin embargo, este aspecto fue ampliado posteriormente a todos los documentos que forman parte del *corpus iuris interamericano* y convencional, dentro del cual también están incluidos no sólo su esencia, que es la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José, sino también, entre otros, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza de conformidad con el artículo 29 literal d) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es por ello, que se debe enfatizar, que especialmente para los jueces conocedores de acciones de protección, que las normas convencionales deben ser aplicadas a través de este mecanismo creado para tal fin, como lo es el control difuso de convencionalidad; y en ese sentido conocer, que el repertorio de normas convencionales aplicables no se limita a la Convención Americana, sino que, la Constitución de la República les respalda para la aplicación de un catálogo amplio y variopinto de convenios y tratados internacionales e incluso jurisprudencia; todos estos no solo de carácter regional a nivel de Latinoamérica, sino también universal.

3.2.3.3.1 Bloque de convencionalidad y aplicación directa de los tratados en materia de derechos humanos.

La figura denominada bloque de convencionalidad, la definen los autores García y Morales (2013), cuando indica que:

> Un bloque de convencionalidad puede ser acotado en la medida que implica y aplica: la Convención Americana de derechos humanos, así como los protocolos y textos *soft law*, la interpretación de la Corte Interamericana sobre el sentido, alcance y/o significado de los derechos previstos en la Convención u otros instrumentos y con independencia de la *ratio iuris* de la resolución en comento; esto es, medidas provisionales, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, interpretación de sentencia u otros. (p. 634)

Se toma como referencia lo denominado Control de Convencionalidad, lo esgrimido por dichos autores, al ser la "doctrina" una fuente considerada como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Por otro lado, existe una tendencia a aducir que todos los jueces nacionales, de cierto modo, son jueces interamericanos, puesto que, ellos son quienes tienen el deber en primera instancia de aplicar el control de convencionalidad; por tanto se convierten en los primeros jueces convencionales; de allí, radica la importancia que los jueces en las acciones de protección, dentro de su motivación, verifiquen la compatibilidad de sus fallos, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Por esta razón, señalan los autores citados anteriormente, que el control de convencionalidad difuso o aplicado en sede nacional, se debe realizar para verificar los siguientes aspectos:

i. Control judicial de convencionalidad para establecer la conformidad entre la norma internacional y nacional (no hay salvedad sobre el carácter de la norma interna: legal o reglamentaria);
ii. Control a cargo de los órganos judiciales, no de los administrativos. Aunque no hay que olvidar el giro en la jurisprudencia interamericana que incluye a los "órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles";
iii. Control ejercido de oficio, *motu proprio*, por el órgano que cumpla esta función, sin necesidad de requerimiento o instancia de una parte procesal, lo cual pone en movimiento, asimismo, el principio *iura novit curia* y la suplencia frente a la deficiencia de la queja;
iv. Control ejercido en los términos de la competencia del órgano que pretende realizarlo (y que debe estar facultado, en consecuencia, para esta misión: principio de legalidad en cuanto a las atribuciones específicas del juzgador);
v. Control cumplido conforme a un procedimiento regulado (que debe hallarse previsto, para ese efecto, en la ley: principio de legalidad a propósito del procedimiento) (p. 634.).

Cabe indicar que estas verificaciones, depende de las facultades que el ordenamiento jurídico interno de cada país le hayan concedido a los jueces; en nuestro sistema jurídico se dice que varias de estas, no son posibles; he ahí el aporte de la investigación, puesto que la Corte Interamericana ya se ha pronunciado al respecto, señalando que los jueces no pueden alegar la falta de competencia o falta de facultad para aplicar normas convencionales.

Por lo expuesto, para la aplicación del bloque de convencionalidad en una acción de protección, los jueces deben asegurarse de la armonía entre la norma internacional (bloque de convencionalidad) y la normativa interna; debiendo así, siempre aplicar el principio *pro homine* o pro persona, ejercer dicho control de oficio, como parte de los órganos vinculados a la justicia (para evitar futura responsabilidad del Estado) y como garantes y protectores de derechos constitucionales (juez investido de jurisdicción constitucional en el contexto de la acción de protección).

Asimismo, deben aplicarlo de oficio sin necesidad de la alegación de las partes (*iura novit curia*); y en cuanto a la competencia del juez, es absoluta, el de aplicar el control de convencionalidad, verificando el principio "*pro homine" y a su vez el* principio de "aplicación directa e inmediata".

3.2.3.3.2 Interpretación conforme

Por otra parte, otro método compartido en la presente investigación es la interpretación conforme, en que Hernández (2013), siguiendo al doctrinario alemán "Simón", propone algunos parámetros para la aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución para el control de convencionalidad, siendo éstos los siguientes:

> Toda interpretación conforme a la Convención presupone, como algo evidente, que la norma en cuestión es susceptible de interpretación en general. Las normas con un contenido unívoco son o bien compatibles, o bien incompatibles con la Convención; en estos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la Convención que se sitúa entre ambos extremos.
>
> La interpretación conforme a la Convención "no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación de la propia Convención"
>
> No tiene sentido una interpretación conforme a la Convención, si una norma la viola en cualquier interpretación imaginable.

> Las normas convencionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la legislación interna tiene que subsistir. Ello supondría una interpretación de la CADH conforme al ordenamiento interno. (p.654-655)

Es decir, no tiene sentido realizar una interpretación conforme, cuando lo que se pretende es aplicar la propia Convención Americana; por ello, el autor es claro, al indicar que las normas existentes son compatibles o no con la convención; y a su vez es más explícito al señalar que las normas convencionales en general no deben interpretarse desde la máxima de la subsistencia del ordenamiento jurídico interno, en razón que se desnaturaliza el propósito de las normas convencionales, que es el de servir de contención al poder público de los Estados partes y proteger derechos humanos.

Sin embargo, no se descarta la interpretación conforme de las normas convencionales, en el sentido de que éstas, pueden servir de guía, para la interpretación de alguna norma, cuando ésta no resulte inconvencional del todo, utilizando este método de interpretación aunado al principio *pro homine*, debiendo aplicarla del modo más favorable, demostrando así, ser garantista de derechos humanos.

Al respecto señala Ferrer (2011) juez de la Corte Interamericana lo siguiente:

> ***Dicho "control" es aplicable a cualquier tipo de sistema de control constitucional existente en América Latina, sin que se dirija exclusivamente a los "jueces constitucionales***". Lo anterior debido, como lo trataremos de evidenciar, a que el "control difuso de constitucionalidad" no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al "parámetro" de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de "armonizar" la norma nacional con la convencional; lo cual ***significa realizar una "interpretación conforme***" de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencial convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas "interpretaciones" contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad, se realiza un "control" de la interpretación que no cubra dicho parámetro. Y este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la "inaplicación" o "declaración de invalidez" de la norma inconvencional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello. (p.535) (resaltado nuestro).

En consecuencia, la interpretación conforme es una herramienta hermenéutica para la aplicación del control difuso de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, en el sentido de armonizar el derecho interno a lo establecido en la Convención Americana.

3.2.3.3.3 Interpretación sistemática

La interpretación sistemática parte de la premisa, que el derecho es un sistema; por tanto, cada norma tiene su "asidero en otra norma jerárquicamente superior"; este tipo de interpretación, especialmente en un sistema como el ecuatoriano, viabiliza la aplicación del control de convencionalidad; al respecto afirma Jinesta (2012) que:

> Resultará más incisivo y determinante en los ordenamientos jurídicos nacionales que establecen un órgano de control de constitucionalidad que puede declarar la "inconvencionalidad" de una norma local y por consiguiente, anularla y expulsarla del ordenamiento jurídico con efectos jurídicos generales. (p. 10).

Tomando en cuenta que lo dicho dependerá de la jerarquía de tratados.

Respecto a este punto, si bien es cierto el control de constitucionalidad en el Ecuador actualmente es concentrado en la Corte Constitucional, puesto que los jueces ordinarios solo cuentan con la consulta en el contexto de un caso particular, proceso que en su conocimiento y con dudas razonables, pueden suspender y elevar a consulta a dicho ente especializado; quien se pronunciará sobre la constitucionalidad o no de la norma consultada.

Eso no resta facultad a los jueces para que a través del control de convencionalidad aplicado a casos concretos, puedan ellos mismos aplicar directamente las normas convencionales por ser contrarias a la normativa ecuatoriana, aunque se tratase de la constitución; o si es el caso, aunque no sea contraria a las normas convencionales aplicar éstas preferentemente sobre la constitución por ser más favorables; al final, ese es el propósito y fin de la justicia constitucional y más aún de una garantía jurisdiccional constitucional como lo es la acción de protección; es decir indudablemente se debe aplicar el control de convencionalidad.

En razón de lo dicho, al respecto se señala que los derechos establecidos en la Convención no necesariamente son *per se* más favorables, para ello, en concordancia con lo expresado por Ferrer (2011), los jueces son los encargados de estudiar cada caso concreto y determinar lo más favorable a las personas; y en ese sentido:

> es válido que un juez nacional decida apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH, siempre y cuando "exprese las razones" por las cuales considera que el estándar interpretativo creado en la jurisprudencia convencional es menor al que

> aplicará en el caso particular. Lo anterior no puede entenderse como argumento para no considerar la obligatoriedad del estándar mínimo, toda vez que ese parámetro sirve, en sí mismo, para lograr la efectividad de los derechos fundamentales de forma "sistemática" y como parámetro mínimo para ejercer el "control difuso de convencionalidad" (p. 598)

Sin embargo, tal como apunta Jinesta (2012) se identifica que existen factores determinantes para la aplicación del control de convencionalidad, uno de ellos es la "Constitucionalización" del parámetro de convencionalidad; y el otro es el reconocimiento de su carácter eventualmente "supra constitucional"; cuando señala que:

> Puedan ejercer un control de convencionalidad incisivo y extenso, dado que, en los ordenamientos jurídicos nacionales, donde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se le reconoce la condición de componente del parámetro o bloque de constitucionalidad, teniendo las convenciones y declaraciones en la materia, por influjo de una tesis tradicional y desfasada, el rango, potencia, resistencia y jerarquía de una simple ley ordinaria o, a lo sumo, supra legal pero infra constitucional, el control de convencionalidad enfrentará serias dificultades para su plena realización e implementación (p. 11)

Los dos aspectos señalados, ocurren en el caso ecuatoriano y resultan indispensables para que los tribunales puedan resolver en el caso de las acciones de protección. Esto quiere decir, que en los ordenamientos jurídicos en los cuales se concede el parámetro de convencionalidad "al derecho internacional de los derechos humanos y al *corpus iuris* interamericano", como lo es el caso de Ecuador, prevalecerá lo más favorables a las personas en razón del principio *pro homine*; por lo que las posibilidades del ejercicio del control de convencionalidad son exponenciales, en tanto los encargados de realizarlo posean los conocimientos suficientes para tal efecto; puesto que existen normas expresas, herramientas, mecanismos jurídicos y el respaldo constitucional; más sin embargo, por desconocimiento o por varias otras razones, en muchas ocasiones, no se aplica.

No obstante, el control de convencionalidad no se aplica en todos los casos, solo en los casos difíciles en los que la normativa internacional resulte más benigna a la persona; ya que para los casos fáciles sencillamente está la subsunción de normas o aplicación directa de norma expresa, encuadrando los hechos en los supuestos previsto por la norma jurídica.

3.2.3.3.4 Interpretación progresiva y principios de interpretación en materia de derechos Humanos

Por último, otro sustento angular del control de convencionalidad está basado en el principio de progresividad de los derechos humanos y en diversos principios que rigen su interpretación; los cuales ha optimizado Nogueira (2003) y otros autores han definido en los siguientes términos:

Los principios pro cives, favor libertatis o pro homine: En razón de los cuales, la duda sobre la regulación o el reconocimiento en materia de derechos humanos respecto de la norma que se debe aplicar, bien de derecho constitucional o referida al derecho internacional de los derechos humanos incorporada al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el juez, en su acción de protección deberá decantarse o inclinarse por aquella que menor proteja los derechos de la persona, de forma coherente y sistemática respecto del contenido axiológico de valores y principios que rigen el ordenamiento jurídico.

El principio de progresividad o de integralidad maximizadora del sistema: Este principio comprende la constante evolución de los derechos humanos, aspecto notorio desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, respecto de la actualidad, los cuales se han ampliado y diversificado en cuanto a sus contenidos y las garantías que les respaldan.

El principio de retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos: Este principio consiste en que el juez nacional debe aplicar la norma más favorable al ser humano sin realizar distinciones o tratos diferenciados, respecto de que si la norma es de derecho interno o pertenece al sistema internacional; para el caso ecuatoriano se debe tomar en cuenta el principio *pro homine.*

El principio de indivisibilidad de los derechos: Los derechos humanos son indivisibles, puesto que forman parte de un sistema y en ese sentido no existe injerencia entre unos y otros; todos sin excepción deben ser tutelados de la misma manera, aspecto que se encuentra plasmado en la Constitución del Ecuador (2008). Corroborando lo dicho tomamos en cuenta lo señalado en los artículos 10 y 11 numeral 6), en los cuales expresamente se establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la "Constitución y en los instrumentos internacionales"; a su vez que el ejercicio de los derechos, se regirá, de entre otros principios, por el que "son inalienables,

irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía"; obviamente sin perjuicio de efectuar la debida ponderación en casos específicos.

El principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos: Los derechos humanos se aplican de forma directa, no es necesario que medie regulación en normas de rango legal o constitucional para evadir su aplicación, es decir, ante la falta o defectuosa regulación debe prevalecer la plena vigencia de los mismos.

El principio de interpretación teleológica o finalista: El fin último que persiguen las normas convencionales en materia de derechos humanos, será la protección más efectiva y eficiente de estos, frente a las vulneraciones; por lo tanto, toda interpretación que se dé, debe basarse en esta finalidad.

Las normas que limiten o restringen el ejercicio o goce de los derechos humanos siempre deben aplicarse en sentido restrictivo: Es decir, no se debe ni se puede aplicar a través de la analogía limitaciones preestablecidas a otros derechos, así como tampoco se debe extender o ampliar las limitaciones más allá de lo previsto.

3.2.3.4. Análisis de caso práctico: Acción de Protección en el cantón Ibarra

ACCIÓN DE PROTECCIÓN CAUSA No. 10333-2019- 02054
UNIDAD MULTICOMPETENTE CIVIL
CON SEDE EN EL CANTÓN IBARRA

La acción de protección objeto del análisis, se realiza con la finalidad de evidenciar inaplicación del control de convencionalidad o su limitada e inadecuada utilización, evidenciado en las falencias de las que adolecen las resoluciones de esta garantía jurisdiccional; para ello, se ha recurrido a la revisión de una **Acción de protección llevada a conocimiento ante Juez Constitucional (Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Ibarra de Imbabura) y su respectiva apelación ante la Corte Provincial de Imbabura.**

El análisis del presente caso tiene el objetivo, no de criticar el accionar de autoridades públicas que haya emitido un acto administrativo; o, del juez/a o Jueces que hayan tenido conocimiento de la acción de protección revisada; sino más bien hacer notar que una acción que contenga restablecimiento de derechos o alegación de violación de los mismos, debe ser analizada en su conjunto de una forma consciente y técnica, para evitar que sean vulnerados los derechos, tanto los invocados en la acción planteada, como otros que no sean señalados en ella, pero que se deriven de los hechos relatados, ya sean éstos derechos constitucionales o derechos humanos.

Por otro lado, si ya se ha provocado la presentación de una petición de la acción de protección ante un juez constitucional y pese a que ésta haya sido resuelta en sentencia a favor del peticionario, declarando, tanto que "es procedente la acción de protección", como que "existe vulneración de derechos", no hay que olvidar que ésta debe tener motivación suficiente.

Al hablar de motivación, no solo basta mencionar o citar que se resuelve en base a la constitución y demás normas internas del Estado y tratados y convenios internacionales, sino que además, se debe aplicar o utilizar y hacer mención en armonía, las normas que componen el andamiaje convencional, constante en el *corpus iuris latinoamericano,* obviamente, referente al caso en concreto a resolver; lo que significa que se debe conocer y aplicar en forma eficaz el "control de convencionalidad" para que éste, alcance su finalidad absoluta o plena; debiendo el juez o jueza señalar con exactitud y en su integridad, el articulado convencional, referente a los derechos vulnerados, dictando medidas o reparación si fuese necesario; y a su

vez, para que en el caso de ser recurrida la sentencia emitida, la falta de motivación no provoque una errada decisión en la apelación, sino más se logre la confirmación de su decisión.

EXTRACTO

PARTES PROCESALES:

LEGITIMADO ACTIVO:
Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga

LEGITIMADOS PASIVOS:
- PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría en calidad de Gerente General MOVIDELNOR E.P.
- Ing. Roberto Benavides Z. en calidad de Jefe de Talento Humano MOVIDELNOR E.P.
- Dr. Iñigo F. Salvador Crespo en calidad de Procurador General Del Estado.

El ciudadano Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga, presenta ante la Unidad Multicompetente Civil con sede en el cantón Ibarra, ACCIÓN DE PROTECCIÓN amparado en los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) y artículos 26, 32, 39, 40, 41 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

PRETENSIÓN CONCRETA: El accionante solicita que en sentencia constitucional se declare la vulneración de sus derechos constitucionales y reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y se declare la nulidad del Memorando N° MEP-DTH-2019-509-M, con fecha 30 de julio de 2019, suscrito por PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, Gerente General de MOVIDELNOR EP., la reparación integral, material e inmaterial del daño que se ha causado, se disponga inmediata e incondicionalmente a la Empresa Pública de Movilidad del Norte, proceda al reintegro al servicio de ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA y se garantice a su persona el cumplimiento cabal del contrato firmado, sin dar lugar a represalias o conductas internas que dificulten el normal desempeño de sus funciones, se disponga la sanción contra los funcionarios que incurrieron en la elaboración del Memorando en mención, que, no siendo una falta leve, afecta gravemente el desempeño de las funciones e intereses respecto del diligente servicio público.

HECHOS: El ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA con cédula de ciudadanía No. 0401810247, con domicilio en el cantón Montúfar, provincia Carchi, ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales en la Empresa Pública de Movilidad del Norte (MOVIDELNOR E.P.), previo haber cursado la respectiva fase de Formación de siete meses, para el desempeño de las funciones de Agente de Tránsito; su relación laboral la versa en relación a tres contratos de servicios ocasionales:
1° CONTRATO: Rige desde el 1 de octubre del 2018 al 31 de diciembre del 2018.
2° CONTRATO: Rige desde el 1 de enero de 2019 al 31 de marzo del 2019.
3° CONTRATO: Rige desde el 1 de abril de 2019
Con "Memorando N° MEP-DTH-2019-509- M, de fecha 30 de julio de 2019", se da por terminado de forma unilateral el tercer contrato de prestación de servicios ocasionales, a la fecha 31 de julio del 2019.

PRIMERA INSTANCIA

SENTENCIA DE FECHA 28 DE OCTUBRE DEL 2020

JUZGADO MULTICOMPETENTE CIVIL CON SEDE EN EL CANTON IBARRA

La acción de protección planteada versa sobre el acto administrativo *"Memorando N° MEP-DTH-2019-509- M, de fecha 30 de julio de 2019",* suscrito en la ciudad de Ibarra, por el Gerente General de MOVIDELNOR EP., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, a través del cual se notifica a ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación unilateral del tercer contrato de Servicios Ocasionales, razón por plantea acción de protección, alegando que dicho acto administrativo, vulnera: **derechos de protección, derechos de libertad, derechos laborales; y, a la seguridad jurídica, reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos"**.

En ese orden de ideas, el legitimado activo procede a realizar la argumentación en su acción planteada, sustentando la vulneración de cada uno de los derechos antes mencionados, refiriéndose así:

1. **DERECHOS DE PROTECCIÓN:**

> **De la Motivación:** En el mencionado memorando se cita la norma legal por la cual se llega a dicha resolución, incluso citando el respectivo literal correspondiente al contrato firmado por el accionante con fecha 1 de abril de 2019. No obstante, por disposición del artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución (2009); las resoluciones deben 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. …

De lo anterior, se desprende que el accionante alega falta de motivación del acto administrativo mediante el cual se le notifica el cese de sus funciones; falta de motivación que constituye vulneración al debido proceso en garantía de la motivación (aspecto que en lo posterior se evaluará en detalle en relación a la argumentación dada por los jueces conocedores de la acción en primera y segunda instancia).

2. **DERECHOS DE LIBERTAD:**

Continua el accionante esgrimiendo sus argumentos, en cuanto a los **DERECHOS DE LIBERTAD, refiriéndose específicamente al derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, manifestando:**

> … DERECHOS DE LIBERTAD. Derecho la igualdad formal, material y no discriminación: El artículo 66, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación, esto garantiza a toda

> persona el disfrute de los derechos que resultan fundamentales al hablar de la dignidad humana. Lo expuesto no solo contempla un reconocimiento formal dentro de la legislación interna y los instrumentos internacionales, sino materializar el real ejercicio de los derechos. La Constitución también establece a la igualdad y no discriminación como principios, entendiendo su aplicación no solo le corresponde al Estado, sino a todas las personas dentro de sus actuaciones, de ahí que el Estado debe estar vigilante al respeto y cumplimiento de este principio que expresamente señala: "Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religió, ideología filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, deficiencia física, ni por cualquier otra distinción personal o colectiva temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación". …

Por ello el legitimado activo considera que dichos derechos y principio fueron vulnerados al momento en que MOVIDELNOR EP., a través de su representante legal (Gerente General), da por terminado de forma unilateral su relación contractual, indicando que dicha empresa en algún momento para su contratación, emite criterios favorables relacionados con su situación profesional, certificando con documentación suficiente la capacidad técnica y personal que él mantenía para el desempeño efectivo y eficaz de su plaza laboral.

Asimismo, aunado a los argumentos constitucionales señalados anteriormente, el accionante, en un ejercicio hermenéutico sistemático, cita lo señalado por el "Comité de Derechos Humanos", expresando:

> … El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha definido a la discriminación como: "Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basa en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Con la finalidad de señalar que existe un amplio desarrollo tendiente a garantizar la igualdad y no discriminación, conviene señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado invariablemente que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable. …

Por lo expuesto indica que los motivos para la terminación unilateral del contrato ocasional despiertan inquietud, si se toma en consideración que es una persona de entre un total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los cuales son 534 Agentes de Tránsito "activos" al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA. De esta manera señala que es

posible inferir que las razones por las que se dio la terminación unilateral del contrato ocasional, al no estar debidamente establecidas en el Memorando N° MEP-DTH-2019-509-M, son por motivos discriminatorios, considerando no haber recibido en toda su experiencia laboral como Agente Civil de Tránsito, ninguna amonestación disciplinaria; habiendo, por el contrario, la institución contratante haber extendido certificado de suficiencia de su capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de sus funciones.

En ese orden de ideas, a su vez, el legitimado activo, apunta lo expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con lo que hace notar lo constante en instrumentos internacionales de derechos humanos y en decisiones de instituciones que garantizan la no vulneración de derechos humanos, mismos que son relevantes para la motivación del caso que se analiza; y, continúa señalando:

> … En esta misma línea, la Comisión IDH ha determinado que una distinción constituye discriminación cuando "**a)** hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; **b)** la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; **c)** no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue". Trasladando la antedicha disposición a los hechos que fundan la presente acción, el tratamiento dado por MOVIDELNOR EP., en contra del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA fue discriminatorio en razón de: Haber sido diferenciado del total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los cuales son 534 Agentes de Tránsito Activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA sin un motivo objetivo y razonable establecido en el Memorando N° MEP-DTH-2019-509-M. El motivo de la terminación unilateral del contrato ocasional se da sin sustento en faltas disciplinarias o de cualquier otra naturaleza que justifiquen la mencionada decisión; y por el contrario, el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA ha certificado con documentación suficiente (adjuntada a la presente acción) su capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de sus funciones en la empresa pública. Así se puede concluir la falta de una justificación objetiva y razonable establecida en el Memorando N° MEP-DTH-2019-509-M para la terminación unilateral del contrato ocasional. Al no haberse establecido un objetivo a realizarse en el Memorando N° MEP- DT1I-2019-509-M, por el que se da la terminación unilateral del contrato ocasional, no existe una razonabilidad respecto a la proporcionalidad del mencionado objetivo y el medio empleado (la terminación unilateral del contrato ocasional). Los hechos que motivan la presente acción, al cumplir las condiciones establecidas debidamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no se instituyen como una distinción personal pura y simple del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, sino que se erigen como constitutivos de violación del legítimo derecho de igualdad formal, material y protección contra la discriminación. …

Por último, en cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, el legitimado activo cita jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador referida al test de

igualdad; es decir, a grosso modo el accionante otorga suficientes herramientas al Juez para argumentar su decisión. Cabe indica que expresa:

> … Sobre esta base normativa, la Corte Constitucional, para el período de transición, señaló que el test de igualdad: "... no puede ser estático, sino, que se puede adoptar en relación a la gradualidad o la intensidad de la medida que afecta a un derecho fundamental, para lo cual se relaciona con los siguientes presupuestos: si la injerencia de la medida adoptada por una norma, interviene directamente en los principios constitucionales y, si ésta se encontraba prohibida de forma expresa por la Constitución, como es el caso de la discriminación, el examen de igualdad, será estricto; es decir el principio se aplica *prima facie*; y, cuando exista el deber de proporcionar una protección; el derecho a la igualdad, es exigible (...) Para responder la pregunta, se debe tener presente, una diferencia de trato en relación con el principio de igualdad: el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia (...) no solo debe buscar un fin legítimo, cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo. Es importante, Señor/a Juez/a, manifestar que el ejercicio de los derechos se rige por una serie de principios constitucionales establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y en los Tratados Internacionales debidamente ratificados. En este sentido, el artículo 3 numeral 1 de la Constitución de la República instituye como una obligación primordial del Estado garantizar sin ningún tipo de discriminación el efectivo goce de todos los derechos; así también el artículo 11 numeral 2 que a modo general prohíbe la discriminación por cualquier condición temporal o permanente de la persona, que tenga por resultado o finalidad el menoscabo en el goce o ejercicio de derechos y consagra la prohibición de discriminación como principio irrenunciable de toda persona en cualquier ámbito, por lo tanto es el Estado que debe generar todas las acciones necesarias para tan grave improperio contra la dignidad de la persona del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA. …

Posteriormente, el accionante procede a argumentar la **vulneración del DERECHO A UNA VIDA DIGNA** señalando que:

> … El derecho a la vida digna se constituye y así lo ha delineado la Corte Constitucional, como el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución, y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la Ley, con lo cual se convierte en premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones. Pero así mismo la Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la vida reconocido en el Texto Constitucional, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de dignidad. Cabe indicar que el accionante presenta cargas familiares, por cuanto tiene un hijo menor de edad de nombres Thiago Nicolás Chiliquinga Caicedo nacido en 1 de julio de 2013 en

Tulcán provincia del Carchi. Adicional a ello, por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Servicio Público, al tenor del artículo 58, se menciona: La contratación de personal ocasional para la ejecución de actividades no permanentes, no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje, deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Trabajo. Para constatar el cumplimiento de dicho inciso, se pone a conocimiento que el total de agentes de tránsito en el desempeño de sus funciones es 534. De entre los cuales, los miembros de la última promoción son 211, que mantienen contrato por prestación de servicios ocasionales con MOVIDELNOR. Es necesario mencionar que el total de funcionarios de la citada institución son de 715, por lo que se estaría vulnerando los derechos laborales del porcentaje excedente del personal que mantiene contrato por prestación de servicios ocasionales con la empresa pública, motivo por el que se insta a través de su autoridad los descargos correspondientes a fin que MOVIDELNOR E.P., su representante legal presente el contrato celebrado el 1 de abril de 2019 con el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, y justifique no encontrarse incumpliendo la normativa vigente en el Ecuador y lo que sería peor, violentando flagrantemente los derechos laborales constitucionales de los funcionarios que prestan servicio en la institución. …

Asimismo, se alega la **vulneración del DERECHO AL TRABAJO** en los siguientes términos:

… En el artículo 33 de la Constitución de la República del Ecuador se menciona: El trabajo es un derecho y un deber social y un derecho económico, fuente de la realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. Considerando que con fecha 1 de octubre de 2018 se celebró la firma del primer contrato por prestación de servicios ocasionales, compareciendo en debida forma ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA ante el representante legal de MOVIDELNOR EP y prestó servicios profesionales desde aquella fecha cabalmente hasta el 30 de julio de 2019, fecha en que se notificó a al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral, firmado por el Gerente General de MOVIDELNOR EP., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, mediante Memorando N° MEP-DTH-2019-509-M. Es preciso señalar la vulneración flagrante de las disposiciones del artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, en que se menciona: "Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario". En el Memorando N° MEP-DTH-2019-509-M, no se ha considerado el régimen laboral en el cual se da la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales prestados por el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA. Si bien aparece su firma inserta en los instrumentos contractuales y se establece la sujeción a las disposiciones de las normas regulatorias del régimen de contratación ocasional, a pesar de no reconocerse una estabilidad laboral, la pérdida de los demás derechos laborales no se contemplan por su misma naturaleza. Así, alegar la imposición arbitraria de la voluntad del Estado a través de MOVIDELNOR EP y su Gerente General, PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, con el fin de vulnerar los derechos

> laborales, históricamente consagrados en la legislación nacional, es imposible en la concepción del Estado de derechos y justicia social. Adicionalmente, todas las referencias del Memorando N° MEP-DTH-2019- 509-M han sido establecidas en un evidente fraude a la Ley y por lo tanto son nulas, a pesar de la existencia de un contrato debidamente suscrito por el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA y la sujeción al régimen de contratación ocasional; que no significan bajo ninguna circunstancia la renuncia al derecho ciudadano y obligación pública de blindar todo acto proveniente de su voluntad de la diligente motivación, teniendo como consecuencia la imposición arbitraria de la voluntad pública a través de MOVIDELNOR EP y su Gerente General, PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría; cuando de por medio solamente significó un desmedro de los derechos del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA como profesional y como ciudadano ecuatoriano. …

Por último, el accionante alega la **vulneración del derecho a la SEGURIDAD JURÍDICA**, argumentando de la siguiente forma:

> … La Empresa Pública de Movilidad del Norte, debió aplicar lo que disponen los siguientes artículos de la Constitución de la República del Ecuador: "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. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 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. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.". "Artículo 426 Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán 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 la invoquen expresamente". La inobservancia de lo señalado y el desconocimiento de los derechos antes singularizados, implica vulnerar el derecho a la seguridad jurídica. A la seguridad jurídica Gustavo Ariel Kaufman en su obra "La Seguridad Jurídica y el Progreso Económico", la concibe así: "Cuando la experiencia le enseña al hombre que sus predicciones acerca de las consecuencias jurídicas de sus actos se cumplen con gran exactitud, y esa experiencia se reconfirma con el transcurso del tiempo, el hombre adquiere progresiva certeza acerca del cumplimiento de sus expectativas jurídicas, lo cual afianza su confianza en el sistema jurídico bajo el cual se desenvuelve"14. La seguridad jurídica es el fin que persigue el sistema jurídico, por eso nuestra Constitución la ubica en la categoría de derecho fundamental, por tal razón terceros no avasallarán derechos ajenos y que el Estado sancionará a quienes lo hagan". La seguridad jurídica se logra por la certidumbre y confianza en el Derecho y por medio del Derecho. La seguridad jurídica, según la ha configurado el Tribunal Constitucional español, es la suma de una serie de factores, entre ellos, la certeza, la legalidad, la jerarquía

> normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de lo no favorable, la prohibición de la arbitrariedad; sobre estos factores se funda la seguridad jurídica y confiere a la sociedad: orden, justicia, equidad e igualdad en libertad. La Corte Constitucional, en la sentencia No. 023-13-SEP-CC, señaló: "El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, determina el principio de seguridad jurídica, el mismo que se halla articulado con el cumplimiento de las normas constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano; para aquello, y para tener certeza respecto a una aplicación normativa acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera, se logra conformar una certeza de que la normativa existe en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional. Análisis del derecho a la seguridad jurídica: Se infiere que toda persona en el país, debe tener la certeza de que existe una normativa previa, que le da la convicción y confianza de que todos sus bienes y actos están protegidos y regulados por reglas conocidas y no están sujetos a la improvisación y arbitrariedad de quienes deben garantizarlas; pero además la certeza de que estas normas reconocen y garantizan sus derechos conforme al marco constitucional, es decir que existen y serán aplicadas siempre de la manera que más favorezca la vigencia de los mismos; que aun cuando existieren contradicciones normativas se aplicarán por todas las autoridades administrativas o judiciales para cumplir con el deber más alto del Estado de respetar, hacer respetar y garantizar los derechos. La seguridad jurídica está ligada a las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y garantizar, es decir que el marco legal y la institucionalidad estatal debe estar estructurado para no permitir que el Estado vulnere derechos, para no permitir que sus integrantes lo hagan, y para garantizar el goce de los mismos. De esta normativa se extrae que existen argumentos legales necesarios, que hubiesen permitido que al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA conservar su función como servidor público. …

Tal como se observa, el accionante, sin que ésta sea su obligación, alega y presenta al juez constitucional una serie de argumentos que son de vital importancia para la motivación de su sentencia; en ese sentido, posterior a la realización de la respectiva audiencia, el juez constitucional procede a realizar la motivación de su decisión, la cual en principio enuncia los artículos constitucionales y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que hacen referencia a la naturaleza, objeto, legitimación, requisitos, improcedencia y procedimiento de la Acción de Protección, aspectos que no nos detendremos a revisar, ya que no es lo primordial para nuestra investigación, puesto que el fin del análisis de la sentencia es "visibilizar si se aplicó o no y en caso de aplicarse de qué manera, o en qué medida se realizó el control de convencionalidad en el caso de ésta garantía constitucional".

En este sentido, inicia la tarea de argumentación del juez constitucional de primera instancia, estableciendo los límites del problema jurídico, que para él consiste en determinar (de forma textual), si:

> … de los hechos propuestos en esta acción de protección y especialmente del Memorando N° MEP-DTH-2019-509- M, con fecha 30 de julio de 2019, con el cual se notificó al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral, firmado por el Gerente General de MOVIDELNOR EP., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría en la ciudad de Ibarra, **existe alguna vulneración de los derechos que indica el accionante en su demanda de acción de protección**. … *(la negrilla es nuestra)*

Aspecto que compartimos parcialmente, puesto que el juez en su rol de juez constitucional no solamente debe determinar **si existe o no alguna vulneración de los derechos que indica el accionante en su demanda de acción de protección, sino que además debe ir más allá de lo alegado y probado por las partes**, puesto que, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia 016-13-SEP-CC de fecha 16 de mayo de 2013, la carga argumentativa en la garantía constitucional de acción de protección le corresponde al juez constitucional, ello, por distintas razones, como la naturaleza misma de la acción, por ser procedente, sin formalidades **implica que el juez debe evaluar cada caso concreto y determinar si se trata de un asunto de mera legalidad o uno que incide en la esfera constitucional de los derechos**.

En ese orden de ideas, señala la sentencia objeto de estudio, que se deja constancia de los siguientes aspectos:

> … PRIMERO.- Que existe un acto de autoridad pública no judicial, emitido por MOVIDELNOR EP., a través de PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, en su calidad de Gerente General, de fecha 30 de julio de 2019, mediante el cual se notificó al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral. SEGUNDO.- Que en efecto, entre MOVIDELNOR EP., y el ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, existía una relación contractual, sujeta a un contrato de servicios ocasionales, que se rige por lo establecido en las normas de la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento General. TERCERO.- que la empresa MOVIDELNOR EP., con fecha 2 de septiembre de 2019, certifica a través del ingeniero Vladimir Chanalata Valle, Jefe de Educación y Seguridad Vial, que el ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, en las evaluaciones físicas cumplidas en el mes de febrero del año 2019, obtuvo un puntaje de 459 puntos, encontrándose Apto en las mismas; que además no registra

> sanciones. CUARTO.- Con lo dicho en la audiencia se estableció que el ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, es agente de tránsito y que estaba sujeto a una relación contractual de servicios ocasionales, al igual que 211 agentes de tránsito más de un total de 534 Agentes de Tránsito. QUINTO.- Los derechos constitucionales que a juicio de la parte accionante se han vulnerado son: el derecho a la motivación, que se encuentra dentro de los derechos de protección; el derecho a la igualdad formal y material, que está dentro del derecho de libertad; el derecho a una vida digna, que está dentro del derechos a la libertad; el derecho al trabajo; el derecho a la seguridad jurídica. SEXTO.- En el fondo del asunto, cual es, establecer si de los hechos narrados en la presente acción de protección y del acto administrativo, del Memorando N° MEP-DTH-2019-509- M, con fecha 30 de julio de 2019, con el cual se notificó al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral, firmado por el Gerente General de MOVIDELNOR E.P., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría en la ciudad de Ibarra, existe o no falta de motivación que vulnere los derechos de protección, como acceder de forma gratuita a la justicia, a la tutela efectiva, al debido proceso, a la defensa, a la seguridad jurídica, o si existe vulneración a los derechos de libertad contenidos en el Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador. …

Luego de lo señalado anterior, el juez constitucional arriba a las siguientes conclusiones: en PRIMER LUGAR, en lo que respecta a la "motivación" del acto administrativo, la sentencia señala la definición y los requisitos de validez establecidos en el Código Orgánico Administrativo; posteriormente, cita algunas sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador como la No. M227-12-SEP-CC, emitida dentro del caso No. 1212-11-EP, el 21 de junio del 2012, cuando establece que:

> Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último debe gozar, de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto. …

Cabe indica que, en ese sentido, el juez ponente (apelación: Corte Provincial de Justicia de Imbabura) concluye que el acto administrativo en cuestión, se compone de distintos acápites entre los cuales está una parte introductoria, base legal y conclusión, al respecto señala expresamente que:

> … El memorando referido, cotejado que ha sido con el Art. 100 del Código Orgánico Administrativo, sobre la motivación, aparece que si existe el señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. No existe la calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo, no es necesario por cuanto la ley y el reglamento que sirve de base para adoptar su decisión así lo establecen. Se explica la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos. Por tanto está debidamente motivado. Por otro lado, también cumple los criterios de lógica, razonabilidad y comprensibilidad, que la Corte Constitucional así los ha establecido. Al estar motivado, conforme se ha determinado, no existe vulneración de los derechos de protección, como acceder de forma gratuita a la justicia, a la tutela efectiva, al debido proceso, a la defensa, o, a la seguridad jurídica. …

Dejando señalado con lo dicho, que no existe vulneración del derecho al debido proceso, especialmente en lo referido a la motivación del acto administrativo. Por otra parte, pasa a analizar si se vulneran derechos de libertad establecidos en el artículo 66 de la Constitución, tal como lo alega la parte accionante; al respecto, el juez realiza una motivación amplia, fundada en aspectos doctrinarios, citando a autores como Camilo Moreno-Piedrahíta, H, Immanuel Kant, Giovanni Pico de la Mirandolla, Santo Tomás de Aquino, Francis Fukuyama, Ronald Dworkin, con la finalidad de delimitar un concepto de dignidad humana. Ciertamente la dogmática es una parte esencial que coadyuva en los procesos interpretativos, no obstante, en el marco de una sentencia de acción de protección, es necesario incorporar en la motivación todos aquellos fundamentos vinculantes para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en razón que aquello que se analiza supone la posible vulneración de derechos constitucionales y humanos; por lo tanto, DEBE DISPONERSE DE UNA FUERTE ARGUMENTACIÓN EN CUANTO AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, que como bien se ha expresado en este trabajo se compone no solo de derechos fundamentales, sino además, de principios, reglas y valores constitucionales, así como de todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos, suscritos por el Ecuador y de aquellos que más favorezcan a las personas.

Es por ello, que al argumentar sobre SI EXISTE O NO UNA VULNERACIÓN A LA VIDA DIGNA, es enorme la cantidad de instrumentos que pueden citarse al respecto, puesto que la dignidad humana constituye el eje transversal de los derechos humanos; es un “elemento angular”, que se puede evidenciar en los instrumentos internacionales de derechos humanos en general y también específicos del área que se trate. Sin embargo, la sentencia se limita a

desarrollar estos aspectos doctrinarios e inmediatamente a señalar lo dispuesto en la Constitución del Ecuador:

> … En este orden de ideas, el derecho a una vida digna que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios, es un derecho garantizado constitucionalmente, dentro de los derechos de libertad, que tiene que ver con la noción de la dignidad humana y el estado moral que los seres humanos poseen en virtud de su humanidad, su capacidad de autonomía y las cualidades humanas como la decisión de autogobernarse, la capacidad de proponerse metas valiosas y revisarlas críticamente, la capacidad de sopesar máximas individuales. La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 33, establece que El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. …

En ese sentido concluye que:

> (…)conforme lo establecido en el Constitución de la República del Ecuador, Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora. La Corte Constitucional del Ecuador en varias sentencias, y en especial en la No. 0116-16-SEP- CC, caso No. 0555-12-EP, determino que: "…la terminación de un contrato de servicios ocasionales, no implica vulnerar el derecho al trabajo, tampoco la estabilidad laboral de la persona, por cuanto éste tipo de contratos, se fundamenta en necesidades institucionales que no originan permanencia, y por tanto, no pueden reemplazar a los concursos para ingresar al servicio público. (…) Vulnerar el derecho al trabajo seria, en el caso de que a través de un acto administrativo se impida el empleo de una persona dentro de un puesto de trabajo en el sector público o privado; aspecto que no sucede en este caso.

Ahora bien, a pesar de la limitada argumentación en derechos humanos en el apartado anterior, al momento de analizar el derecho a la igualdad y no discriminación el juez da un vuelco a la argumentación y se refiere a distintos organismos de importancia cardinal en este aspecto, señalando que:

> … La ONU, ha establecido que los principios de igualdad y no discriminación son parte de las bases del estado de derecho. Como señalaron los Estados Miembros en la Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho, «todas las

> personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación» (párr. 2). También se comprometieron a respetar la igualdad de derechos de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (párr. 3). …

Posteriormente, argumenta lo dispuesto en la Constitución en el artículo 66, numeral 4, el artículo 11, y nuevamente se trastada al ámbito internacional citando el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, para posteriormente dar la definición de discriminación establecida en la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia; y señala:

> … Esta discriminación entendida como se lo ha dejado indicado, siempre atiende a un motivo o razón que puede ser de diferente índole. La propia Constitución del Ecuador y la normativa legal, ha establecido en favor de los grupos vulnerables, acciones afirmativas que promueven su igualdad. Los motivos o razones además están contenidos en varios instrumentos internacionales, que los especifican, más sin embargo, han dejado una cláusula abierta para contemplar otras posibilidades, por tanto se entiende que esta enumeración no es taxativa. De allí que la discriminación no solo puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugio, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica, o cualquier otra
>
> OEA, 2013 Art. 12. En el caso, el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, dice que entre un total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los cuales son 534 Agentes de Tránsito Activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte, ha sido el único al que se le ha notificado con la terminación unilateral de su contrato de servicios ocasionales. De esta manera es posible inferir que las razones o motivos por las que se dio la terminación unilateral del contrato ocasional, al no estar debidamente establecidas en el Memorando N° MEP-DTH-2019-509-M, son por motivos discriminatorios al no haber recibido en toda su experiencia como Agente Civil de Transito ninguna amonestación disciplinaria; habiendo, por el contrario, certificado suficiencia en su capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de sus funciones.

En ese sentido el juez, complementa la argumentación convencional citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando determina que:

> … una distinción constituye discriminación cuando "a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue".

Es preciso señalar que, en razón de lo citado, el juez constitucional avanza manifestando:

> … que la antedicha disposición a los hechos que fundan la presente acción, el tratamiento dado por MOVIDELNOR EP., en contra del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA fue discriminatorio en razón de: Haber sido diferenciado del total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los cuales son 534 Agentes de Tránsito Activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA sin un motivo objetivo y razonable establecido en el Memorando N° MEP-DTH-2019-509-M. El motivo de la terminación unilateral del contrato ocasional si bien se da en función de lo determinado en el literal f) del Art. 146 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, que dice relación a la terminación unilateral de contrato por parte de la autoridad nominadora, sin que fuere necesario otro requisito previo, si bien tiene sustento reglamentario, éste documento si provoca un diferente trato del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA en relación a los demás agentes de tránsito de MOVIDELNOR E.P.,que se encuentran en situación similares, es decir bajo la relación contractual de servicios ocasionales; por otro lado, la deferencia en que se pone al antes referido ciudadano al haber sido notificado con la terminación de su contrato no tiene una justificación objetiva y razonable, ya que al momento en que ésta autoridad constitucional consultó a la Procuradora Judicial de MOVIDELNOR E.P., el porqué de dicha notificación solo al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, se limitó a informar que él está dentro de un plan de notificaciones de terminación de contratos ocasionales, debido a que se ha disminuido el presupuesto anual de MOVILDERNOR E.P., debido a que había perdido una acción de protección en el cantón Huaca de la provincia del Carchi, sobre los foto radares, sin que se haya evidenciado dicho plan de notificaciones, con otra notificación o se haya presentado, dicho plan; así tampoco evidenció de forma objetiva que se haya reducido su presupuesto. Por otro lado, la única notificación de la terminación del contrato ocasional efectuada al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, no hace que el presupuesto vuelva a ser equilibrado, ni que provoque un ahorro sustentable para dicha Empresa, lo que hace que tan decisión no sea ni objetiva ni razonable. …

Asimismo, continua el juez argumentando sobre el sustento de la decisión administrativa, en atención a la razonabilidad de la decisión de terminación de la relación laboral, y dice:

> … Finalmente la notificación de terminación no tiene sustento en faltas disciplinarias o de cualquier otra naturaleza que justifiquen la mencionada decisión; y por el contrario, el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA ha certificado con documentación suficiente (adjuntada a la presente acción) su

> capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de sus funciones en la empresa pública MOVIDELNOR E.P.; tampoco existe una razonabilidad respecto a la proporcionalidad del mencionado objetivo y el medio empleado (la terminación unilateral del contrato ocasional). Los hechos que motivan la presente acción, al cumplir las condiciones establecidas debidamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vulneran el derecho de igualdad formal, material y protección contra la discriminación.

Por último, en consonancia con lo anterior, concluye que se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica en virtud del incumplimiento del artículo 66.4 de la Constitución de la Republica. Y en ese sentido, declara:

> … la vulneración del derecho constitucional contenido en el Art. 66. 4, que dice relación a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, en función de la motivación anteriormente referida y se ordena que la Empresa Pública MOVIDELNOR E.P., reintegre al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, en la misma modalidad de contrato a la Empresa MOVIDELNOR E.P., en el sitio en donde desarrollaba su trabajo, durante el tiempo que dura ésta modalidad de contratación dentro de las instituciones públicas o proceder a realizar los trámites legales correspondiente a fin de crear dicho puesto de trabajo de manera permanente y llamar al respectivo concurso de méritos y oposición, para lo cual la Empresa MOVIDELNOR E.P., deberá establecer la correspondiente partida presupuestaria y dotarle de recursos necesarios, por el tiempo que determina la ley para este tipo de contratos ocasionales; esto se lo hará de forma inmediata, luego de que se haya notificado de ésta resolución por escrito y que se encuentre debidamente ejecutoriada. Ejecutoriada que sea la presente sentencia se remitirá copia certificada a la Corte Constitucional conforme lo determina el Art. 86. 5 de la Constitución de la República del Ecuador. Concédase el Recurso de Apelación interpuesto de forma oral por parte de la Procuradora Judicial de MOVIDELNOR E.P, sujeto el mismo a la fundamentación. Mientras dure el contrato ocasional se MOVIDELNOR E.P, debe garantizar el cumplimiento cabal del contrato, sin dar lugar a represalias o conductas internas que dificulten el normal desempeño de sus funciones. No se disponga la sanción contra ningún funcionarios que elaboró el Memorando N° MEP-DTH-2019-509-M, de fecha 30 de julio de 2019, suscrito por PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, Gerente General de MOVIDELNOR E.P. NOTIFÍQUESE.

Como se pude observar, en la presente decisión el juez realiza un ejercicio de interpretación más profundizado en unos aspectos que otros, **realizando un control difuso de convencionalidad parcial, al momento de argumentar sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, sin embargo, la sentencia carece de fundamentación convencional en cuanto a la motivación de los demás derechos alegados.** Como se expresaba en párrafos anteriores, en casos de acción de protección la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional ha dispuesto que la carga argumentativa recae en el juez constitucional, puesto que la única manera de garantizar el debido proceso constitucional, es que el juez exprese de

forma lógica, comprensible y razonable los motivos de su decisión, aunado que los jueces tienen la obligación de preservar la naturaleza de la acción de protección, procurando que no se solape con la justicia ordinaria; es por ello, que **el juez, tal como lo realiza, aunque de forma tímida e ínfima, debe delimitar la dimensión constitucional de los derechos vulnerados;** es por ello que la argumentación debe realizarse desde la aplicación de la Constitución y avanzar con los instrumentos que componen el bloque de constitucionalidad, efectuando de esa forma un control de convencionalidad.

Concluyendo así, que la sentencia emitida por el Juez constitucional en primera instancia, pese a que emite un fallo favorable al accionante, NO REFLEJA UN PERFECTO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, ya que en su argumentación y motivación al referirse a vulneración de derechos, no se analiza de forma adecuada los derechos alegados por el accionante, dejando de lado su vulneración, por ende no señala instrumentos internacionales de derechos humanos a plenitud; por tanto es una sentencia limitante y por ende indeleble, que desemboca en su propia fractura o resquebrajamiento, en la apelación; ya que si un Juez constitucionalidad al emitir su fallo favorable al accionante, como en el caso analizado, menciona que se ha vulnerado derechos humanos y da la razón al accionante, debe justificarlo, tanto con la prueba argumentativa como por la alegación de normas legales y convencionales que comprueban y denoten la vulneración de derechos constitucionales y humanos; y el hecho que se haya reconocido la vulneración de un derecho, no significa que no se hayan vulnerado otros más.

El juez, bajo sus funciones de juez constitucional y siendo conocedor del derecho, tiene el deber de argumentar correctamente para garantizar el derecho de las partes, puesto que, de no hacerlo, incurre *per se* en otra vulneración de derechos.

El juez constitucional, necesariamente, al resolver una acción de protección, debe abordar por los aspectos constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos; puesto que todo aquello forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Los jueces que conocen dicha garantía constitucional, constituyen el primer filtro que garantiza la debida y eficaz protección a los derechos humanos; ya que de lo contrario abren la puerta a iniciar diversas acciones, en primer lugar de jurisdicción nacional que pudieren representar de no resolverse de forma ajustada a derechos humanos, una responsabilidad internacional para el Ecuador; por lo tanto es responsabilidad de cada administrador de justicia y del Estado en sí,

educar y reeducar a los operadores de justicia en todas las instancias, en materia de derechos humanos y de los mecanismos que poseen para su aplicación, como lo es, el control de convencionalidad.

SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA DE FECHA 22 DE ENERO DEL 2020

SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA

El juez ponente de la Corte Provincial, efectúa un análisis a las garantías del Debido Proceso en la Justicia Constitucional, iniciando con el debido proceso establecido en el artículo 76, en ese sentido realiza referencia a la legalidad procesal consagrada en el artículo 76.3 ibídem, resaltando que "sólo se puede juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento" lo cual a su decir se complementa con el artículo 75 y 82 de la carta magna.

Por otro lado, anuncia lo establecido en el artículo 8.5 de la Ley ***Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,*** indicando que:

> … es el marco jurídico normativo-procesal que ha de observarse para efectos del conocimiento y resolución sobre acciones constitucionales jurisdiccionales, y en ese marco, ha previsto que, en estos casos, *"No serán aplicables las normas procesales ni aceptables los incidentes que tiendan a retardar el ágil despacho de la causa"*, con lo que, se materializan los principios de sencillez, rapidez y eficacia que implica la tutela constitucional. Estas previsiones constitucionales y legales, tienen su correspondencia con la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José) del 22 de noviembre de 1969, ordenamiento jurídico interamericano del cual es suscriptor el Ecuador, y por el que se exige a los Estados partes, la observancia de Garantías Judiciales como la prevista en el Artículo 8.1 en el sentido de que *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,…".*

En ese sentido, continua su argumentación en la línea de definir a la justicia constitucional citando al autor Zavala Egas, y dice:

> "*…no puede concebirse la existencia de la jurisdicción constitucional sin que preexistan a ella los siguientes presupuestos en el ordenamiento jurídico**: a)** Una Constitución escrita y rígida**; b)** La Constitución como norma jurídica directamente aplicable; **c)** El principio de supremacía constitucional; y, **d)** La institucionalización de la jurisdicción constitucional";* es decir, deben coexistir: Una normativa contenida en la Constitución, indispensable para el juzgamiento pertinente; la Constitución con sentido de norma jurídica propia, invocable y aplicable en forma directa, sin mediación alguna, con un peso específico de

> precepto para los jueces y tribunales; el grado superior del Ordenamiento Jurídico que la Constitución comporta para la construcción del derecho positivo; y, la potestad de administrar justicia especializada en materia constitucional, propia e independiente, que como nos dice SCHEUNER, *sea la instancia institucionalmente orientada al mantenimiento y vigencia de una Constitución"*., por tanto, ha de ser sobre la base de estos presupuestos, que el caso ha de dilucidarse para establecer si ha existido o no vulneración de derechos de los accionantes indígenas. …

Así, continúa indicando que se "ha construido en el Ecuador la Justicia Constitucional no solamente como un mecanismo de protección a las garantías fundamentales, a través del juzgamiento y reconocimiento de un derecho fundamental lesionado, sino para apuntalar el gran principio de la seguridad jurídica". Y señala que las garantías del debido proceso son:

> … elementos insoslayables para el efectivo cumplimento de la justicia constitucional y esas garantías tienen como objeto y finalidad el de *"garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional"* al tenor del artículo 1 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, siendo obligación de los jueces constitucionales *"administrar justicia constitucional sin que se pueda suspender ni denegarla por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica"* por la previsión del artículo 2.4 ibídem. …

Con ello y en ese sentido, realiza un análisis de los presupuestos de legitimación de la apelación y concluye que éstos se encuentran cumplidos y por tal razón de ha admitido dicho recurso. Por consiguiente, procede a analizar de acuerdo al mérito de los autos los derechos declarados como vulnerados en primera instancia, iniciando así, con la falta de **motivación,** señalando con el componente de la razonabilidad, que:

> … La Constitución de la República en su artículo 76.7 letra l) reconoce la garantía de la motivación como sustento democrático del poder estatal, ello quiere decir – como afirman muchos tratadistas, estudiosos, legos y no legos del constitucionalismo- dar razones de las decisiones que se tomen mediante resoluciones, actos administrativos o fallos. La Corte Constitucional ecuatoriana nos ha delimitado los parámetros que debe cumplir un proceso motivacional para que tenga concordancia constitucional, y nos ha precisado que son tres básicamente: **"*Para que exista una correcta motivación deben confluir tres aspectos fundamentales que son la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad*".** La Razonabilidad, que debe ser entendida, -en palabras de la Corte Constitucional- *"como un juicio de adecuación del caso con los principios y normas constitucionales a las que se suman las normas de derechos humanos contenidas en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional; que una sentencia es razonable en tanto y en cuanto se armoniza al derecho constitucional vigente y apropiado para resolver un caso, de modo que se muestre*

que el criterio del juzgador se fundamenta en normas e interpretaciones que guardan conformidad con la Constitución y no en aspectos que colisionen con esta". En el caso, el cuestionamiento de "falta de motivación" no es relativa a la actuación del juez sino del acto impugnado, por tanto, ello es lo que ha de evaluarse; así, el acto denominado MEP-DTH-2019-509-M del 30 de julio del 2019 mediante el cual se da por terminada la relación contractual ocasional habida entre el accionante Isaac Chiliquinga y la Empresa accionada Movidelnor EP, no va en contra de las disposiciones constitucionales o de las normas de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; por el contrario, el acto impugnado se ha producido en aplicación del ordenamiento jurídico en materia de servicio público, es decir, en relación con el artículo 146 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio de Público y además en cumplimiento del mismo contrato de servicios ocasionales, al que de manera voluntaria, el accionante se ha sometido con la Empresa Pública Movidelnor. Tanto la LOSEP cuanto su Reglamento gozan de la presunción de Constitucionalidad y ello ha sido aplicado por la empresa accionada.

Posteriormente, se analiza el elemento lógico del acto administrativo, cuando se dice:

… En cuanto a la logicidad del acto impugnado y que así mismo, en palabras de la Corte Constitucional, es *"la coherente existencia de conclusiones jurídicas respaldadas por las premisas que componen la resolución, vinculadas por medio de juicios establecidos en base a reglas. La lógica debe ser entendida como la coherencia e interrelación de causalidad que debe existir entre los presupuestos de hecho, las normas jurídicas aplicadas al caso y por consiguiente, con la conclusión adoptada por los jueces, es decir entre las premisas fácticas, premisas normativas y la conclusión obtenida*". Para determinar si el acto impugnado contiene el requisito de lógica es necesario analizar si la premisa fáctica guarda concordancia con la premisa normativa aplicada por la autoridad accionada y que éstas, a su vez, guarden relación con la decisión o acto adoptados; en el caso, la premisa fáctica es la existencia de una relación contractual por servicios ocasionales habida entre Isaac Chiliquinga y la Empresa Pública Movidelnor; en tanto que las premisas normativas, son las previstas por el artículo 146 del Reglamento General de la LOSEP y cláusula TERCERA del contrato celebrado, el 1 de abril del 2019 (según ha afirmado el accionante) que han previsto la ***"terminación unilateral de los contratos de servicios ocasionales por parte de la autoridad contratante"***; es decir, se trata de una facultad administrativa de la autoridad que el mismo ordenamiento jurídico le autoriza, para que pueda dar por terminada una relación contractual de esa naturaleza; lo cual torna que el acto impugnado por el accionante mediante esta acción constitucional comparte lógica, ya que tanto la premisa fáctica (existencia de un contrato de servicios ocasionales habido entre el agente civil de tránsito Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga y la Empresa Pública Movidelnor del 1 de abril del 2019 hasta el 30 de julio del 2019), cuanto las normativas (formas de terminación Ley-contrato), llevan a una conclusión correcta (notificación unilateral de terminación del contrato ocasional).

Por último, se evalúa la compresibilidad del acto administrativo objeto de la acción de protección, cuando señala que:

> … Finalmente, la Corte Constitucional nos dice que *"El tercer y último requisito de la motivación es la comprensibilidad que se refiere al hecho de que los jueces garanticen a las partes procesales y al conglomerado social el entendimiento y comprensión directa de su razonamiento mediante el uso de un lenguaje claro y una adecuada construcción semántica y contextual"*. Al respecto, y trasladando estos presupuestos al acto impugnado, se ha podido observar que su contenido es muy claro y entendible en el idioma castellano que es uno de los reconocidos oficialmente por la Constitución, dice en su texto: ***"Memorando No. MEP-DTH-2019-509-M.- Ibarra, 30 de julio del 2019. PARA: CHILIQUINGA CHIRIBOGA ISAAC JACOBO. AGENTE CIVIL DE TRANSITO. ASUNTO: Notificación de terminación de Contrato de Servicios Ocasionales. De mi consideración: Por el presente me dirijo a usted; para poner en su conocimiento que el 31 de julio del 2019 termina su relación laboral con la Empresa Pública de Movilidad "Movidelnor EP" (…) En consecuencia, Notifico a usted, cumpliendo con lo expuesto en las disposiciones legales antes enunciadas. La Empresa Pública de Movilidad MOVIDELNOR EP le agradece por los servicios brindados durante este tiempo (…) Particular que informo, para los fines legales pertinentes. Atentamente PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría GERENTE GENERAL"***. Un documento totalmente claro y entendible para cualquier ciudadano que, al menos haya cursado un nivel mínimo de escolaridad en el Ecuador. De lo cual, el acto impugnado, comporta suficiente motivación conforme exige el ordenamiento jurídico constitucional y legal. Una correcta motivación, como bien nos enseña la Corte Constitucional debe contener estos parámetros mínimos; no se trata de consignar normativa y doctrina ampulosa para decir que una resolución o acto de poder público se encuentre motivada o no; la motivación es sencilla: Dar razones suficientes, lógicas y claras de una decisión, y ello, contiene el memorando en ciernes; por tanto, el argumento de falta de motivación del acto impugnado, no es procedente. …

En ese sentido, la sentencia de primera y segunda instancia son cónsonas al declarar que no existe falta motivación del acto administrativo, posteriormente, sin embargo, se denota que es tímida la argumentación convencional en dicho aspecto.

Posteriormente pasa a analizar el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, que el juez de instancia denomina "principio" aspecto que llama la atención a los investigadores puesto que evidentemente existe una diferencia sustancial entre un principio y un derecho constitucional, no obstante el juez, manifiesta:

> … En el caso, no se ha tratado de un proceso de evaluación a su desempeño y que haya incidido de manera ofensiva en alguna calificación para desvinculación sobre la base de criterios discriminatorios de los previstos en el artículo 11.2 de la Constitución de la República (*etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud portador de VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o*

> *permanente*); por el contario, simplemente se ha tratado de un ejercicio de competencias del servicio público, establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para la autoridad nominadora. Es más, se ha respetado el plazo para el cual ha sido contratado ocasionalmente mediante el contrato celebrado el 1 de abril del 2019 y que expiraba el 31 de julio del 2019; es decir, el accionante sabía con antelación que su relación contractual terminaba el 31 de julio del 2019 y esa condición se sometió de manera voluntaria; a lo mejor pudiese haber existido alguna vulneración en el caso hipotético de que el contrato de servicios ocasionales termine con antelación (*aunque dice la ley de la materia referida y el contrato suscrito, en cualquier tiempo*), de manera arbitraria, irrespetándose el pazo o por alguna causa atentatoria de los derechos contractuales previstos en el contrato; pero nada de ello ha sucedido; lo único que se trata, insistimos, es del ejercicio de una facultad de la autoridad, de conformidad con el ordenamiento jurídico regulador del servicio público y de la ejecución del contrato de servicios ocasionales por haberse cumplido el plazo para el cual el agente civil de tránsito Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga fue contratado por la Empresa Pública Movidelnor que fenecía el 31 de julio del 2019; en consecuencia, no se ha constatado vulneración alguna al principio de igualdad previsto por el artículo 66.4 de la Constitución de la Republica, debiendo desecharse también este argumento del accionante. …

Como se puede observar de forma clara, el juez ponente yerra en distintos aspectos, al motivar sobre la vulneración del derecho constitucional y humano a la igualdad y no discriminación; en primer lugar, hace referencia al artículo 11.2 de la Constitución que ciertamente establece una lista de criterios discriminatorios, mismos que no son taxativos, puesto que tal como se señaló en la sentencia de primera instancia y aspecto que ha sido reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando dice:

> … la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable. Los motivos para la terminación unilateral del contrato ocasional despiertan inquietud si se toma en consideración que es una persona de entre un total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los cuales son 534 Agentes de Tránsito Activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes. En esta misma línea, la Comisión IDH ha determinado que una distinción constituye discriminación cuando: "a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue". …

Aspecto que ni siquiera fue mencionado por el juez de segunda instancia, quien se limitó a realizar un examen de legalidad, estableciendo que se trata de un ejercicio de la autoridad pública, estudiando únicamente plazos y demás condiciones contractuales, aspecto que evidentemente se resume en un análisis totalmente legalista; es decir hace abundante alusión al plazo que regía el último contrato laboral, mismo que en ninguna parte del proceso

indica lo que él asevera; ya que si bien es cierto resolvió de autos, pero no puede hacer apreciaciones que no se justifican; me refiero a que, al analizar los derechos que el accionante indica que fueron vulnerados, entre ellos: la falta de motivación, al principio de la igualdad formal, material y no discriminación, al trabajo; y, a la seguridad jurídica, de forma clara hace un análisis indicando y asegurando que podría haberse vulnerado dichos derechos si el plazo del último contrato laboral del accionante no era el 31 de julio el 2019.

Hay que aclarar que en el proceso no se apareja el último y tercer contrato laboral, como tampoco el juez, en la sentencia de primera instancia asegura o menciona que el plazo del mismo fenece a 31 de julio del 2019; por lo que el juez ponente en segunda instancia aduce y mal asimila que es así. Dicho contrato tenía como plazo 31 de diciembre del 2019, claro está no fue incorporado al proceso por ninguna de las partes, ni de oficio a petición del juez; pero el juez de primera instancia en la parte resolutiva claramente señala:

… "*y se ordena que la Empresa Pública MOVIDELNOR E.P., **reintegre** al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, en la misma modalidad de contrato a la Empresa MOVIDELNOR E.P., en el sitio en donde desarrollaba su trabajo, **durante el tiempo que dura ésta modalidad de contratación** dentro de las instituciones públicas o proceder a realizar los trámites legales correspondiente a fin de crear dicho puesto de trabajo de manera permanente **y llamar al respectivo concurso de méritos y oposición**, para lo cual la Empresa MOVIDELNOR E.P., deberá establecer la correspondiente partida presupuestaria y dotarle de recursos necesarios, por el tiempo que determina la ley para este tipo de contratos ocasionales;" …*

Dando a entender con ello, que el contrato no finiquitaba el 31 de julio del 2020, como mal lo entendió el juez ponente, por lo que sin darse cuenta, da la razón al accionante, de que se vulneraron sus derechos, entre ellos: a la "falta de motivación", al "principio de la igualdad formal, material y no discriminación", al "trabajo"; y, a la "seguridad jurídica"; por lo que su análisis es meramente legalista o positivista y obviamente cerrado, el cual desnaturaliza el rol de un juez constitucional, en el marco de una acción de protección; es por ello, que a continuación se esbozan algunos de los argumentos relativos al caso que pudo haber utilizado el juez de la Corte Provincial en su obligación de impartir justicia constitucional, al momento de tener conocimiento de una acción de protección por apelación.

Primero, tal como se citó en la sentencia de primera instancia y por parte del accionante, -aspecto no considerado en la Corte Provincial- ha señalado la Corte Constitucional del Ecuador –lo cual ha ignorado la Corte Provincial- para determinar si ha existido o no

vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación debe realizarse un test de igualdad, cuando señala:

> ... no puede ser estático, sino, que se puede adoptar en relación a la gradualidad o la intensidad de la medida que afecta a un derecho fundamental, para lo cual se relaciona con los siguientes presupuestos: si la injerencia de la medida adoptada por una norma, interviene directamente en los principios constitucionales y, si ésta se encontraba prohibida de forma expresa por la Constitución, como es el caso de la discriminación, el examen de igualdad, será estricto; es decir el principio se aplica *prima facie*; y, cuando exista el deber de proporcionar una protección; el derecho a la igualdad, es exigible (...) Para responder la pregunta, se debe tener presente, una diferencia de trato en relación con el principio de igualdad: el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia (...) no solo debe buscar un fin legítimo, cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo. …

En ese sentido, este es un aspecto fundamental que ha obviado la sentencia de segunda instancia, y que tiene asidero constitucional y convencional, aspectos que son los que deben observarse en una acción de protección, puesto que su naturaleza es la "protección directa e inmediata de derechos constitucionales y humanos", no realizar un análisis de legalidad de un acto administrativo puesto que eso corresponde a las instancias ordinarias, el juez constitucional debe conocer y limitarse a su rol, el cual es lo suficientemente amplio e importante como parte del sistema de justicia y responsables de aplicar un primer filtro de convencionalidad. Lo anterior, se sustenta en un principio denominado el *iura novit curia,* por el cual, el juez es quien conoce el derecho; por ello se ha insistido en el trascurso del desarrollo del trabajo, que los jueces deben tener conocimientos amplios de los derechos constitucionales y humanos al encontrarse con la responsabilidad de resolver una acción de protección.

En ese orden de ideas, la Corte IDH -Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela- Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, ha emitido criterios relevantes, que podemos tomarlos para el caso analizado, mismos que son vinculantes para el Ecuador; el que expresa:

> … 149. **Más allá de la naturaleza del vínculo de las presuntas víctimas con la administración pública, o de la necesidad de determinar si –en virtud de una cláusula en su contrato– la autoridad respectiva tenía o no una facultad discrecional para darlo por terminado en cualquier momento, incluso sin motivación**, en el caso, **el Estado no ha dado una explicación circunstanciada y precisa acerca de los motivos de su decisión**. En casos como el presente no basta

> la mera invocación de conveniencia o reorganización, sin aportar más explicaciones, pues la debilidad de precisiones en cuanto a las motivaciones refuerza la verosimilitud de los indicios contrarios. 150. Por ello, **la Corte concluye que la terminación de los contratos constituyó una forma de desviación de poder, utilizando dicha cláusula como velo de legalidad para encubrir la verdadera motivación o finalidad real (…) (párr. 149-150)**

Lo anterior, se adecua al presente caso, puesto que se trata de una empresa pública en la cual se notifica el despido a una persona, de un universo de más de 700 servidores que se enmarcan dentro de las mismas condiciones; y al solicitar los motivos de la notificación de terminación laboral, se aduce únicamente, que se trata de un recorte presupuestario por otras obligaciones económicas que posee la empresa; aspecto que no resulta razonable puesto que el salario de una sola persona es irrisorio, frente a la antedicha obligación.

Asimismo, en la Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, se ha establecido que:

> … La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. (párr. 55) …

Asimismo, se ha dejado establecido en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18:

> … El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias. (párr.88) …

En ese contexto, la Corte IDH. en el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 2795, estableció que:

> … La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. (párr.200) …

Como se observa, lo anterior señalado, corresponde a aspectos relevantes que no ha tomado en cuenta la sentencia de segunda instancia, siendo que, el trato discriminatorio

recibido por el accionante no tiene justificación objetiva y razonable; a su ver es una evaluación que no fue realizada por este Juez constitucional, y que constituye inclusive una falta en el debido proceso constitucional. Cabe indicar que son aspectos de jurisprudencia convencional, relevantes y vinculantes para el Estado Ecuatoriano, que han sido observados por el máximo intérprete de la Constitución, es decir, la Corte Constitucional y que el juez ha desechado con el argumento de que se cumplió el lapso. El asunto es que más allá, de estar conforme o no con la vulneración del derecho, es su obligación motivar y explicar detalladamente las razones de su decisión; debe conocer las normas y jurisprudencia constitucional y convencional y aplicar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, y no únicamente limitarse a la legalidad.

Por otra parte, al referirse al derecho a la vida digna señala la sentencia de segunda instancia que:

> … Tal argumento, en todo caso cuestiona la estructura organizativa del talento humano de la Empresa Movidelnor, pero nada tiene que ver con aquella obligación del Estado de procurar a los ciudadanos a una vida digna; esta consiste en acceder a esos derechos traducidos en bienes y servicios que el Estado, obviamente, debe permitir y procurar de acuerdo con las competencias organizativas estatales sobre la base de la inversión pública, privada y mixta. Si el Estado reconoce el derecho a una vida digna según esta previsión constitucional, quiere decir, que es todo ese conjunto de derechos, en su integralidad, que deben traducirse en políticas públicas, porque la vida digna, no solamente se construye sobre la base de uno de esos derechos sino de todos. Esta previsión constitucional es el norte que debe guiar a toda la estructura institucional del Estado, al momento de construir su misión y su visión institucional; no quiere decir que el Estado tiene la obligación de darle trabajo a "alguien" para que viva "dignamente", a eso no se refiere esta previsión constitucional; por tanto, este argumento también debe ser desechado. …

El cual, a decir de los investigadores, está mal enfocado, puesto se refiere a derechos interrelacionados, tal como lo señala la Corte Interamericana en *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, cuando dice:

> … 173. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos (párr.173) …

Por otra parte, al referirse a la vulneración del derecho al trabajo señala que:

… El artículo 33 de la Constitución de la República, nos dice *"El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de una trabajo saludable y libremente escogido o aceptado"*. El argumento vulneratorio del accionante se sustenta sobre la base de que ***"Considerando que, con fecha 1 de octubre del 2018 se celebró el primer contrato por prestación de servicios ocasionales hasta el 30 de julio del 2019 que se le notificó su terminación (…) es preciso señalar la vulneración flagrante de las disposiciones del artículo 326.2 de la Constitución de la República en que se menciona que <los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contario>, en el memorando impugnado no se ha indicado el régimen laboral en el cual se da la terminación del contrato de servicios ocasionales prestados por Isaac Chiliquinga. Que si bien aparece su firma en los contratos y se establece la sujeción a las disposiciones de las normas reguladoras del régimen de contratación ocasional, a pesar de no reconocerse su estabilidad, la perdida de los demás derechos laborales no se contempla por su misma naturaleza (sic). Así, alegar la imposición arbitraria de la voluntad del Estado a través de Movidelnor y su gerente con el fin de vulnerar derechos laborales históricamente consagrados en la legislación nacional es imposible en la concepción del estado de derechos y justicia social (sic); (…) por tanto, el acto impugnado se trata de un fraude a la ley, que es nulo a pesar de la existencia de un contrato debidamente suscrito"***. Al respecto, el Estado en el artículo 33 de la Constitución de República ha previsto como un derecho del buen vivir, EL TRABAJO. Obviamente el trabajo es fuente de realización personal e Isaac Chiliquinga ha tenido acceso a ese derecho. La Empresa Movildenor le ha dado la oportunidad de servir, a través de ella, a los ciudadanos, y lo ha hecho de manera eficiente como bien han certificado el Ing. Vladimir Chanalata, Jefe de Educación y Seguridad Vial, así como la Jefa de Talento Humano, Ing. Mishell Yépez, sobre que no registra faltas disciplinarias. Pero como dijimos antes (supra), no nos encontramos frente a un proceso de evaluación de servidores públicos sino de la terminación unilateral de un contrato, en el cual, un servidor público, puede ser el mejor o uno de los mejores en su ámbito, pero eso no le habilita ni le da derecho para mantener una obligación contractual indefinida, contraviniendo la naturaleza contractual por la cual de manera voluntaria se obligó. Por la vía de la acción de protección no podemos los jueces "por muy constitucionalistas que seamos", cambiar la naturaleza de una relación contractual ocasional, a una posible indefinida, ni tampoco, alterar la estructura del talento humano de la Empresa Pública Movidelnor. Solamente el Ministerio del Trabajo puede hacerlo sobre las bases de su competencia constitucional y legal. Por tanto, esta alegación también se torna improcedente porque no existe vulneración alguna al derecho al trabajo. Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga, se sometió de manera voluntaria, a las condiciones legales de la contratación ocasional prevista por la LOSEP en tres ocasiones, y obviamente tal relación contractual ha terminado de manera clara mediante el Memorando No. MEP-DTH-2019-509-M del 30 de julio del 2019. Que los derechos derivados de la esa relación contractual no hayan sido satisfechos por la Empresa Movildenor, es otra cuestión de reclamo, pero no por la vía constitucional de la acción de protección. …

Sin embargo, es necesario destacar que en ningún momento se toma en consideración aspectos como el señalado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual señala que:

> … Artículo 23. 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. …

Evidentemente una de las formas de protección constitucional frente al desempleo, más allá de evaluar la situación contractual –aspecto que corresponde a la justicia ordinaria- el juez constitucional debe evaluar los motivos lógicos, razonables y comprensibles por los cuales se genera el despido, puesto que como se ha venido expresando el trabajo es un derecho humano y constitucional, y el juez está en la obligación de argumentar adecuadamente su decisión, realizando ejercicios de control constitucional y convencional.

Por último, la sentencia analiza la vulneración a la seguridad jurídica arguyendo que:

> … No podemos por la vía de la acción de protección, a decir del accionante, ***"superar la deficiencia del sistema de contratación ocasional en el sector público"***; eso está regulado por la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento General de aplicación que, como dijimos supra, están revestidos de la presunción de constitucionalidad y mientras esa normativa jurídica esté vigente y no haya sido reformada o derogada, pues las autoridades administrativas, tiene obligación de observancia y aplicación. No se ha vulnerado por tanto el principio de la seguridad jurídica, más bien la Empresa Movidelnor y su gerente han aplicado normas previas, claras y públicas, en el ámbito de sus competencias, conforme les regula la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento respecto de la contratación ocasional, así como el contrato mismo que, según previsión del artículo 1561 del Código Civil, es ley para las partes ***"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"***. Ergo, es lo que ha sucedido en la empresa Movildenor al dar por terminado de manera legal, reglamentaria y contractual, mediante el Memorando No. MEP-DTH-2019-509-M, del 30 de julio del 2019, el contrato de servicios ocasionales suscrito entre Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga el 1 de abril del 2019 con vigencia al 31 de julio del 2019No existe en consecuencia, vulneración de ninguno de los derechos alegados por el accionante de la referencia. …

Concluyendo así, con la decisión que "acepta el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Pública Movidelnor por no existir vulneración de ninguno de los derechos alegados"; y, "revoca la sentencia de primera instancia".

Una vez más se observó en la última parte del fallo, el juez constitucional se limita a realizar un análisis netamente legalista del caso que se presenta, cuando lo que le corresponde por obligación en el ejercicio de sus funciones y como parte del sistema de justicia del Ecuador, es "realizar control constitucional y convencional frente al caso concreto de la vulneración de la garantía constitucional de "acción de protección" que se le presenta.

El juez de segunda instancia no consideró ningún aspecto relacionado con la dimensión constitucional de los derechos vulnerados, ni como derechos constitucionales menos aún como derechos humanos; redujo a los derechos a una dimensión legal y no otorgó la importancia que reviste la justicia constitucional; es por ello, que su decisión carece de sustento y motivación y vulnera otros derechos como el debido proceso y la tutela judicial efectiva, que constituyen derechos constitucionales y humanos.

Los jueces en conocimiento de una garantía constitucional, y en especial de una acción de protección, deben salvaguardar los derechos constitucionales y derechos humanos, protegiendo su naturaleza misma, que es la de garantizar la no vulneración de dichos derechos, abordando principios como el "*iura novit curia"* y el "*pro homine"*, es decir, de ser necesario resolviendo en razón de una norma distinta a la invocada; y, siempre en favor de la persona humana; esto por sobre los aspectos de mera legalidad.

Por todo lo analizado la falta de aplicación, limitada aplicación o errada aplicación del control de convencionalidad en Ecuador, por parte de jueces constitucionales en una acción de protección, evidencia una clara vulneración o desprotección de derechos constitucionales y humanos.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

El control de convencionalidad se origina en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su fundamento de aplicación se deriva de las obligaciones emanadas de la suscripción de tratados y convenios internacionales.

El control de convencionalidad se configura como un mecanismo de contrastación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico interno de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que permite la verificación de su armonización para su aplicabilidad de lo más favorable a la persona, evitando la vulneración de derechos humanos.

En cuanto a la recepción del derecho internacional en el derecho interno en Ecuador, éste según lo señalado en los artículos 424 y 425 de la Constitución (2008), encaja en una teoría monista.

El contenido del control de convencionalidad abarca a todas y cada una de las actuaciones que realice un Estado, frente a los derechos humanos de las personas, es decir, se aplica de forma concreta en casos particulares y también de forma abstracta con carácter preventivo.

Los objetivos principales del control de convencionalidad se decantan en: prevenir violaciones a los derechos humanos; en cumplir obligaciones internacionales por parte de los Estados parte; y, consolidar un *ius comunne interamericano*.

El alcance del Control de Convencionalidad es amplio, puesto que no solamente lo realiza el órgano concentrado como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que se ha extendido de forma difusa como obligación *ex officio* a todos los Estados partes, en todas sus funciones (ejecutiva, legislativa, judicial, etc.) y en todos sus niveles.

El control de convencionalidad en el ámbito de los Estados partes, aplicado por las propias autoridades estatales, representa una serie de desafíos y retos, ya que la aplicación de este mecanismo resulta compleja y profunda en conocimientos de derechos humanos y constitucionales. La Corte Interamericana no impone un modelo de control de

convencionalidad a aplicar, sino que establece que debe ser de oficio, respetando las competencias de autoridades internas de cada Estado.

La aplicación del control de convencionalidad provoca un efecto supresivo de normas, cuando éstas sean declaradas inconvencionales; y un efecto preventivo desde la arista del Estado, en cuanto a creación normativa y legislación y desde la promoción de políticas públicas que prevengan la vulneración de derechos humanos.

El control de convencionalidad está dirigido a evitar vulneración de derechos humanos. Su aplicación evitaría demandas futuras en contra del Estado.

La Acción de Protección se ha consolidado en el marco del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. La Constitución prevé que los derechos constitucionales son de cláusula abierta, convirtiendo a dichos derechos en ángulo fundamental y eje transversal de las actuaciones estatales. La acción de protección se configura como una garantía jurisdiccional que no solo tutela derechos constitucionales, sino también derechos humanos.

La acción de protección al poseer una estrecha relación con la protección de derechos constitucionales y humanos, los jueces pueden y deben aplicar el control de convencionalidad en la resolución de las mismas. Este deber de aplicación tiene asidero en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en diversos aspectos como lo son: la cláusula abierta, aplicación directa de los derechos constitucionales y humanos; y, la prevalencia de los tratados y convenios en materia de derechos humanos, cuando estos últimos establezcan derechos más favorables a las personas de los señalados en la misma Constitución.

El estudio de una acción de protección conlleva a evidenciar retos y dificultades que presenta el control de convencionalidad en la aplicación de esta garantía constitucional, la que se constituye en jurisdicción constitucional como protectora de derechos constitucionales y derechos humanos por excelencia, frente a vulneraciones de particulares o el Estado según corresponda; con las particularidades señaladas en la Constitución (2008) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

Los jueces constitucionales que conocen acciones de protección deben realizar el primer filtro de convencionalidad de los casos puestos en su conocimiento, ya que la Corte Interamericana ha establecido ésta obligación; ello, no quiere decir que deban aplicar la Convención en todos los casos, el asunto es que los jueces deben conocer y dominar estos

instrumentos para en el caso de ser necesario (frente a normas internas que resulten inconvencionales o menos beneficiosas a la persona) puedan aplicarlo, afinado la relación existente entre las acciones de protección frente a la futura responsabilidad internacional que pudiera tener el Estado frente a vulneraciones de derechos humanos.

Los jueces constitucionales en las acciones de protección tienen la obligación de motivar adecuadamente sus sentencias a la luz del derecho constitucional y del control de convencionalidad, para lo cual, se encuentran dotados de estrategias y herramientas para garantizar una argumentación enérgica, como lo son la interpretación constitucional progresiva y todos los principios de interpretación en materia de derechos humanos.

La interpretación judicial es la actividad que llevan a cabo los jueces en el ejercicio de la actividad jurisdiccional que les está encomendada, consistente en determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas y otros estándares de relevancia jurídica (como los principios) que deben aplicar al caso concreto que están conociendo y que deben resolver.

Cada vez que se habla de interpretación jurídica e interpretación de la ley, en lo que se piensa comúnmente es en la interpretación judicial. Sin embargo, una diferencia trascendental entre la interpretación legal (es decir, aquella realizada por el órgano legislativo) y la interpretación judicial, es que la primera tiene obligatoriedad general, como quiera que se lleve a cabo mediante una ley, mientras que la segunda tiene obligatoriedad sólo respecto al caso de que se trate. Esta última está estrechamente ligada a la eficacia relativa de los fallos en favor de otros.

La falta de aplicación del control de convencionalidad en el Ecuador, o su limitada aplicación en sentencias judiciales emitidas por jueces constitucionales en acciones de protección, desvirtúan la naturaleza garantista de derechos constitucionales y humanos que ésta acción promueve, lo que evidencia una clara vulneración o desprotección de éstos derechos.

Se debe aplicar el control de convencionalidad en las acciones de protección para evitar vulneración de derechos constitucionales y humanos.

RECOMENDACIONES

Tener presente que el control de convencionalidad es un mecanismo creado al interior del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para propugnar por la defensa de los principios democráticos y los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Resonar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ideó el control de convencionalidad para controlar el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los Estados deben adoptar medidas para garantizar el cumplimiento de los tratados y derechos humanos reconocidos.

Se debe observar lo que contempla la nueva teoría denominada pluralismo constitucional, defendida por algunos autores, dando lugar a una nueva teoría que recoge lo mejor de cada una de las teorías clásicas (monistas y dualista) con miras a un criterio progresista de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno que garantice la protección de los mismos.

Si decimos que, un Estado es parte de la Convención Americana todos sus órganos están sometidos a sus decisiones; por lo tanto, éstos, deben velar porque los efectos otorgados a las decisiones no se reduzcan por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, como sostuvo la Corte en *Gelman contra Uruguay* en el 2011 (Dicho control ha permitido que distintos países avancen hacia la incorporación de estándares en la protección de derechos, a pesar incluso de que gobernantes de turno o mayorías representadas en el Parlamento u organizadas en un referendo, hubiesen defendido una posición diferente).

En materia de control de convencionalidad es indispensable, para su distinción y aplicación, exhortar a tener presente los tipos de control, es decir el "control concentrado de convencionalidad" que realiza únicamente la Corte Interamericana; y, "el control difuso de convencionalidad" que realizan los Estados, en el ámbito de sus competencias a través de todas sus autoridades; tipos que se conectan en cuanto al contenido y procedimiento del control, pero son diferentes en cuanto a los órganos que los efectúan.

No olvidar, que los Estados en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben realizar el control difuso de

convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte Interamericana. Ya que los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que estos no contraríen a la Convención Americana, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos.

Recordar de igual forma que la Corte Interamericana realiza el control concentrado de convencionalidad cuando verifica de forma subsidiaria que las disposiciones internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la Convención Americana sean acordes y no violenten su contenido.

Así también, se debe tener presente que las sentencias deben contener la razón jurídica que tiene el juzgador en una determinada resolución, en base al estudio y evaluación de las circunstancias particulares y específicas de la controversia, como de igual forma de los elementos probatorios que surjan durante el desarrollo del proceso; por ello un fallo correctamente motivado, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que ha sido fundamentado y según lo que se desprenda en el desarrollo del proceso, efectuando un control pleno de convencionalidad.

Por ello, es esencial tomar en cuenta que la motivación comprende la obligación por parte de los jueces de justificar racionalmente las decisiones judiciales y así garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva que impone el artículo 75 de nuestra Constitución (2008), tal es así que el fundamento de la sentencia debe lograr el convencimiento de las partes, en base a la justicia impartida.

Se debe cuidar que los juzgadores efectúen una verdadera motivación en sus resoluciones, la que permita el control de la actividad jurisdiccional, siendo que la motivación debe ser expresada claramente, completa, legítima y lógica, producto de los razonamientos e interpretaciones efectuados, a fin de determinar la verdad de las afirmaciones jurídicas, convencionales y lógicas.

Sobre el análisis del caso práctico de la acción de protección: Si bien en primera instancia el juez constitucional acepta la acción e protección por considerar que existe vulneración de un derecho constitucional; pero hay que recalcar que su motivación en materia convencional resulta escasa, pudiendo incurrir en otra vulneración de derechos constitucionales, como violación al debido proceso en la garantía de la motivación; para lo cual se proponen de igual manera algunas recomendaciones:

Se debe observar las fuentes de derecho internacional relativas a los derechos humanos por parte de los jueces que conocen las acciones de protección; puesto que, son la primera instancia constitucional a la que acceden las víctimas de vulneraciones de derechos constitucionales y humanos; por lo tanto, de resolverse el asunto de forma favorable, existirían menos implicaciones posteriores para el Estado, e incluso en razón de economía procesal; por otra parte evitarían otras vulneraciones de derechos, lo cual convertiría a la acción de protección en una garantía más eficaz y eficiente.

Una sentencia de primera instancia sobre una acción de protección, debidamente motivada bajo un efectivo control de convencionalidad, evitará el yerro de jueces en segunda instancia y por ende la revocatoria de la misma, en el caso de apelación.

Lo anterior, requiere necesariamente de una amplia y profunda capacitación a los jueces ordinarios, para lo cual sería conveniente una participación activa del Consejo de la Judicatura junto a la Corte Constitucional del Ecuador, a fin que los operadores de justicia sean educados en aspectos constitucionales y de derechos humanos; incluyendo claro está, el conocimiento de la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad como una herramienta que les permita ser más eficaces al momento de resolver.

Por último, en razón de que la Corte Interamericana ha señalado que el ámbito de aplicación del control de convencionalidad se extiende a todos los funcionarios del Estado y que debe ser de oficio, se recomienda que, en las mallas curriculares de educación, se incorporen la temática referida a la garantía y protección de los derechos humanos exclusivamente, debiendo aplicarlo en especial en acciones de protección a fin de no vulnerar derechos constitucionales no derechos humanos.

En forma general se recomienda aplicar el control de convencionalidad en las acciones de protección para evitar vulneración de derechos constitucionales y humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acosta, P. (2016). *Zombis vs. Frankenstein: Sobre Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.* Universidad Externado De Colombia. Estudios Constitucionales, Año 14, Nº 1 2016. p. 15-60.

Aguilar, G. (2017) *Control de convencionalidad y control de constitucionalidad: ¡juntos pero no revueltos!*. En. NOGUEIRA, H-y AGUILAR, G. (Coord.) Control de Convencionalidad - corpus iuris y ius commune interamericano - Editorial Triángulo, Santiago – Chile.

Aguirre, P. (2017). *El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Vol. 64.

Andino, W. (2011). *La Acción Ordinaria de Protección en el Derecho Constitucional. Análisis de la sentencia vinculante de La Corte Constitucional por destitución del presidente del Consejo de la Judicatura*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Alarcón, P. (2009) *Acción de Protección: Garantía jurisdiccional directa y ni residual. ¿La organización de la acción de protección?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Alarcón, P. (2013*). La ordinarización de la acción de protección*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito: Corporación Editora Nacional.

Albuja, F. (2015) *Ejecución de sentencias internacionales Mecanismos jurídicos para su efectividad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.

Alvarado, D. (2015). *La Acción De Protección: Principios Rectores De La Prueba Constitucional En El Ecuador*. Ambato: Universidad Regional Autónoma De Los Andes "UNIANDES"

Aparicio, M. (2008). *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Derechos: enunciación y principios de aplicación. Humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. Quito-Ecuador. Imprenta: V&M Gráficas, 1ra edición.

Ávila, R. (2008). *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008*, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / Tribunal Constitucional del Ecuador.

Brewer-Carías, A. y Santofimio, J. (2013). *Control de Convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia.

Caldas, R. (2016). *Impacto en el Continente Americano de la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. En P. Santolaya, & I. Wences, La América de los Derechos Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 385-398.

Calderón, R. (2014) El control de convencionalidad por parte de la justicia ordinaria ecuatoriana. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Carbonell, M. (s.f). *Introducción General Al Control De Convencionalidad*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 67-95.

Cifuentes, E. (1998). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Cuadernos Constitucionales*. México-Centroamerica, (27).

Castilla, K. (2012). *El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco*. En E. Ferrer Mac-Gregor, El Control Difuso de Convencionalidad. Querétaro: Ed. Fundap, p. 81-106.

Castilla, K. (2013). *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratado*. México: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen 13. p. 51-90.

Cevallos, A. (2009). *La Acción de Protección ordinaria formalidad y admisibilidad en Ecuador*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador.

Código Orgánico de la Función Judicial (2009).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Informe No. 86/09, caso 12.553 Fondo, *José, Jorge y Dante Peirano Basso vs. Uruguay*, 6 de agosto de 2009.

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969).

Corte Constitucional del Ecuador (2012). Sentencia No. 245-12-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2013). Sentencia Nº 080-13-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2013) Sentencia No. 034-13-SCN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2014a). Sentencia Nº 003- 14-SIN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2014b) Sentencia Nº 232-14-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2014c) Sentencia Nº 146-14-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2014d) Sentencia Nº 062-14-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2016). Sentencia Nº 016-16-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2017). Sentencia Nº 133-17-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia Nº 10·18·CN/19.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988). *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989). *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989) *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales*, sentencia del 15 de marzo de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997). *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001a). *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001b). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006a). *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006b). *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006c) *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez. 26 de septiembre del 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006d). *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, No. 187.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009a*) Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Caso Ibsen Peña Vs. Bolivia*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso Gelman Vs. Uruguay* Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012a). *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012b). *Caso Barrios Altos vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012c). *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 *Caso Gelman Vs. Uruguay* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) *Cuadernillo de Jurisprudencia Nº 7: Control de Convencionalidad.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016) *Andrade Salmón Vs. Bolivia*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*. Preguntas frecuentes / Corte Interamericana de Derechos Humanos. - San José, C.R.: Corte IDH. 2018.

Couture, E. (1958*). Fundamentos del derecho procesal civil.* 3ª edición, Buenos Aires, Roque de Palma Editor.

De Figuereido, R. (2017). *Estructura y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En A. Saiz, Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos Valencia: Tirant lo blanch. p.45-62.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y Razón.* Madrid. Trotta. 1989.

Ferrer, E. (2006). *El Derecho de Amparo en el Mundo, Breves notas sobre el Amparo Iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado),* Buenos Aires, Ed. Porrúa S.A.

Ferrer, E. (2011). *Interpretación Conforme y Control Difuso De Convencionalidad*. El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2 2011, p. 531 - 622

Ferrer, E. (2012). *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano.* En: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma. México: Porrúa-UNAM.

García, G. (2010). *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*. México: UBIJUS.

García, M. (2014) *El control de convencionalidad: la necesidad de su aplicación*. Guatemala de la Asunción: Universidad Rafael Landívar.

García, D. (2017). *El control de convencionalidad y sus problemas*. Pensamiento Constitucional N° 20, 2015, p. 135-160.

García, S. y Morales, J. (2013). *El Control de Convencionalidad: Construcciones y dilemas*, en: Eto Cruz, Gerardo: Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. Tomo II. Tribunal Constitucional- Centro de Estudios Constitucionales, Lima.

González, P. (2014*). Implementación de la Convención Americana de Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad.* Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

González, P. (2017). *La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad.* En Estudios Constitucionales Año 15 Nro. 1. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. p. 55-98.

Guamán, G. (2011) *La Acción De Protección Y Su Aplicación Por Parte De Los Jueces Constitucionales.* Quito: Pontificia Universidad Católica Del Ecuador.

Guastini, R. (2006). *Estudios sobre interpretación jurídica.* México: Porrúa.

Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Mínima Trotta & Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Gutiérrez, L. (2016). *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa.* Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, Nº. 64, p. 239-264.

Henríquez, M. (2014). *La polisemia del control de convencionalidad interno.* 24 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional - 113141, doi:10.11144/Javeriana.IL14-24.pcci; p. 115 - 116.

Hernández, R. (2013): *Apuntaciones sobre el control de convencionalidad en América Latina,* en: Eto Cruz, Gerardo: Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. Tomo II. Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Constitucionales, Lima.

Hernández, R. Fernández, C. y Baptista, M. (2010) Metodología de la investigación. Quinta edición. México: Mcgraw-Hill/ Interamericana Editores.

Herrerías, I. (2011). Control de convencionalidad y efectos de las sentencias. San José de Costa Rica: Universidad Panamericana.

Ibáñez, J. (2012). Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Santiago de Chile: Revistas Académicas de la Universidad de Chile Núm. 8.

Ibañez, J. (2017). Control de convencionalidad. México. Universidad Nacional Autónoma de México / Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Idrovo, D. (2015). El control de convencionalidad dentro de la estructura constitucional ecuatoriana: Propuestas para su implementación efectiva. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2015). *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. San José de Costa Rica.

Jimena, L. (2013) *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del dialogo judicial global y la tutela multinivel de derechos*. Navarra: Aranzadi.

Jinesta, E. (2012) *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales,* p. 269 – 288. En FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Ed. Fundap, México.

Malarino, E. (2018) Revista de la Facultad, Vol. IX N°2 – Nueva Serie II. (247-268).

Mancero, M. (2016). *Acción de y por incumplimiento un estudio desde la jurisprudencia en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. Programa de Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional.

Mejía-Lemos, D. (2014). *La doctrina del control de convencionalidad: una apreciación crítica de la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIV, 2014, p. 117-151.

Miranda, A. y Navarro, P. (2014). *El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano*. Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. Vol. 13, N° 26, p. 69-80.

Montaña, J y Porras, A. (2011). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Cuadernos de Trabajo*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)/Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito-Ecuador.

Nash, C. (2013) *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX, Bogotá, 2013. p. 489-509; 496 y ss.

Nogueira, H. (2012) *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales.* En: NOGUEIRA, H (Coord.) El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, Librotecnia, Santiago – Chile.

Nogueira, H. (2003) *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*. Ius et Praxis, vol. 9, no. 1.

Ñaupas, H., Mejía, E., Novoa, E., y Villagómez, A. (2014) *Metodología de la investigación cuantitativa-cualitativa y redacción de la tesis.* 4a. Edición. Bogotá: Ediciones de la U.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

Olano, H. (2016). *Teoría del control de convencionalidad.* Estudios Constitucionales: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 14, Nº 1, p. 61-94.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Real Academia Española (2019). Diccionario de español jurídico.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (1990) (Reglas de Tokio). Asamblea General de las Naciones Unidas, diciembre de 1990.

Sagüés, N. (2009). *El "Control de Convencionalidad" en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. concordancias y diferencias con el Sistema Europeo.*

Sagüés, N. (2010). *El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*. En: La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale commune en américa latina? Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, núm. 570 Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Sagüés, N. (2010). *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1, 2010, p. 117 - 136. ISSN 0718-0195.

Silva M. (2016). *Control de convencionalidad interno y jueces locales: Un planteamiento defectuoso*. Estudios Constitucionales 14, N°2, Santiago – Chile.

Silva, M. (2019*). La Corte Constitucional del Ecuador y el control de convencionalidad en el control concreto de constitucionalidad*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

Vásconez, M. (2019). *La Corte Constitucional del Ecuador y el control de convencionalidad en el control concreto de constitucionalidad*. Universidad Central del Ecuador.

Vítolo, A. (2013). *Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad*. Pensamiento Constitucional, N°18.

ANEXOS

SENTENCIAS OBJETO DE ANALISIS

PRIMERA INSTANCIA

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No: 10333201902054, PRIMERA INSTANCIA
Fecha de Notificación: 28 de octubre de 2019

UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE CIVIL CON SEDE EN EL CANTÓN IBARRA

En el Juicio No. 10333201902054, hay lo siguiente:

Ibarra, lunes 28 de octubre del 2019, las 16h10, SENTENCIA DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN CAUSA No. 10333-2019- 02054 UNIDAD MULTICOMPETENTE CIVIL CON SEDE EN EL CANTÓN IBARRA I. ANTECEDENTES VISTOS: La acción de protección ha sido propuesta por el Señor, ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, ciudadano ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía número 040181024-7, mayor de edad, de estado civil soltero, con domicilio en el Cantón Montufar calle Mejía y los Andes, que es la persona afectada por las acciones y omisiones que vulneran sus derechos; comparece, comparece para interponer acción de protección, amparado en las disposiciones de los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución de la República del Ecuador y artículos 26, 32, 39, 40, 41 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en contra de los legitimados pasivos: PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, Gerente General MOVIDELNOR E.P.; Ing. Roberto Benavides Z„ Jefe de Talento Humano y el Dr. Iñigo F. Salvador Crespo, PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, al haberse dictado un acto administrativo, que consiste en un Memorando Nº MEP-DTH-2019-509- M, de fecha 30 de julio de 2019, mediante el cual se le notificó al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral, firmado por el Gerente General de MOVIDELNOR EP., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría en la ciudad de Ibarra. Resumen de la demanda.- El señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, comparece ante ésta autoridad constitucional y amparado en lo que dispone el Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo que establecen los Arts. 26, 32, 39, 40, 41 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presenta ACCIÓN DE PROTECCIÓN, indicando los siguientes hechos: El ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, con cédula de ciudadanía No. 0401810247, con domicilio en el Cantón Montufar, provincia del Carchi, ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales en la Empresa Pública de Movilidad del Note (MOVIDELNOR E.P.) con fecha 1 de octubre del 2018, después de haber cursado la respectiva fase de Formación de siete meses previo al desempeño de sus funciones. Con fecha 1 de octubre de 2018 se celebró la firma del primer contrato por prestación de servicios ocasionales, compareciendo en debida forma ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA con el representante legal de MOVIDELNOR EP. Con fecha 1 de enero de 2019 se celebró la firma del segundo contrato por prestación de servicios ocasionales, compareciendo en debida forma ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA con el representante legal de MOVIDELNOR EP. Con fecha 1 de abril de 2019 se celebró la firma del tercer contrato por prestación de servicios ocasionales, compareciendo en debida forma ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA con el representante legal de MOVIDELNOR EP. Contrato con el cual se encontraba laborando hasta el 30 de julio del 2019. Que mediante Memorando Nº MEP-DTH-2019-509- M, con fecha 30 de julio de 2019, se le notificó al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral, firmado por el Gerente General de MOVIDELNOR EP., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría en la ciudad de Ibarra. Faltando el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M, de fecha 30 de julio de 2019, a los derechos de protección, a los derechos de libertad, a los derechos laborales; y, a la seguridad jurídica reconocidos en la Constitución de la

República del Ecuador y en los Instrumentos sobre Derechos Humano, ratificados por el Estado y que se especificarán en los siguientes apartados. VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES CONFORME LO DICE EL ACCIONANTE.- 1. DERECHOS DE PROTECCIÓN. De la Motivación: En el mencionado memorando se cita la norma legal por la cual se llega a dicha resolución, incluso citando el respectivo literal correspondiente al contrato firmado por el accionante con fecha 1 de abril de 2019. No obstante, por disposición del artículo 76, numeral 7, literal 1); las resoluciones 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. 2. DERECHO DE LIBERTAD. Derecho a la Igualdad Formal, Material y no Discriminación: El artículo 66, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación, esto implica garantiza a toda persona el disfrute de los derechos que resultan fundamentales al hablar de la dignidad humana. Lo expuesto no solo contempla un reconocimiento formal dentro de la legislación interna y los instrumentos internacionales, sino materializar el real ejercicio de los derechos. La Constitución también establece a la igualdad y no discriminación como principios, entendiendo su aplicación no solo le corresponde al Estado, sino a todas las personas dentro de sus actuaciones, de ahí que el Estado debe estar vigilante al respeto y cumplimiento de este principio que expresamente señala: "Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religió, ideología filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, deficiencia física, ni por cualquier otra distinción personal o colectiva temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. Derechos y principio que fueron vulnerados al momento en que MOVIDELNOR EP., a través de su representante legal y Gerente General, así como los funcionarios que formaron parte del proceso de terminación unilateral del contrato ocasional con el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA y a su vez quienes emitieron criterios relacionados con su situación profesional, a pesar que la misma institución pública ha certificado con documentación suficiente su capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de la plaza laboral que mantenía con la ya mencionada empresa. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha definido a la discriminación como: "Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basa en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Con la finalidad de señalar que existe un amplio desarrollo tendiente a garantizar la igualdad y no discriminación, conviene señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado invariablemente que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable. Los motivos para la terminación unilateral del contrato ocasional despiertan inquietud si se toma en consideración que es una persona de entre un total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los cuales son 534 Agentes de Tránsito Activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA. De esta manera es posible inferir que las razones por las que se dio la terminación unilateral del contrato ocasional, al no estar debidamente establecidas en el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M, son por motivos discriminatorios al no haber recibido en toda su experiencia como Agente Civil de Transito ninguna amonestación disciplinaria; habiendo, por el contrario, certificado suficiencia en su capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de sus funciones. En esta misma línea, la Comisión IDH ha determinado que una distinción constituye discriminación cuando "a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue". Trasladando la antedicha disposición a los hechos que fundan la presente acción, el tratamiento dado por MOVIDELNOR EP., en contra del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA fue discriminatorio en razón de: Haber sido diferenciado del total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los cuales son 534 Agentes de Tránsito Activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA sin un motivo objetivo y razonable establecido en el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-

M. El motivo de la terminación unilateral del contrato ocasional se da sin sustento en faltas disciplinarias o de cualquier otra naturaleza que justifiquen la mencionada decisión; y por el contrario, el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA ha certificado con documentación suficiente (adjuntada a la presente acción) su capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de sus funciones en la empresa pública. Así se puede concluir la falta de una justificación objetiva y razonable establecida en el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M para la terminación unilateral del contrato ocasional. Al no haberse establecido un objetivo a realizarse en el Memorando Nº MEP- DTII-2019-509-M, por el que se da la terminación unilateral del contrato ocasional, no existe una razonabilidad respecto a la proporcionalidad del mencionado objetivo y el medio empleado (la terminación unilateral del contrato ocasional). Los hechos que motivan la presente acción, al cumplir las condiciones establecidas debidamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no se instituyen como una distinción personal pura y simple del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, sino que se erigen como constitutivos de violación del legítimo derecho de igualdad formal, material y protección contra la discriminación. Sobre esta base normativa, la Corte Constitucional, para el período de transición, señaló que el test de igualdad: "…no puede ser estático, sino, que se puede adoptar en relación a la gradualidad o la intensidad de la medida que afecta a un derecho fundamental, para lo cual se relaciona con los siguientes presupuestos: si la injerencia de la medida adoptada por una norma, interviene directamente en los principios constitucionales y, si ésta se encontraba prohibida de forma expresa por la Constitución, como es el caso de la discriminación, el examen de igualdad, será estricto; es decir el principio se aplica prima facie; y, cuando exista el deber de proporcionar una protección; el derecho a la igualdad, es exigible (…) Para responder la pregunta, se debe tener presente, una diferencia de trato en relación con el principio de igualdad: el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia (…) no solo debe buscar un fin legítimo, cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo. Es importante, Señor/a Juez/a, manifestar que el ejercicio de los derechos se rige por una serie de principios constitucionales establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y en los Tratados Internacionales debidamente ratificados. En este sentido, el artículo 3 numeral 1 de la Constitución de la República instituye como una obligación primordial del Estado garantizar sin ningún tipo de discriminación el efectivo goce de todos los derechos; así también el artículo 11 numeral 2 que a modo general prohíbe la discriminación por cualquier condición temporal o permanente de la persona, que tenga por resultado o finalidad el menoscabo en el goce o ejercicio de derechos y consagra la prohibición de discriminación como principio irrenunciable de toda persona en cualquier ámbito, por lo tanto es el Estado que debe generar todas las acciones necesarias para tan grave improperio contra la dignidad de la persona del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA. 3. DERECHO DE LIBERTAD. A una Vida Digna: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR: El Art. 66.2 de la Constitución reconoce y garantiza a las personas "El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.". El derecho a la vida digna se constituye y así lo ha delineado la Corte Constitucional, como el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución, y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la Ley, con lo cual se convierte en premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones. Pero así mismo la Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la vida reconocido en el Texto Constitucional, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de dignidad. Cabe indicar que el accionante presenta cargas familiares, por cuanto tiene un hijo menor de edad de nombres Thiago Nicolás Chiliquinga Caicedo nacido en 1 de julio de 2013 en Tulcán provincia del Carchi. Adicional a ello, por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Servicio Público, al tenor del artículo 58, se menciona: La contratación de personal ocasional para la ejecución de actividades no permanentes, no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje, deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Trabajo. Para constatar el cumplimiento de dicho inciso, se pone a conocimiento que el total de agentes de tránsito en el desempeño de sus funciones es 534. De

entre los cuales, los miembros de la última promoción son 211, que mantienen contrato por prestación de servicios ocasionales con MOVIDELNOR. Es necesario mencionar que el total de funcionarios de la citada institución son de 715, por lo que se estaría vulnerando los derechos laborales del porcentaje excedente del personal que mantiene contrato por prestación de servicios ocasionales con la empresa pública, motivo por el que se insta a través de su autoridad los descargos correspondientes a fin que MOVIDELNOR E.P., su representante legal presente el contrato celebrado el 1 de abril de 2019 con el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, y justifique no encontrarse incumpliendo la normativa vigente en el Ecuador y lo que sería peor, violentando flagrantemente los derechos laborales constitucionales de los funcionarios que prestan servicio en la institución. 4. Del Trabajo: En el artículo 33 de la Constitución de la República del Ecuador se menciona: El trabajo es un derecho y un deber social y un derecho económico, fuente de la realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. Considerando que con fecha 1 de octubre de 2018 se celebró la firma del primer contrato por prestación de servicios ocasionales, compareciendo en debida forma ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA ante el representante legal de MOYIDELNOR EP y prestó servicios profesionales desde aquella fecha cabalmente hasta el 30 de julio de 2019, fecha en que se notificó a al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral, firmado por el Gerente General de MOVIDELNOR EP., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, mediante Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M. Es preciso señalar la vulneración flagrante de las disposiciones del artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, en que se menciona: "Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario". En el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M, no se ha considerado el régimen laboral en el cual se da la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales prestados por el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA. Si bien aparece su firma inserta en los instrumentos contractuales y se establece la sujeción a las disposiciones de las normas regulatorias del régimen de contratación ocasional, a pesar de no reconocerse una estabilidad laboral, la pérdida de los demás derechos laborales no se contemplan por su misma naturaleza. Así, alegar la imposición arbitraria de la voluntad del Estado a través de MOVIDELNOR EP y su Gerente General, PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, con el fin de vulnerar los derechos laborales, históricamente consagrados en la legislación nacional, es imposible en la concepción del Estado de derechos y justicia social. Adicionalmente, todas las referencias del Memorando Nº MEP-DTH-2019- 509-M han sido establecidas en un evidente fraude a la Ley y por lo tanto son nulas, a pesar de la existencia de un contrato debidamente suscrito por el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA y la sujeción al régimen de contratación ocasional; que no significan bajo ninguna circunstancia la renuncia al derecho ciudadano y obligación pública de blindar todo acto proveniente de su voluntad de la diligente motivación, teniendo como consecuencia la imposición arbitraria de la voluntad pública a través de MOVIDELNOR EP y su Gerente General, PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría; cuando de por medio solamente significó un desmedro de los derechos del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CEIIRIBOGA como profesional y como ciudadano ecuatoriano. También, en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador en relación con el artículo 229 segundo inciso, se manifiesta: "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 aplicada por las autoridades competentes". "Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La Ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores". Concluyendo en el análisis de la violación de los legítimos derechos laborales, la imposición arbitraria de la voluntad pública, bajo ningún concepto puede recaer en la inobservancia del régimen legal mediante la remoción de un funcionario público legalmente instituido en su cargo y es blindado por la normativa constitucional y legal vigente en la República. DERECHO. A la Seguridad Jurídica: La Empresa Pública de Movilidad del Norte, debió aplicar lo que disponen los siguientes artículos de la Constitución de la República del Ecuador: "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. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 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.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.". "Artículo 426 Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicaran directamente las normas constitucionales y las prevista en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no la invoquen expresamente". La inobservancia de lo señalado y el desconocimiento de los derechos antes singularizados, implica vulnerar el derecho a la seguridad jurídica. A la seguridad jurídica Gustavo Ariel Kaufman en su obra La Seguridad Jurídica y el Progreso Económico", la concibe así: "Cuando la experiencia le enseña al hombre que sus predicciones acerca de las consecuencias jurídicas de sus actos se cumplen con gran exactitud, y esa experiencia se reconfirma con el transcurso del tiempo, el hombre adquiere progresiva certeza acerca del cumplimiento de sus expectativas jurídicas, lo cual afianza su confianza en el sistema jurídico bajo el cual se desenvuelve"14. La seguridad jurídica es el fin que persigue el sistema jurídico, por eso nuestra Constitución la ubica en la categoría de derecho fundamental, por tal razón terceros no avasallarán derechos ajenos y que el Estado sancionará a quienes lo hagan". La seguridad jurídica se logra por la certidumbre y confianza en el Derecho y por medio del Derecho. La seguridad jurídica, según la ha configurado el Tribunal Constitucional español, es la suma de una serie de factores, entre ellos, la certeza, la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de lo no favorable, la prohibición de la arbitrariedad; sobre estos factores se funda la seguridad jurídica y confiere a la sociedad: orden, justicia, equidad e igualdad en libertad. La Corte Constitucional, en la sentencia No. 023-13-SEP-CC, señaló: "El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, determina el principio de seguridad jurídica, el mismo que se halla articulado con el cumplimiento de las normas constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano; para aquello, y para tener certeza respecto a una aplicación normativa acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera, se logra conformar una certeza de que la normativa existe en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional. Análisis del derecho a la seguridad jurídica: Se infiere que toda persona en el país, debe tener la certeza de que existe una normativa previa, que le da la convicción y confianza de que todos sus bienes y actos están protegidos y regulados por reglas conocidas y no están sujetos a la improvisación y arbitrariedad de quienes deben garantizarlas; pero además la certeza de que estas normas reconocen y garantizan sus derechos conforme al marco constitucional, es decir que existen y serán aplicadas siempre de la manera que más favorezca la vigencia de los mismos; que aun cuando existieren contradicciones normativas se aplicaran por todas las autoridades administrativas o judiciales para cumplir con el deber más alto del Estado de respetar, hacer respetar y garantizar los derechos. La seguridad jurídica está ligada a las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y garantizar, es decir que el marco legal y la institucionalidad estatal debe estar estructurado para no permitir que el Estado vulnere derechos, para no permitir que sus integrantes lo hagan, y para garantizar el goce de los mismos. De esta normativa se extrae que existen argumentos legales necesarios, que hubiesen permitido que el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, conservar su función como servidor público. PRETENSIÓN CONCRETA.- El accionante solicita que en sentencia constitucional se declare la vulneración de sus derechos constitucionales y reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y se declare la nulidad del Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M, con fecha 30 de julio de 2019, suscrito por PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, Gerente General de MOVIDELNOR EP., la reparación integral, material e inmaterial del daño que se ha causado, se disponga inmediata e incondicionalmente a la Empresa Pública de Movilidad del Norte, proceda al reintegro al servicio de ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA y se garantice a su persona el cumplimiento cabal del contrato firmado, sin dar lugar a represalias o conductas internas que dificulten el normal desempeño de sus funciones, se disponga la sanción contra los funcionarios que incurrieron en la elaboración del Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M, con fecha 30 de julio de 2019, suscrito por PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, Gerente General de MOVIDELNOR E.P. que, no siendo una falta leve, afecta gravemente el desempeño de las funciones e intereses respecto del diligente servicio público. Audiencia y Contestación a la demanda.- Calificada

que ha sido la presente acción de protección, se dispuso y convocó a la respectiva Audiencia Pública, misma que se llevó a efecto el día jueves 24 de octubre de 2019, a partir de las 14h30. Dicha Audiencia se desarrolló, conforme lo establece el Art. 14 de la (LOGJCC). En la Audiencia el accionante señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, con su Abogados defensor el doctor Fabián Raúl Pazmiño Bonilla, de forma oral en el tiempo legal, volvió a indicar los hechos y dejó justificados porque se encuentran vulnerados los derechos que constan en su escrito de demanda. La parte accionada por su parte dejó indicado que no existe vulneración de derechos y en tal sentido se pronunció el abogado de la Procuraduría General del Estado. Todo lo dicho consta en el Acta que se encuentra dentro del proceso judicial. En la respectiva audiencia, este juzgador procedió a emitir su sentencia de forma verbal. Por tanto dentro de ésta causa se debe notificar la sentencia por escrito y para ello se lo hace con la siguiente fundamentación: II.- CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS Consideraciones Constitucionales.- La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el deber del Estado es garantizar los derechos a la integridad, a la igualdad formal y material, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los jueces. Jurisdicción y Competencia.- Con sustento en la norma del artículo 86 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (LOGJCC), el suscrito Juez, es el competente para conocer y resolver la presente acción de garantías jurisdiccionales, habida cuenta que, el acto que se acusa fue emitido en esta ciudad de Ibarra. Disposiciones comunes sobre las garantías jurisdiccionales.- El Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. 2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. b) Serán hábiles todos los días y horas. c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho. 3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. 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. 4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia. Naturaleza Jurídica, alcance y efectos de la Acción de Protección.- Norma Constitucional.- Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Normas que constan en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Art. 39.- Objeto.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las

acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena. Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona. Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisible la acción y especificará la causa por la que no procede la misma. Aspecto que fue reformado por la Corte Constitucional, mediante interpretación conforme al Art. 42 LOGJCC. Al respecto la Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia No. 102-13-SEP- CC, caso No. 0380-10-EP, realiza la interpretación, indicando que el razonamiento judicial, debe analizar cada numeral, de los establecidos en el Art. 42 de LOGJCC. Por tanto éste juzgador debe analizar, las siete causales de improcedencia de la acción, comenzando por la sétima.- Cuando se trate de un acto u omisión que emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado en el Tribunal Contencioso Electoral y cuando se trate de providencias judiciales, el juez debe verificar estos particulares al momento de realizar el examen de admisibilidad, constituyéndose por tanto en causales de inadmisibilidad de la demanda. La causal quinta de improcedencia se refiere a cuando lo que se pretenda sea la declaración de un derecho que se pueda perseguir dentro de la justicia ordinaria; en este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, al decir que los derechos constitucionales no deben ser declarados sino tutelados, dado que estos preexisten y que lo único que se declara en una acción de protección de derechos es la vulneración de los derechos constitucionales. Por el contrario, en la justicia ordinaria, lo que se pretende es la declaración de un derecho y su correspondiente exigibilidad. Para determinar este particular, el juzgador debe sustanciar el proceso y en función de las pruebas y alegatos determinar si se trata de declarar un derecho o si se trata de establecer la vulneración de un derecho constitucional. La causal cuarta, se refiere a que si el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz, debe ser probada por el accionante. La causal tercera se refiere a que se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión que no conlleve la violación de derechos. Al respecto, la acción de constitucionalidad, está prevista como un mecanismo de justicia constitucional, que debe tramitar ante la Corte Constitucional y el ejercicio de la legalidad de los actos se lo debe tramitar ante el Contencioso Administrativo, siempre que no contenga alguna violación de derecho, de existir alguna posibilidad de que en dichos actos administrativos exista alguna violación de derechos constitucionales deben ser dicho derechos tutelados mediante la acción de protección. La segunda casusa de improcedencia, dice relación a cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que tales actos, pese a que se encuentren revocados o extinguidos se deriven daños susceptibles de reparación, lo cual se debe determinar luego de que la parte accionante pruebe, que dichos actos, pese a que ha sido revocado o extinguido, siguen derivando daños. Finalmente el numeral 1, establece que es improcedente la acción constitucional de protección, cuando de los hechos no se desprenda que exista una violación de derechos constitucionales. Si de la redacción de los hechos de la acción existe la posibilidad de la vulneración de derechos constitucionales, al ser esta la razón misma de la acción

de protección, tal cual ha sido concebida, tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como en la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que tutele los derechos vulnerados, el juez para tutelar dichos derechos debe conocer y tramitar la acción de protección a fin de que determine el juzgador por su propia experiencia que existe vulneración de derechos constitucionales o la parte accionante pruebe dicho particular. Por tanto se debe identificar claramente cuales son dichos derechos vulnerados y de qué forma se los vulneró. Por lo dicho el momento en que ésta autoridad calificó la presente acción de protección, fue a fin de determinar la existencia de vulneración de alguno de los derechos constitucionales o en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los únicos casos que son inadmisibles, in limine, y que deben ser resueltos en el primer auto son los relacionados a los actos u omisiones que emanen del Consejo Nacional Electoral y que pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral o que se trate de una providencia judicial, lo cual no es así, puesto que el acto que violentaría los derechos constitucionales fue emitido por MOVIDELNOR E.P, que se constituye en una Empresa Pública y que al estar dentro de la estructura del estado forma parte de la Administración Pública Seccional, y que resuelve sus temas a través de la emisión de Actos Administrativos. En este momento se debe analizar si de los hechos propuestos en esta acción de protección y especialmente del Memorando Nº MEP-DTH-2019-509- M, con fecha 30 de julio de 2019, con el cual se notificó al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral, firmado por el Gerente General de MOVIDELNOR EP., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría en la ciudad de Ibarra, existe alguna vulneración de los derechos que indica el accionante en su demanda de acción de protección. En tal sentido, luego de trámite correspondiente de ésta acción de protección, se ha logrado establecer: PRIMERO.- Que existe un acto de autoridad pública no judicial, emitido por MOVIDELNOR EP., a través de PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, en su calidad de Gerente General, de fecha 30 de julio de 2019, mediante el cual se notificó al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral. SEGUNDO.- Que en efecto, entre MOVIDELNOR EP., y el ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, existía una relación contractual, sujeta a un contrato de servicios ocasionales, que se rige por lo establecido en las normas de la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento General. TERCERO.- que la empresa MOVIDELNOR EP., con fecha 2 de septiembre de 2019, certifica a través del ingeniero Vladimir Chanalata Valle, Jefe de Educación y Seguridad Vial, que el ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, en las evaluaciones físicas cumplidas en el mes de febrero del año 2019, obtuvo un puntaje de 459 puntos, encontrándose Apto en las mismas; que además no registra sanciones. CUARTO.- Con lo dicho en la audiencia se estableció que el ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, es agente de tránsito y que estaba sujeto a una relación contractual de servicios ocasionales, al igual que 211 agentes de tránsito más de un total de 534 Agentes de Tránsito. QUINTO.- Los derechos constitucionales que se a juicio de la parte accionante se han vulnerado son: el derecho a la motivación, que se encuentra dentro de los derechos de protección; el derecho a la igualdad formal y material, que está dentro del derecho de libertad; el derecho a una vida digna, que está dentro del derechos a la libertad; el derecho al trabajo; el derecho a la seguridad jurídica. SEXTO.- En el fondo del asunto, cual es, establecer si de los hechos narrados en la presente acción de protección y del acto administrativo, del Memorando Nº MEP-DTH-2019-509- M, con fecha 30 de julio de 2019, con el cual se notificó al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral, firmado por el Gerente General de MOVIDELNOR E.P., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría en la ciudad de Ibarra, existe o no falta de motivación que vulnere los derechos de protección, como acceder de forma gratuita a la justicia, a la tutela efectiva, al debido proceso, a la defensa, a la seguridad jurídica, o si existe vulneración a los derechos de libertad contenidos en el Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece: "Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte. 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos. 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás. 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. 7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario. 8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia. 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. 11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica. 12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza. Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar. 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria. 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente. Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas. Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados. 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. 16. El derecho a la libertad de contratación. 17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley. 18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona. 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley. 20. El derecho a la intimidad personal y familiar. 21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación. 22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley. 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo. 24. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad. 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. 27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza. 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. 29. Los derechos de libertad también incluyen: a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres. b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y

reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad. c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley." o si existe vulneración de los derechos al buen vivir, tales como al agua, alimentación, al ambiente sano, a la comunicación e información, a la cultura y ciencia, a la educación, al hábitat y vivienda, a la salud, al trabajo y la seguridad social, a los derechos de personas y grupos vulnerables, a los derechos de personas adultas y adultos mayores, a los derechos de jóvenes, a los derechos de movilidad humana, a los derechos de mujeres embarazadas, a los derechos de niños, niñas y adolescentes, a los derechos de personas con discapacidad, a los derechos con enfermedades catastróficas, a los derechos de las personas privadas de la libertad, a los derechos de las personas usuarias y consumidoras. CONCLUSIONES SOBRE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS: 1.- Sobre si el Acto Administrativo, esto es el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509- M, con fecha 30 de julio de 2019, con el cual se notificó al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA la terminación del Contrato de Servicios Ocasionales de manera unilateral, firmado por el Gerente General de MOVIDELNOR EP., PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría en la ciudad de Ibarra, está debidamente motivado y si la falta de motivación vulnera los derechos de protección, como acceder de forma gratuita a la justicia, a la tutela efectiva, al debido proceso, a la defensa, a la seguridad jurídica. Al respecto es necesario indicar que el Código Orgánico Administrativo, sobre lo que es el Acto administrativo, los requisitos de validez y cuando se debe entender que un acto administrativo está debidamente motivado. En tal sentido, el Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo. Los requisitos de validez de un acto admirativo son: 1. Competencia, 2. Objeto, 3. Voluntad, 4. Procedimiento y 5. Motivación. En la motivación del acto administrativo se observará: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo. 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado. Por otro lado, la Corte Constitucional en varias sentencias, ha establecido los parámetros constitucionales que se debe contener una resolución, para que halle correctamente motivada; en tal sentido la sentencia No. M227-12-SEP-CC, emitida dentro del caso No. 1212-11-EP, el 21 de junio del 2012, en la página 14, establece que: "Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le Ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último debe gozar, de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto." En el presente caso a la luz de las normas establecidas en el Código Orgánico Administrativo y lo preceptuado por la Corte Constitucional hay que analizar si el acto administrativo está debidamente motivado y si su falta de motivación vulnera los derechos de protección, como acceder de forma gratuita a la justicia, a la tutela efectiva, al debido proceso, a la defensa, a la seguridad jurídica. En tal sentido, el memorando No. MEP-DTH-2019-509-m, de fecha 30 de julio de 2019, suscrito por el Phd. Juan Manuel Mantilla Echeverría, Gerente General de MOVIDELNOR E.P., dirigido al señor Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga, en su calidad de Agente de Tránsito; dicho memorando, constituye un acto administrativo, mediante el cual se notifica al antes referido ciudadano, la terminación del contrato de servicios ocasionales. El documento, está compuesto de una parte introductoria, cuando dice: que se dirige a él para ponerle en su conocimiento que el 31 de julio de 2019 termina su relación laboral con la Empresa Pública de Movilidad "MOVIDELNOR E.P.,"; luego establece la base legal, al indicar que lo hace amparado en el Reglamento de la ley Orgánica de Servicio Público. Art. 146, que dice relación a la terminación de los contratos ocasionales, causal f) Por terminación unilateral del contrato por parte de la autoridad nominadora, sin que fuere necesario otro requisito previo",

en concordancia con lo establecido en la cláusula tercera del contrato "…o por la simple notificación de la autoridad contratante en cualquier tiempo durante la vigencia del contrato"; y finalmente una parte de conclusión en donde dice notificarle de la terminación de su contrato ocasional al amparo de las normas anteriormente referidas. El memorando referido, cotejado que ha sido con el Art. 100 del Código Orgánico Administrativo, sobre la motivación, aparece que si existe el señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. No existe la calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo, no es necesario por cuanto la ley y el reglamento que sirve de base para adoptar su decisión así lo establecen. Se explica la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos. Por tanto está debidamente motivado. Por otro lado, también cumple los criterios de lógica, razonabilidad y comprensibilidad, que la Corte Constitucional así los ha establecido. Al estar motivado, conforme se ha determinado, no existe vulneración de los derechos de protección, como acceder de forma gratuita a la justicia, a la tutela efectiva, al debido proceso, a la defensa, o, a la seguridad jurídica. 2.- Determinado que ha sido que el Acta Administrativo, está debidamente motivado, corresponde, analizar si el mismo vulnera alguno de los derechos constitucionales de libertad contenidos en el Art. 66 de la Constitución de la república del Ecuador, en especial los señalados por el accionante y que se refieren al derecho a una vida digna que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios o el Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. 2.1.- Sobre el derecho a una vida digna que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.- El derecho a una vida digna, en donde está el derecho al trabajo, entro otros, tiene que ver con la dignidad humana. En tal sentido Querer proponer una definición exacta de lo que es la dignidad humana es un asunto muy complejo; más sin embargo, he tomado las ideas constantes en un artículo elaborado por Camilo Moreno-Piedrahíta, H., en Derecho Ecuador a fin de tratar de explicar lo que se debe entender como la dignidad humana; así parafraseando al autor antes referido, manifiesta que: las cortes y tribunales constitucionales del mundo y aún la doctrina de derechos humanos más relevante, dan a entender lo que es la dignidad humana recurriendo a las ideas que Immanuel Kant expresó en su libro Fundamentación de la metafísica de las costumbres en 1785; no obstante, el filósofo alemán no ha sido el único que ha buscado explicar el fundamento y el concepto de la dignidad humana. En la Edad Media ya existía una noción sobre este concepto, y es más era muy similar a la de Kant. Obras como el Discurso sobre la dignidad humana de Giovanni Pico de la Mirandolla, de 1486, y la Summa Theologiae de Santo Tomás de Aquino, del siglo XIII, tratan sobre la noción de la dignidad del hombre como una participación de la dignidad de Dios. Según el pensamiento de esos autores, el hombre es libre y soberano para plasmarse y esculpirse como él quiera porque Dios se lo permite, y porque habiendo sido creado a imagen y semejanza de Dios, su vocación es parecerse más a su creador. A diferencia del hombre, los animales se encuentran presos en su instinto y no pueden determinar su destino como lo hacen los hombres: con su razón. El hombre tiene la libertad que le ha sido dada por Dios, y con ella puede sobajarse o enaltecerse, degenerar en los seres inferiores que son las bestias, o regenerarse en las realidades superiores que son divinas. Eso es su responsabilidad. En la actualidad, también existen obras que tienen un desarrollo sobre el concepto de dignidad humana. Así, Francis Fukuyama complementando el pensamiento de Kant, considera que la dignidad deriva de la naturaleza del ser humano, en tanto ser complejo y misterioso, en el cual confluye una serie de cualidades como la elección moral, la razón, el lenguaje, la sociabilidad, la sensibilidad, las emociones, la conciencia, etc., que se relacionan entre sí mediante complejas interacciones, a tal punto que no pueden existir sin las demás. Los autores que se alinean en esta posición consideran que la dignidad es un estado moral que los seres humanos poseen en virtud de su humanidad, por lo que no se la puede ligar exclusivamente con la capacidad de autonomía como capacidad que establece la diferencia entre animales y hombres, sino también con todas las cualidades humanas como la decisión de autogobernarse, la capacidad de proponerse metas valiosas y revisarlas críticamente, la capacidad de sopesar máximas individuales para compararlas con leyes universales y otras cualidades cuyo conjunto sí marca en realidad la diferencia entre los seres humanos y los demás seres vivientes. Otros autores contemporáneos, a diferencia de Fukuyama, consideran que la dignidad humana se identifica con el amor y la autoestima propia que un individuo o grupo siente por sí mismos, acogiendo el pensamiento que la corte suprema canadiense ha dado, en el contexto del derecho antidiscriminatorio. Este punto de vista comete el grave error de relativizar el amor y

la autoestima que implica la dignidad, pues según se desprende de la jurisprudencia de la corte, ese estado de ánimo del individuo o del grupo depende de las características, historia y circunstancias de cada persona o colectivo, y no con cualidades ontológicas del ser humano o de los colectivos en general. El concepto canadiense corre el severo riesgo de confundir la dignidad con la honra, tratando de manera relativa un concepto abstracto y general. También Ronald Dworkin ha dado un concepto de dignidad humana, vinculándola con las convenciones sociales. Él dice que la dignidad es un ??derecho a no sufrir la indignidad, a no ser tratado de manera que en sus culturas o comunidades se entiende como una muestra de carencia de respeto?; es decir, según su pensamiento, la dignidad tiene que ver con el respeto de ciertos mínimos necesarios que en cada comunidad implican la dignidad. En este orden de ideas, el derecho a una vida digna que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios, es un derecho garantizado constitucionalmente, dentro de los derechos de libertad, que tiene que ver con la noción de la dignidad humana y el estado moral que los seres humanos poseen en virtud de su humanidad, su capacidad de autonomía y las cualidades humanas como la decisión de autogobernarse, la capacidad de proponerse metas valiosas y revisarlas críticamente, la capacidad de sopesar máximas individuales. La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 33, establece que El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. En este caso, sin que ello quiera decir que se está haciendo un control de legalidad, que no le corresponde a ésta Autoridad en esta Acción Constitucional, se debe dejar indicado no existe vulneración al derecho al trabajo, dentro de una notificación con la terminación del contrato ocasional, al ciudadano ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, puesto que un contrato ocasional no otorga estabilidad dentro del sector público, ya que conforme lo establecido en el Constitución de la República del Ecuador, Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora. La Corte Constitucional del Ecuador en varias sentencias, y en especial en la No. 0116-16-SEP- CC, caso No. 0555-12-EP, determino que: "...la terminación de un contrato de servicios ocasionales, no implica vulnerar el derecho al trabajo, tampoco la estabilidad laboral de la persona, por cuanto éste tipo de contratos, se fundamenta en necesidades institucionales que no originan permanencia, y por tanto, no pueden reemplazar a los concursos para ingresar al servicio público. Ahora bien si los contratos de servicios ocasionales no generan estabilidad y si las formas que aquellos pueden terminar están previamente determinados, siendo una de ellas la comunicación referida. Ésta Corte considera que no se vulnera el derecho al trabajo...". Por otro lado, tiene, la posibilidad de acceder libremente a otro trabajo en el sector público o privado, que promueva su realización personal, con respeto a su dignidad con remuneraciones justas, puesto que esto es lo que promueve el estado ecuatoriano a través del desarrollo normativo sobre el trabajo en el ecuador. Vulnerar el derecho al trabajo seria, en el caso de que a través de una acto administrativo se impida el empleo de una persona dentro de un puesto de trabajo en el sector público o privado; aspecto que no sucede en este caso. 2.2.- Sobre el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. La ONU, ha establecido que los principios de igualdad y no discriminación son parte de las bases del estado de derecho. Como señalaron los Estados Miembros en la Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho, «todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación» (párr. 2). También se comprometieron a respetar la igualdad de derechos de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (párr. 3). En este marco, el artículo 66, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación. Por otro lado, la misma Constitución en su Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad,

diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El 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. Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969), sobre el derecho a la igualdad, determina: "Art. 24. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en relación al Derecho a la igualdad indica: Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. 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. Discriminación, conforme lo ha establecido la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, es: "Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes..." . Esta discriminación entendida como se lo ha dejado indicado, siempre atiende a un motivo o razón que puede ser de diferente índole. La propia Constitución del Ecuador y la normativa legal, ha establecido en favor de los grupos vulnerables, acciones afirmativas que promueven su igualdad. Los motivos o razones además están contenidos en varios instrumentos internacionales, que los especifican, más sin embargo, han dejado una cláusula abierta para contemplar otras posibilidades, por tanto se entiende que esta enumeración no es taxativa. De allí que la discriminación no solo puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugio, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica, o cualquier otra OEA, 2013 Art. 12. En el caso, el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, dice que entre un total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los cuales son 534 Agentes de Tránsito Activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte, ha sido el único al que se le ha notificado con la terminación unilateral de su contrato se servicios ocasionales. De esta manera es posible inferir que las razones o motivos por las que se dio la terminación unilateral del contrato ocasional, al no estar debidamente establecidas en el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M, son por motivos discriminatorios al no haber recibido en toda su experiencia como Agente Civil de Transito ninguna amonestación disciplinaria; habiendo, por el contrario, certificado suficiencia en su capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de sus funciones. La Comisión IDH ha determinado que una distinción constituye discriminación cuando "a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue". Trasladando la antedicha disposición a los hechos que fundan la presente acción, el tratamiento dado por MOVIDELNOR EP., en contra del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA fue discriminatorio en razón de: Haber sido diferenciado del total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los cuales son 534 Agentes de Tránsito Activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA sin un motivo objetivo y razonable establecido en el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M. El motivo de la terminación unilateral del contrato ocasional si bien se da en función de lo determinado en el literal f) del Art. 146 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, que dice relación a la terminación unilateral de contrato por parte de la autoridad nominadora, sin que fuere necesario otro requisito previo, si bien tiene sustento reglamentario, éste documento si provoca un diferente trato del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA en

relación a los demás agentes de tránsito de MOVIDELNOR E.P.,que se encuentran en situación similares, es decir bajo la relación contractual de servicios ocasionales; por otro lado, la deferencia en que se pone al antes referido ciudadano al haber sido notificado con la terminación de su contrato no tiene una justificación objetiva y razonable, ya que al momento en que ésta autoridad constitucional consultó a la Procuradora Judicial de MOVIDELNOR E.P., el porqué de dicha notificación solo al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, se limitó a informar que él está dentro de un plan de notificaciones de terminación de contratos ocasionales, debido a que se disminuido el presupuesto anual de MOVILDERNOR E.P., debido a que había perdido una acción de protección en el cantón Huaca de la provincia del Carchi, sobre los foto radares, sin que se haya evidenciado dicho plan de notificaciones, con otra notificación o se haya presentado, dicho plan; así tampoco evidenció de forma objetiva que se haya reducido su presupuesto. Por otro lado, la única notificación de la terminación del contrato ocasional efectuada al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, no hace que el presupuesto vuelva a ser equilibrado, ni que provoque un ahorro sustentable para dicha Empresa, lo que hace que tan decisión no sea ni objetiva ni razonable. Finalmente la notificación de terminación no tiene sustento en faltas disciplinarias o de cualquier otra naturaleza que justifiquen la mencionada decisión; y por el contrario, el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA ha certificado con documentación suficiente (adjuntada a la presente acción) su capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de sus funciones en la empresa pública MOVIDELNOR E.P., Tampoco existe una razonabilidad respecto a la proporcionalidad del mencionado objetivo y el medio empleado (la terminación unilateral del contrato ocasional). Los hechos que motivan la presente acción, al cumplir las condiciones establecidas debidamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vulneran el derecho de igualdad formal, material y protección contra la discriminación. 2.3.- Sobre la Seguridad Jurídica.- el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, establece.- 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. Al respecto, esta disposición constitucional, hace alusión a dos aspectos que se deben observar para que exista seguridad jurídica, el primero sobre que toda autoridad sea ésta administrativa o judicial, debe respetar la Constitución; en tal sentido al no haberse cumplido con lo que establece el Art. 66. 4 de la Constitución se estaría afectando a la Seguridad Jurídica, al no respetarse la constitución. III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se emite la siguiente SENTENCIA: Aceptar la acción de protección presentada por el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, por la vulneración del derecho constitucional contenido en el Art. 66. 4, que dice relación a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, en función de la motivación anteriormente referida y se ordena que la Empresa Pública MOVIDELNOR E.P., reintegre al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, en la misma modalidad de contrato a la Empresa MOVIDELNOR E.P., en el sitio en donde desarrollaba su trabajo, durante el tiempo que dura ésta modalidad de contratación dentro de las instituciones públicas o proceder a realizar los trámites legales correspondiente a fin de crear dicho puesto de trabajo de manera permanente y llamar al respectivo concurso de méritos y oposición, para lo cual la Empresa MOVIDELNOR E.P., deberá establecer la correspondiente partida presupuestaria y dotarle de recursos necesarios, por el tiempo que determina la ley para este tipo de contratos ocasionales; esto se lo hará de forma inmediata, luego de que se haya notificado de ésta resolución por escrito y que se encuentre debidamente ejecutoriada. Ejecutoriada que sea la presente sentencia se remitirá copia certificada a la Corte Constitucional conforme lo determina el Art. 86. 5 de la Constitución de la República del Ecuador. Concédase el Recurso de Apelación interpuesto de forma oral por parte de la Procuradora Judicial de MOVIDELNOR E.P, sujeto el mismo a la fundamentación. Mientras dure el contrato ocasional se MOVIDELNOR E.P, debe garantizar el cumplimiento cabal del contrato, sin dar lugar a represalias o conductas internas que dificulten el normal desempeño de sus funciones. No se disponga la sanción contra ningún funcionarios que elaboró el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M, de fecha 30 de julio de 2019, suscrito por PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, Gerente General de MOVIDELNOR E.P. NOTIFÍQUESE.

f: FRANCO FRANCO HENRY FRANCIS, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

FARINANGO TOROMORENO RUFO HOMERO
SECRETARIO

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL

Fecha de Notificación: 22 de enero de 2020

SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA

En el Juicio No. 10333201902054, hay lo siguiente:

VISTOS: En mi calidad de Juez Ponente de la causa y en vista de haberme reintegrado a mis funciones luego de hacer uso de mi derecho a vacaciones desde el 28 de noviembre al 24 de diciembre del 2019, asumo nuevamente el conocimiento de la presente causa, solicitando además, de las partes y de manera muy comedida, la debida comprensión del caso, toda vez que, con antelación fungía las funciones de Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura y hube de organizar el cambio de autoridad jurisdiccional provincial hasta el 15 de enero del año en curso; muchas gracias de antemano. En el proceso constitucional No. 2019-02054 incoado por el ciudadano Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga, en contra de la Empresa Pública MOVIDELNOR, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, con fundamento en la previsión del artículo 24 inciso segundo de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y sobre la base del mérito de los autos, y conforme con la exigencia de la Motivación, del artículo 76.7 letra l) de la Constitución y de la Corte Constitucional ***(SENTENCIA No. 267-15-SEP-CC.- CASO N.º 1429-13-EP)*** que nos ha dicho *"La motivación de las resoluciones de los poderes públicos y más aún de los órganos jurisdiccionales constituye una garantía esencial con el fin de evitar la arbitrariedad y lograr el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas. La motivación no solo implica hacer referencia a los argumentos esgrimidos durante el proceso o a citar normas aplicables al caso en concreto, sino que debe reunir ciertos elementos específicos pues, solo así, se pone en relieve la acción justa, imparcial y desinteresada del juzgador al interpretar los hechos y aplicar el derecho"* y que, *"Para que exista una correcta motivación deben confluir tres aspectos fundamentales que son la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad"*; por tanto, hemos de analizar el caso sobre la base de esos presupuestos; así: procede a emitir la siguiente decisión:

I. LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

EL DEBIDO PROCESO

El Art. 76 de la **Constitución** ecuatoriana prevé que *en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se debe asegurar el debido proceso*. Éste, comporta una serie de garantías jurisdiccionales que los jueces estamos obligados a cumplir, cuando los ciudadanos requieren la intervención del servicio de justicia, en cualquiera de sus modalidades, ordinaria, constitucional o indígena. Una de esas garantías es el denominado principio de **Legalidad Procesal** (Art. 76.3 ibídem) por el cual ***sólo se puede juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento***, lo cual tiene congruencia con el derecho de los ciudadanos al acceso a los órganos de justicia

sin ningún tipo de restricción arbitraria, ilegal o inconstitucional (Art. 75 de la Constitución), y en la existencia y observancia de normas claras, públicas y de aplicación obligatoria por parte de los jueces (Art. 82 ibídem).

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es el marco jurídico normativo-procesal que ha de observarse para efectos del conocimiento y resolución sobre acciones constitucionales jurisdiccionales, y en ese marco, el artículo 8.5 de la referida ley, ha previsto que en estos casos, *"No serán aplicables las normas procesales ni aceptables los incidentes que tiendan a retardar el ágil despacho de la causa"*, con lo que, se materializan los principios de sencillez, rapidez y eficacia que implica la tutela constitucional.

Estas previsiones constitucionales y legales, tienen su correspondencia con la **Convención Americana Sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José) del 22 de noviembre de 1969, ordenamiento jurídico interamericano del cual es suscriptor el Ecuador, y por el que se exige a los Estados partes, la observancia de Garantías Judiciales como la prevista en el Artículo 8.1 en el sentido de que *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,…".*

LA COMPETENCIA

Por el sorteo realizado, el Tribunal de la Sala es competente para conocer y resolver el presente el recurso de apelación, por mandato del artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial en concordancia con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El tratadista ecuatoriano Dr. Jorge Zavala Egas nos dice que *"…no puede concebirse la existencia de la jurisdicción constitucional sin que preexistan a ella los siguientes presupuestos en el ordenamiento jurídico:* ***a)*** *Una Constitución escrita y rígida;* ***b)*** *La Constitución como norma jurídica directamente aplicable;* ***c)*** *El principio de supremacía constitucional; y,* ***d)*** *La institucionalización de la jurisdicción constitucional";* es decir, deben coexistir: Una normativa contenida en la Constitución, indispensable para el juzgamiento pertinente; la Constitución con sentido de norma jurídica propia, invocable y aplicable en forma directa, sin mediación alguna, con un peso específico de precepto para los jueces y tribunales; el grado superior del Ordenamiento Jurídico que la Constitución comporta para la construcción del derecho positivo; y, la potestad de administrar justicia especializada en materia constitucional, propia e independiente, que como nos dice SCHEUNER, *sea la instancia institucionalmente orientada al mantenimiento y vigencia de una Constitución".*, por tanto, ha de ser sobre la base de estos presupuestos, que el caso ha de dilucidarse para establecer si ha existido o no vulneración de derechos de los accionantes indígenas.

El ser humano no vive aislado, sino en sociedad, y esa vida de relación está regulada por el derecho, entendido en lo más simple, como un conjunto de normas de conducta que hacen posible la vida en común y que resultan indispensables para su regulación. Los seres humanos en sociedad tienen conflictos de intereses en virtud de que los bienes de la vida no alcanzan para las necesidades ni los deseos de todos. Surgen así pretensiones de algunos que no son aceptadas por otros, sino resistidas, lo cual genera la controversia. El Derecho se encuentra entonces frente a conflictos que debe solucionar, pues su finalidad reguladora es justamente, componer estas controversias. El Derecho impone normas de conducta; sin embargo, la simple producción y dictado de esas

normas no es suficiente, pues los individuos pueden desconocerlas, por lo que debe establecerse el mecanismo para que se respeten. El Estado, que es quien dicta el Derecho; en la época actual no solo que establece las sanciones para quien no cumpla con las normas de conducta estatuidas (derecho objetivo) y desconozca las facultades de otro miembro de la sociedad (derecho subjetivo), sino que, también debe establecer los mecanismos para imponerlas. El procesalista uruguayo Enrique Véscovi nos dice: *"La conducta humana se ajusta normalmente al derecho, el cual, por otra parte, recoge como norma la regla social, esto es, lo que habitualmente se cumple; los conflictos, pues, de ordinario no se producen, pero en caso de ocurrir, también generalmente, se resuelven por la vía pacífica. No obstante y para los casos de excepción (pese a ser muchos, son de gran excepción) el Estado debe establecer su tutela jurídica, es decir, la prestación del apoyo y el establecimiento de formas para que se respeten las situaciones jurídicas legítimas y se cumpla con el derecho"*. Precisamente para aquello se ha construido en el Ecuador la Justicia Constitucional no solamente como un mecanismo de protección a las garantías fundamentales, a través del juzgamiento y reconocimiento de un derecho fundamental lesionado, sino para apuntalar el gran principio de la seguridad jurídica.

Desde el 20 de octubre del año 2008 el Ecuador ha cambiado su ordenamiento jurídico constitucional de un Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, lo que implica dejar de lado aquellos arquetipos de que la Constitución no podía ser aplicada si es que no existía una ley que nos guíe a tal cometido (la aplicación directa) lo que le ha llevado a decir al ilustre jurista Herbert Krüger, *"antes los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, hoy, las leyes solo valen en el ámbito de los derechos fundamentales"*, o lo referido por el ilustre profesor BACHOF citado por Zavala Egas *"Una visión de conjunto de este material de nuestra Constitución, de su orden de valores y de su pretensión de validez, junto al examen de las competencias de los tribunales, permite conocer el valor de esas competencias en su verdadero sentido. Pues (...) significa actualmente ni más ni menos que se ha entregado a los tribunales la responsabilidad última de cuidar y defender el orden constitucional de valores..."*.

Por tanto las garantías del debido proceso son elementos insoslayables para el efectivo cumplimento de la justicia constitucional y esas garantías tienen como objeto y finalidad el de *"garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional"* al tenor del artículo 1 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, siendo obligación de los jueces constitucionales *"administrar justicia constitucional sin que se pueda suspender ni denegarla por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica"* por la previsión del artículo 2.4 ibídem.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN Y SU ADMISIBILIDAD-PROCEDENCIA

ANTECEDENTE

El antecedente inmediato para el conocimiento del recurso de apelación por parte de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura es la sentencia emitida de manera verbal en la audiencia realizada el 24 de octubre del 2019 y notificada por escrito el día 28 de octubre del 2019 a las 16h10 por el Juez Henry Francis Franco de la Unidad Judicial Multicompetente Civil de la ciudad de Ibarra, en cuya parte pertinente dice:

"...el tratamiento dado por MOVIDELNOR EP., en contra del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA fue discriminatorio en razón de: Haber sido diferenciado del total de 715 funcionarios de MOVIDELNOR EP., de los

cuales son 534 Agentes de Tránsito Activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA sin un motivo objetivo y razonable establecido en el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M. El motivo de la terminación unilateral del contrato ocasional si bien se da en función de lo determinado en el literal f) del Art. 146 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, que dice relación a la terminación unilateral de contrato por parte de la autoridad nominadora, sin que fuere necesario otro requisito previo, si bien tiene sustento reglamentario, éste documento si provoca un diferente trato del señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA en relación a los demás agentes de tránsito de MOVIDELNOR E.P. Que se encuentran en situación similares, es decir bajo la relación contractual de servicios ocasionales; por otro lado, la deferencia en que se pone al antes referido ciudadano al haber sido notificado con la terminación de su contrato no tiene una justificación objetiva y razonable, ya que al momento en que ésta autoridad constitucional consultó a la Procuradora Judicial de MOVIDELNOR E.P., el porqué de dicha notificación solo al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, se limitó a informar que él está dentro de un plan de notificaciones de terminación de contratos ocasionales, debido a que se disminuido el presupuesto anual de MOVILDERNOR E.P., debido a que había perdido una acción de protección en el cantón Huaca de la provincia del Carchi, sobre los foto radares, sin que se haya evidenciado dicho plan de notificaciones, con otra notificación o se haya presentado, dicho plan; así tampoco evidenció de forma objetiva que se haya reducido su presupuesto. Por otro lado, la única notificación de la terminación del contrato ocasional efectuada al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, no hace que el presupuesto vuelva a ser equilibrado, ni que provoque un ahorro sustentable para dicha Empresa, lo que hace que tan decisión no sea ni objetiva ni razonable. Finalmente la notificación de terminación no tiene sustento en faltas disciplinarias o de cualquier otra naturaleza que justifiquen la mencionada decisión; y por el contrario, el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA ha certificado con documentación suficiente (adjuntada a la presente acción) su capacidad técnica y personal para el desempeño efectivo y eficaz de sus funciones en la empresa pública MOVIDELNOR E.P., Tampoco existe una razonabilidad respecto a la proporcionalidad del mencionado objetivo y el medio empleado (la terminación unilateral del contrato ocasional). Los hechos que motivan la presente acción, al cumplir las condiciones establecidas debidamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vulneran el derecho de igualdad formal, material y protección contra la discriminación. 2.3.- Sobre la Seguridad Jurídica.- el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, establece.- 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. Al respecto, esta disposición constitucional, hace alusión a dos aspectos que se deben observar para que exista seguridad jurídica, el primero sobre que toda autoridad sea ésta administrativa o judicial, debe respetar la Constitución; en tal sentido al no haberse cumplido con lo que establece el Art. 66. 4 de la Constitución se estaría afectando a la Seguridad Jurídica, al no respetarse la constitución. III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se emite la siguiente SENTENCIA: Aceptar la acción de protección presentada por el señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, por la vulneración del derecho constitucional contenido en el Art. 66. 4, que dice relación a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, en función de la motivación anteriormente referida y se ordena que la Empresa Pública MOVIDELNOR E.P., reintegre al señor ISAAC JACOBO CHILIQUINGA CHIRIBOGA, en la misma modalidad de contrato a la Empresa MOVIDELNOR E.P., en el sitio en donde desarrollaba su trabajo, durante el tiempo que dura ésta modalidad de contratación dentro de las instituciones públicas o proceder a realizar los trámites legales correspondiente a fin de crear dicho puesto de trabajo de manera permanente y llamar al respectivo concurso de méritos y oposición, para lo cual la Empresa MOVIDELNOR E.P., deberá establecer la correspondiente partida presupuestaria y dotarle de recursos

necesarios, por el tiempo que determina la ley para este tipo de contratos ocasionales; esto se lo hará de forma inmediata, luego de que se haya notificado de ésta resolución por escrito y que se encuentre debidamente ejecutoriada. Ejecutoriada que sea la presente sentencia se remitirá copia certificada a la Corte Constitucional conforme lo determina el Art. 86. 5 de la Constitución de la República del Ecuador. Concédase el Recurso de Apelación interpuesto de forma oral por parte de la Procuradora Judicial de MOVIDELNOR E.P, sujeto el mismo a la fundamentación. Mientras dure el contrato ocasional se MOVIDELNOR E.P, debe garantizar el cumplimiento cabal del contrato, sin dar lugar a represalias o conductas internas que dificulten el normal desempeño de sus funciones. No se disponga la sanción contra ningún funcionarios que elaboró el Memorando Nº MEP-DTH-2019-509-M, de fecha 30 de julio de 2019, suscrito por PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría, Gerente General de MOVIDELNOR E.P. NOTIFÍQUESE".

LA ETAPA DE IMPUGNACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO

La etapa de impugnación es la fase procesal en la cual, las partes (sujetos procesales) involucradas en un proceso judicial-constitucional, manifiestan su inconformidad con la decisión tomada por los órganos jurisdiccionales, sea esa definitiva o incidental; impugnación que se la realiza a través de los diferentes mecanismos denominados recursos, los cuales deben estar previstos en la respectiva ley de la materia y en las demás conexas. En el Ecuador ese derecho ha sido reservado para las partes (sujetos procesales), con la finalidad de que a través de la impugnación ante un órgano jurisdiccional de superior jerarquía, tal decisión sea revisada, en caso de que contenga errores que deban corregirse y que hayan sido perjudiciales para aquellas.

Esta fase procesal tiene su fundamento en la prescripción constitucional prevista en la letra m) del numeral 7 del Artículo 76 de la Constitución que como derecho de protección ha sido positivizado y que concede a las partes el derecho a*: "...m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos".*

Cipriano Gómez Lara, en su obra **Teoría General del Proceso Pg. 335**, nos dice que la impugnación es una fase procesal en la que *"las partes cuentan con los medios para combatir las resoluciones de los tribunales, si éstas son incorrectas, ilegales, equivocadas o irregulares o pronunciadas sin apego a derecho".* Lo que concuerda obviamente con el sentido que tiene la impugnación en la estructura sistémica procesal ecuatoriana.

EL RECURSO DE APELACIÓN Y SU ADMISIBILIDAD

El recurso de apelación es el medio por el cual se ejerce el derecho de impugnación, y del que, según la doctrina imperante en la región se ha dicho que *"...no se trata de un nuevo juicio sino de un nuevo examen y, por tanto, en la apelación solo se puede fallar sobre lo que es materia del recurso. (...) el Tribunal o Juez de apelación extiende su examen a los hechos y al derecho, actuando respecto de ellos con jurisdicción y competencia"* (**MONROY CABRA, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal. Bogotá-Colombia Edit. Temis. Segunda edición. 1979. Pág. 336).** Ahora bien, para que ese recurso de apelación sea admisible ante un Tribunal o Juez de jerarquía superior, debe comportar legitimidad objetiva y subjetiva y esa legitimidad se la valora respecto de los siguientes presupuestos:

Los sujetos habilitados. - Es decir, las personas que están facultadas para proponer el recurso de apelación; ello ha sido previsto por el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al prever que *"Las partes podrán apelar"*. Partes, en un proceso constitucional son: los legitimados activos

previstos en el artículo 9 ibídem; y, los legitimados pasivos previstos en el artículo 41 de dicha ley; por tanto, la recurrente MOVIDELNOR EP, al ser legitimado pasivo, está habilitada para recurrir y continuar ejerciendo sus derechos en esta segunda instancia.

El tiempo. - Este presupuesto igualmente constituye un requisito de admisibilidad ya que si no ha sido interpuesto el recurso dentro del tiempo que la ley ha previsto, deviene en improcedente, por ello, el artículo 24 inciso primero de la LOGJCC ha previsto que el recurso de apelación debe interponerse por las partes *"en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito"*. El recurso de apelación ha sido presentado dentro del tiempo previsto, es decir, comporta legalidad procesal por haber sido presentado conforme con la norma invocada.

El interés procesal. - Consistente en la finalidad por la cual se recurre: *enmienda de los actos procesales que afecten el principio de legalidad ya que en un segundo análisis al proceso se puede detectar los puntos en donde se rebasa no solo la legalidad sino incluso la constitucionalidad del proceso y si existen razones suficientes para suponer su reparación a través de un nuevo fallo*. La recurrente, ha dicho de manera expresa que su interés impugnatorio, es la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Las afecciones procesales *(fundamentaciones).* - Relativos a los aspectos principales del recurso y que han de ser motivo de decisión en segunda instancia, los mismos que se generan cuando una desventaja o perjuicio que provoca la resolución judicial que restringe un derecho o una libertad proviene de errores cometidos por ese órgano judicial y que pueden ser *in procedendo* (de actividad: afectación al trámite anterior a la resolución impugnada) o *in iudicando* (de juicio: en la determinación de los hechos, en la apreciación de la prueba, selección y valoración de las normas jurídicas o meros errores materiales). La recurrente sin bien ha interpuesto el recurso de apelación en la audiencia respectiva y no existe norma jurídica que le obligue a fundamentar tal recurso, por mandato del artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se ha de analizar todo lo actuado en la audiencia de primera instancia (mérito de los autos) para emitir la correspondiente a segunda instancia.

En la presente causa, estos presupuestos de legitimación se encuentran cumplidos, por tanto el recurso de apelación ha sido admitido en lo formal por el juez de primera instancia, correspondiéndole entonces al Tribunal de la Sala determinar si la apelación tienen sustento jurídico sobre la base del MERITO DE LOS AUTOS, conforme exige el artículo 24 de la Ley Orgánico de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y sobre la base de los derechos que el accionante ha dicho se le han vulnerado, y que ha decir de Isaac Jacobo Chiliquinga son: Los de Protección, respecto a la falta de motivación; los de libertad respecto de la igualdad formal, material y no discriminación; a una vida digna; al trabajo; y, a la seguridad jurídica.

Veamos:

- ***SOBRE LA FALTA DE MOTIVACIÓN:***

La Constitución de la República en su artículo 76.7 letra l) reconoce la garantía de la motivación como sustento democrático del poder estatal, ello quiere decir –como afirman muchos tratadistas, estudiosos, legos y no legos del constitucionalismo- dar razones de las decisiones que se tomen mediante resoluciones, actos administrativos o fallos. La Corte Constitucional ecuatoriana nos ha delimitado los parámetros de debe cumplir un proceso motivacional para que tenga concordancia constitucional, y nos ha precisado que son tres básicamente: ***"Para que exista una correcta motivación deben confluir tres aspectos fundamentales que son la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad"*.**

La Razonabilidad, que debe ser entendida, -en palabras de la Corte Constitucional- *"como un juicio de adecuación del caso con los principios y normas constitucionales a las que se suman las normas de derechos humanos contenidas en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional; que una sentencia es razonable en tanto y en cuanto se armoniza al derecho constitucional vigente y apropiado para resolver un caso, de modo que se muestre que el criterio del juzgador se fundamenta en normas e interpretaciones que guardan conformidad con la Constitución y no en aspectos que colisionen con esta"*. En el caso, el cuestionamiento de "falta de motivación" no es relativa a la actuación del juez sino del acto impugnado, por tanto, ello es lo que ha de evaluarse; así, el acto denominado MEP-DTH-2019-509-M del 30 de julio del 2019 mediante el cual se da por terminada la relación contractual ocasional habida entre el accionante Isaac Chiliquinga y la Empresa accionada Movidelnor EP, no va en contra de las disposiciones constitucionales o de las normas de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; por el contrario, el acto impugnado se ha producido en aplicación del ordenamiento jurídico en materia de servicio público, es decir, en relación con el artículo 146 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio de Público y además en cumplimiento del mismo contrato de servicios ocasionales, al que de manera voluntaria, el accionante se ha sometido con la Empresa Pública Movidelnor. Tanto la LOSEP cuanto su Reglamento gozan de la presunción de Constitucionalidad y ello ha sido aplicado por la empresa accionada.

En cuanto a la logicidad del acto impugnado y que así mismo, en palabras de la Corte Constitucional, es *"la coherente existencia de conclusiones jurídicas respaldadas por las premisas que componen la resolución, vinculadas por medio de juicios establecidos en base a reglas. La lógica debe ser entendida como la coherencia e interrelación de causalidad que debe existir entre los presupuestos de hecho, las normas jurídicas aplicadas al caso y por consiguiente, con la conclusión adoptada por los jueces, es decir entre las premisas fácticas, premisas normativas y la conclusión obtenida*". Para determinar si el acto impugnado contiene el requisito de lógica es necesario analizar si la premisa fáctica guarda concordancia con la premisa normativa aplicada por la autoridad accionada y que éstas, a su vez, guarden relación con la decisión o acto adoptados; en el caso, la premisa fáctica es la existencia de una relación contractual por servicios ocasionales habida entre Isaac Chiliquinga y la Empresa Pública Movidelnor; en tanto que las premisas normativas, son las previstas por el artículo 146 del Reglamento General de la LOSEP y cláusula TERCERA del contrato celebrado, el 1 de abril del 2019 (según ha afirmado el accionante) que han previsto la ***"terminación unilateral de los contratos de servicios ocasionales por parte de la autoridad contratante"***; es decir, se trata de una facultad administrativa de la autoridad que el mismo ordenamiento jurídico le autoriza, para que pueda dar por terminada una relación contractual de esa naturaleza; lo cual torna que el acto impugnado por el accionate mediante esta acción constitucional comporte lógica, ya que tanto la premisa fáctica (existencia de un contrato de servicios ocasionales habido entre el agente civil de tránsito Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga y la Empresa Pública Movidelnor del 1 de abril del 2019 hasta el 30 de julio del 2019), cuanto las normativas (formas de terminación Ley-contrato), llevan a una conclusión correcta (notificación unilateral de terminación del contrato ocasional).

Finalmente, la Corte Constitucional nos dice que *"El tercer y último requisito de la motivación es la comprensibilidad que se refiere al hecho de que los jueces garanticen a las partes procesales y al conglomerado social el entendimiento y comprensión directa de su razonamiento mediante el uso de un lenguaje claro y una adecuada construcción semántica y contextual"*. Al respecto, y trasladando estos presupuestos al acto impugnado, se ha podido observar que su contenido es muy claro y entendible en el idioma castellano que es uno de los reconocidos oficialmente por la Constitución, dice en su texto: ***"Memorando No. MEP-DTH-2019-509-M.- Ibarra, 30 de julio del 2019. PARA: CHILIQUINGA CHIRIBOGA ISAAC JACOBO. AGENTE CIVIL DE TRANSITO. ASUNTO: Notificación de terminación de Contrato de Servicios Ocasionales. De mi consideración: Por el presente me dirijo a usted; para poner en su conocimiento que el 31 de julio del 2019 termina su relación laboral con la Empresa Pública de Movilidad "Movidelnor EP" (…) En consecuencia, Notifico a usted, cumpliendo con lo expuesto en las disposiciones legales antes enunciadas. La Empresa Pública de Movilidad MOVIDELNOR EP le agradece por los servicios brindados durante este tiempo (…) Particular que informo, para los fines legales pertinentes. Atentamente PhD. Juan Manuel Mantilla Echeverría GERENTE GENERAL"***. Un documento totalmente claro y entendible para cualquier ciudadano que, al menos haya cursado un nivel mínimo de escolaridad en el Ecuador.

De lo cual, el acto impugnado, comporta suficiente motivación conforme exige el ordenamiento jurídico constitucional y legal. Una correcta motivación, como bien nos enseña la Corte Constitucional debe contener estos parámetros mínimos; no se trata de consignar normativa y doctrina ampulosa para decir que una resolución o acto de poder público se encuentre motivada no, la motivación es sencilla: Dar razones suficientes, lógicas y claras de una decisión, y ello, contiene el memorando en ciernes; por tanto, el argumento de falta de motivación del acto impugnado, no es procedente.

- ***SOBRE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD FORMAL, MATERIAL Y NO DISCRIMINACIÓN.***

El artículo 66.4 de la Constitución de la República reconoce estos derechos. Al respecto, el accionate Isaac Chiliquinga precisa que ***"ha sido discriminado, ya que los motivos para la terminación unilateral del contrato ocasional despiertan inquietud si se toma en consideración que es una persona entre un total de 715 funcionarios de Movidelnor, de los cuales son 534 agentes de tránsito activos al servicio de la institución y de una promoción total de 211 agentes de la que fue parte el señor Isaac Chiliquinga"*** y se fundamenta en el hecho de que ***"tal discriminación se materializa en que durante toda su experiencia como agente civil de tránsito no ha recibido ninguna amonestación disciplinaria, que su capacidad técnica y personal es suficiente para el desempeño de sus funciones"***.

En el caso, no se ha tratado de un proceso de evaluación a su desempeño y que haya incidido de manera ofensiva en alguna calificación para desvinculación sobre la base de criterios discriminatorios de los previstos en el artículo 11.2 de la Constitución de la República (*etnia, lugar de nacimiento,, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud portador de VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente*); por el contario, simplemente se ha tratado de un ejercicio de competencias del servicio público, establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para la autoridad nominadora. Es más, se ha respetado el plazo para el cual ha sido

contratado ocasionalmente mediante el contrato celebrado el 1 de abril del 2019 y que expiraba el 31 de julio del 2019; es decir, el accionante sabía con antelación que su relación contractual terminaba el 31 de julio del 2019 y esa condición se sometió de manera voluntaria; a lo mejor pudiese haber existido alguna vulneración en el caso hipotético de que el contrato de servicios ocasionales termine con antelación (*aunque dice la ley de la materia referida y el contrato suscrito, en cualquier tiempo*), de manera arbitraria, irrespetándose el pazo o por alguna causa atentatoria de los derechos contractuales previstos en el contrato; pero nada de ello ha sucedido; lo único que se trata, insistimos, es del ejercicio de una facultad de la autoridad, de conformidad con el ordenamiento jurídico regulador del servicio público y de la ejecución del contrato de servicios ocasionales por haberse cumplido el plazo para el cual el agente civil de tránsito Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga fue contratado por la Empresa Pública Movidelnor que fenecía el 31 de julio del 2019; en consecuencia, no se ha constatado vulneración alguna al principio de igualdad previsto por el artículo 66.4 de la Constitución de la Republica, debiendo desecharse también este argumento del accionante.

- ***SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A UNA VIDA DIGNA***

El artículo 66.2 de la Constitución de la República prevé que *"El Estado reconoce el derecho a una vida digna que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios"*. Fundamenta la vulneración en el hecho de que *"Existen 715 funcionarios en la empresa Movidelnor; que de ellos, 534 son agentes de tránsito en el desempeño de sus funciones (sic); y que, 211 son agentes de la última promoción que mantienen contratos de servicios ocasionales con MOVIDELNOR EP, y que por tanto se estaría vulnerando los derechos de este excedente de personal ocasional"*.

Tal argumento, en todo caso cuestiona la estructura organizativa del talento humano de la Empresa Movidelnor, pero nada tiene que ver con aquella obligación del Estado de procurar a los ciudadanos a una vida digna; esta consiste en acceder a esos derechos traducidos en bienes y servicios que el Estado, obviamente, debe permitir y procurar de acuerdo con las competencias organizativas estatales sobre la base de la inversión pública, privada y mixta. Si el Estado reconoce el derecho a una vida digna según esta previsión constitucional, quiere decir, que es todo ese conjunto de derechos, en su integralidad, que deben traducirse en políticas públicas, porque la vida digna, no solamente se construye sobre la base de uno de esos derechos sino de todos. Esta previsión constitucional es el norte que debe guiar a toda la estructura institucional del Estado, al momento de construir su misión y su visión institucional; no quiere decir que el Estado tiene la obligación de darle trabajo a "alguien" para que viva "dignamente", a eso no se refiere esta previsión constitucional; por tanto, este argumento también debe ser desechado.

- ***SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO***

El artículo 33 de la Constitución de la República, nos dice *"El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a la personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de una trabajo saludable y libremente escogido o aceptado"*. El argumento vulneratorio del

accionante se sustenta sobre la base de que ***"Considerando que, con fecha 1 de octubre del 2018 se celebró el primer contrato por prestación de servicios ocasionales hasta el 30d e julio del 2019 que se le notificó su terminación (...) es preciso señalar la vulneración flagrante de las disposiciones del artículo 326.2 de la Constitución de la República en que se menciona que <los derechos laborales son irrenunciables e intangible. Será nula toda estipulación en contario>, en el memorando impugnado no se ha indicado el régimen laboral en el cual se da la terminación del contrato de servicios ocasionales prestados por Isaac Chiliquinga. Que si bien aparece su firma en los contratos y se establece la sujeción a las disposiciones de las normas reguladoras del régimen de contratación ocasional, a pesar de no reconocerse su estabilidad, la perdida de los demás derechos laborales no se contempla por su misma naturaleza (sic). Así, alegar la imposición arbitraria de la voluntad del Estado a través de Movidelnor y su gerente con el fin de vulnerar derechos laborales históricamente consagrados en la legislación nacional es imposible en la concepción del estado de derechos y justicia social (sic); (...) por tanto, el acto impugnado se trata de una fraude a la ley es nulo a pesar de la existencia de un contrato debidamente suscrito"***.

Al respecto, el Estado en el artículo 33 de la Constitución de República ha previsto como un derecho del buen vivir, EL TRABAJO. Obviamente el trabajo es fuente de realización personal e Isaac Chiliquinga ha tenido acceso a ese derecho. La Empresa Movildenor le ha dado la oportunidad de servir, a través de ella, a los ciudadanos, y lo ha hecho de manera eficiente como bien han certificado el Ing. Vladimir Chanalata, Jefe de Educación y Seguridad Vial, así como la Jefa de Talento Humano Ing. Mishell Yépez sobre que no registra faltas disciplinarias. Pero como dijimos antes (supra), no nos encontramos frente a un proceso de evaluación de servidores públicos sino de la terminación unilateral de un contrato, en el cual, un servidor público, puede ser el mejor o uno de los mejores en su ámbito, pero eso no le habilita ni le da derecho para mantener una obligación contractual indefinida, contraviniendo la naturaleza contractual por la cual de manera voluntaria se obligó. Por la vía de la acción de protección no podemos los jueces "por muy constitucionalistas que seamos", cambiar la naturaleza de una relación contractual ocasional, a una posible indefinida, ni tampoco, alterar la estructura del talento humano de la Empresa Pública Movidelnor. Solamente el Ministerio del Trabajo puede hacerlo sobre las bases de su competencia constitucional y legal. Por tanto, esta alegación también se torna improcedente porque no existe vulneración alguna al derecho al trabajo. Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga, se sometió de manera voluntaria, a las condiciones legales de la contratación ocasional prevista por la LOSEP en tres ocasiones, y obviamente tal relación contractual ha terminado de manera clara mediante el Memorando No. MEP-DTH-2019-509-M del 30 de julio del 2019. Que los derechos derivados de la esa relación contractual no hayan sido satisfechos por la Empresa Movildenor, es otra cuestión de reclamo, pero no por la vía constitucional de la acción de protección.

- ***SOBRE LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA***

El artículo 82 de la Constitución de la República prevé, *"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"*. Ha dicho el recurrente en la audiencia de primera instancia que "La empresa pública Movidelnor debió aplicar lo que disponen los artículos 82, 11, 226 y 426 de la Constitución de la República, porque esta acción no trata de actuar en contra de Movildenor sino se establezca de que en el momento en que no motivaron de manera oportuna y eficiente sus acciones para superar la deficiencia del sistema de contratación

y garantizar los derechos enunciados al ciudadano Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga y por el contrario descargar en el ciudadano una responsabilidad por actos no imputables a su conducta y castigarlo privándolo de sus legítimos derechos laborales, son actos y omisiones que configuran la vulneración de sus derechos que se deben reparar".

Al respecto nos dicen los expertos constitucionalistas y eruditos en el derecho administrativo, y es muy conocido por los juristas, que en el sector público pueden darse actos administrativos; actos de simple administración; y, actos que comportan negocios jurídicos, cada uno de los cuales con su particularidad propia (obviamente creados mediante ley o reglamentos), y su discusión debe llevarse al campo de la legalidad (contencioso administrativo), para su tratamiento. Cuando se trata del cuestionamiento de actos normativos que comporten perjuicios para los ciudadanos sobre quienes recaiga su regulación, la vía correspondiente es la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional conforme prevé la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. No podemos por la vía de la acción de protección, a decir del accionante, ***"superar la deficiencia del sistema de contratación ocasional en el sector público"***; eso está regulado por la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento General de aplicación que, como dijimos supra, están revestidos de la presunción de constitucionalidad y mientras esa normativa jurídica esté vigente y no haya sido reformada o derogada, pues las autoridades administrativas, tiene obligación de observancia y aplicación. No se ha vulnerado por tanto el principio de la seguridad jurídica, más bien la Empresa Movidelnor y su gerente han aplicado normas previas, claras y públicas, en el ámbito de sus competencias, conforme les regula la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento respecto de la contratación ocasional, así como el contrato mismo que, según previsión del artículo 1561 del Código Civil, es ley para las partes ***"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"***. Ergo, es lo que ha sucedido en la empresa Movildenor al dar por terminado de manera legal, reglamentaria y contractual, mediante el Memorando No. MEP-DTH-2019-509-M, del 30 de julio del 2019, el contrato de servicios ocasionales suscrito entre Isaac Jacobo Chiliquinga Chiriboga el 1 de abril del 2019 con vigencia al 31 de julio del 2019

No existe en consecuencia, vulneración de ninguno de los derechos alegados por el accionante de la referencia.

III. RESOLUCIÓN

Por lo expuesto en esta fundamentación, y sobre la base del artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPUBLICA,** RESUELVE:

1. **ACEPTAR** el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Pública Movidelnor por no existir vulneración de ninguno de los derechos alegados; y,
2. **REVOCAR** la sentencia emitida por escrito el 28 de octubre del 2019 a las 16h10, por el Juez Henry Francis Franco de la Unidad Judicial Multicompetente Civil de la ciudad de Ibarra que ha aceptado la acción y en su lugar rechazar la acción de protección incoada conforme con la previsión del artículo 42.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por improcedente.

EJECUTORIADA que se esta sentencia, devuélvase el expediente a la antedicha Unidad para los fines pertinentes y el señor actuario de esta Sala cumpla con la previsión del artículo 25.1 de la Ley Orgánico de

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- No existe incorrección de ningún servidor judicial que merezca tal declaratoria.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

f: ALVEAR FLORES JAIME EDUARDO, JUEZ (E); FIGUEROA GUEVARA SOFIA, JUEZA; HERNANDEZ HIDROBO OLAVO MARCIAL, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

ROSALES RODRIGUEZ RAUL
SECRETARIO RELATOR (RT)