

CUADERNOS de PROTECCIÓN

2

GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y MIGRACIONES INTERNACIONALES EN QUITO

Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Refugiados

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Javier Arcentales Illescas
Coordinador

EL RETO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MOVILIDAD HUMANA

Efectividad de las garantías jurisdiccionales

Javier Arcentales Illescas, *coordinador*

Serie Cuadernos de Protección

Volumen 2

Primera edición:

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E)

Programa Andino de Derechos Humanos

Convenio marco de cooperación Fundación Ambiente y Sociedad /

ACNUR / UASB-E

Quito, marzo 2014

Equipo de investigación:

Javier Arcentales Illescas, investigador Movilidad Humana

Susy Garbay Mancheno, investigadora Derechos Humanos

Silvana Sánchez Pinto, investigadora Derecho Constitucional

Apoyo metodológico: Gardenia Chávez Núñez

Coordinación editorial: Sonia Aguilar

Diseño, diagramación e impresión: Mantis Comunicación

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar: 978-9978-19-616-8

ISBN ACNUR: 978-9942-8511-1-6

Derechos de autor: 043308

La investigación que dio origen a este libro fue realizada gracias al apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. Las opiniones que aquí se expresan son responsabilidad del autor y, por tanto, no suponen un punto de vista oficial de ACNUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR

Avenida Amazonas 2889 y La Granja • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 2460 330 • Fax: (593 2) 2460280

www.acnur.org • ecuqu@unhcr.org

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

Tabla de contenido



Introducción	5
Marco doctrinario y normativo de las garantías jurisdiccionales en materia de movilidad humana	11
Análisis de sentencias de garantías jurisdiccionales	57
Conclusiones	123
Bibliografía	131

Introducción

En Ecuador la Movilidad Humana es un hecho social complejo pues, sus diferentes dinámicas ocurren de manera simultánea: emigración, inmigración, refugio, migración y desplazamiento internos. Además, tienen lugar los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes cuyas víctimas son personas en contexto de movilidad. De manera consecuente con esta realidad, la Constitución ecuatoriana reconoció algunos derechos y principios específicos para este grupo de personas que se incluyen dentro de los grupos de atención prioritaria.

Entre los principales derechos y principios que conforman el marco constitucional de protección de las personas en movilidad se encuentran: el derecho a migrar, el principio de igualdad entre personas nacionales y de otras nacionalidades, la prohibición de discriminación por condición migratoria, el desarrollo del derecho al asilo, el principio de no devolución, la ciudadanía universal, el progresivo fin de la condición de extranjero, entre otros.

Como consecuencia de este reconocimiento las personas en movilidad son titulares de todos los derechos constitucionales, los previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos y todos aquellos necesarios para su pleno desenvolvimiento, entre los cuales, se encuentra el derecho al acceso a la justicia.

A pesar de este reconocimiento, en la práctica se aplican normas que contradicen estos derechos, tales como la Ley de Migración y la Ley de Extranjería, que datan del año 1971 y fueron elaboradas bajo la doctrina de la soberanía y la seguridad nacional. De igual manera, se ha generado

normativa con contenido regresivo y restrictivo de derechos, como es el caso del Decreto 1182 de 2012 que regula el derecho a solicitar asilo en Ecuador. Esto ha determinado una brecha considerable entre los derechos constitucionales sobre movilidad y las prácticas institucionales.

No obstante, la Constitución ecuatoriana establece mecanismos para que los derechos y aquellos que han sido reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos se hagan efectivos y no queden en una simple declaración normativa. Estos mecanismos para hacer efectivos los derechos son denominados garantías constitucionales, dentro de las que se encuentran las garantías jurisdiccionales que pueden ser activadas, como expresión del derecho de acceso a la justicia, frente a amenazas o violaciones a los derechos de cualquier persona, sin importar su origen nacional o condición migratoria.

Con estos antecedentes, en el marco del convenio firmado entre la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Fundación Ambiente y Sociedad (FAS), y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) durante el año 2012, se realizó un estudio sobre Garantías Jurisdiccionales y Movilidad Humana con énfasis en las dinámicas de inmigración y refugio. Este estudio tuvo como objetivo principal el caracterizar el ejercicio real de las garantías jurisdiccionales, activadas en materia de migraciones internacionales entre los años 2008 y 2012, en la ciudad de Quito y precisar recomendaciones específicas para procesos de capacitación a la Función Judicial.

Para desarrollar este estudio se planteó una metodología que tiene como base los enfoques de derechos humanos, género y diversidades desde los cuales se ha analizado la información recolectada. Desde el enfoque de derechos humanos se observa el cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto y garantía, de las cuáles se derivan el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva; en particular, en la efectividad de las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos de las personas refugiadas e inmigrantes.

El enfoque de género comprende una categoría de análisis que permite observar las relaciones de desigualdad entre hombres, mujeres y personas trans que pueden ser relevantes al momento de resolver una garantía judicial; y el enfoque de diversidades permite el análisis desde una pers-

pectiva que posibilita la identificación de elementos político-culturales que ayuden a comprender la situación particular de personas de otra nacionalidad y si esta categoría es observada como un factor para la discriminación y restricción de derechos en las sentencias de garantías judiciales.

Adicionalmente a estos enfoques, se incorpora como un elemento transversal en el análisis, los derechos y principios específicos en materia de movilidad humana, tanto aquellos reconocidos constitucionalmente como los que forman parte de instrumentos internacionales; tomando en cuenta de manera particular aquellas obligaciones estatales específicas para garantizar los derechos de las personas inmigrantes y refugiadas.

En la metodología planteada se definieron fuentes primarias y secundarias de recolección de información, situando el énfasis en la recopilación de sentencias sobre garantías jurisdiccionales que hayan sido interpuestas en defensa de los derechos de movilidad. Sin embargo, ante la ausencia de bases de datos que sistematicen la información en las instituciones estatales y de la sociedad civil, no fue posible conocer con certeza el número de garantías jurisdiccionales activadas en esta materia dentro del período comprendido para el estudio. Frente a esta limitación se recurrió a diferentes instituciones para obtener copias de las sentencias y de manera complementaria se realizaron búsquedas en el sistema en línea de consultas de casos de la Función Judicial de Pichincha y la Corte Constitucional. De igual manera, aportó en gran medida la base de datos de garantías jurisdiccionales de los años 2010 y 2011, del Programa Andino de Derechos Humanos (PADH) de la UASB.

Fruto de este proceso, se llegó a recopilar 94 sentencias que conforman el universo de esta investigación y su contenido constituye el objeto principal de análisis de este estudio. En este grupo de sentencias se han incluido aquellas que contienen un pronunciamiento judicial sobre el fondo, lo que no incluye los casos de inadmisión a trámite o desistimiento de la parte actora. Se exceptúa un caso de hábeas data, por ser el único identificado que tenía relación con el tema central de este estudio.

Entre las 94 sentencias se han considerado también cuatro sentencias de recursos de amparo¹ que han sido resueltas luego de entrada en vigen-

1 El recurso de amparo era una de las garantías jurisdiccionales de la Constitución ecuatoriana de 1998, conjuntamente con el hábeas corpus y el hábeas data. Esta garantía protegía frente a amenazas o vulneraciones a los derechos constitucionales que no estén protegidos por las otras dos garantías. Es comparable, en cierta medida, con la actual acción de protección.

cia de la Constitución de 2008 y que han sido interpuestas en defensa de derechos de personas en movilidad, entre ellas el caso de una persona de nacionalidad ecuatoriana que interpuso este recurso frente a una prohibición de salida del país por motivos tributarios. Si bien estos casos forman parte de la totalidad de sentencias recopiladas, no se profundiza en su análisis dado que el estudio hace énfasis en las garantías de la Constitución vigente, que protejan derechos de personas inmigrantes y refugiadas.

Por otra parte, la mayoría de sentencias encontradas -78 de las 94- corresponden a acciones de hábeas corpus interpuestas en gran parte por detenciones a causa de la condición migratoria irregular. Por este motivo, se extrajo una muestra de 46 de las sentencias sobre las que se ha profundizado en el análisis. En tanto que, respecto de las garantías restantes, se han analizado la totalidad de casos considerando su número inferior.

En este mismo sentido y por motivos de extensión y el tiempo determinado para desarrollar la investigación, esta se ha centrado en las sentencias judiciales y no constituye una revisión de todas las etapas del proceso de tramitación de las garantías. Complementariamente, se realizó un taller con representantes de los equipos jurídicos de las ONG e instituciones públicas, que trabajan en temas de movilidad humana, a fin de contar con mayores elementos sobre la experiencia, las prácticas institucionales y las percepciones frente a los procesos de activación de las garantías jurisdiccionales.

Además, se realizó una entrevista al Director del Centro de Estudios de la Corte Constitucional y a dos abogados de la Defensoría Pública que activaron garantías jurisdiccionales en temas de movilidad humana. En el caso de la Defensoría del Pueblo, se decidió no hacer entrevistas ya que se contó con un representante en el taller de recolección de información.

De esta manera, el presente documento analiza y sistematiza la información recopilada, a fin de caracterizar el ejercicio real de las garantías y su efectividad en la protección de los derechos de las personas inmigrantes y refugiadas. Como punto de partida se realiza una revisión y análisis del marco doctrinario y normativo sobre el que se desarrolla este estudio. Esta parte comprende la revisión de las principales corrientes teóricas sobre el acceso a la justicia, la naturaleza de las garantías, la determinación de los estándares internacionales, el contenido mínimo de estos derechos y la re-

visión sobre las principales corrientes doctrinarias de interpretación y argumentación jurídicas.

Posteriormente, con base en este marco doctrinario y normativo se definen los criterios desde los cuáles se analiza el contenido de las sentencias y se identifican algunas prácticas institucionales en la activación de las diferentes garantías jurisdiccionales, con la finalidad de determinar si cumplen con los parámetros establecidos.

Finalmente, con los hallazgos obtenidos en el análisis de las sentencias se identifican los aspectos prioritarios sobre los que se construirá la propuesta de capacitación para operadores de justicia.

Marco doctrinario y normativo de las garantías jurisdiccionales en materia de movilidad humana

La actual Constitución ecuatoriana reconoce formalmente una amplia gama de derechos para todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, que deben ser respetados, protegidos y cumplidos por el Estado.

Como ya se señaló en líneas anteriores, para las personas en situación de movilidad humana, como uno de los grupos de atención prioritaria, se reconocen derechos específicos. Para el caso de amenaza o violación de estos derechos, se ha previsto las garantías jurisdiccionales, que son la materialización del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial como recurso eficaz y efectivo.

Las garantías jurisdiccionales contempladas en el ordenamiento constitucional ecuatoriano son: la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y las medidas cautelares y han sido concebidas y diseñadas a fin de fortalecer su carácter de medidas de protección.

Las personas en situación de movilidad humana en Ecuador son titulares de todos los derechos sin discriminación alguna, incluyendo el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos, y están legitimados para activar todas las garantías jurisdiccionales en caso de que sus derechos no sean respetados, protegidos, ni cumplidos.

Como se ha evidenciado en el Informe de Movilidad Humana 2011 de la Coalición por las Migraciones y el Refugio,² la población en situación de movilidad humana es víctima de restricción y violación de derechos, debido a las nociones de seguridad pública, soberanía nacional, selectividad migratoria y un imaginario público con estereotipos xenófobos.

En el mencionado informe, se describen violaciones al derecho a migrar en el proceso de otorgamiento de visados, regularización de la permanencia en Ecuador, dificultades en el reconocimiento del estatus de refugio, cesación de la condición de refugiados, revisión del estatus de refugiados, los procesos de deportación con carácter penal y criminalizante la aplicación de normas de exclusión y deportación, sobre todo, para las personas que se encuentran en situación migratoria irregular, que involucran privación arbitraria de libertad, malos tratos y violación del principio de no devolución.

Otras violaciones de derechos humanos contra la población en movilidad humana, señaladas en el informe son las relativas a derechos de identidad, nacionalidad, igualdad y personalidad jurídica debido a los obstáculos para inscribir y reconocer a hijos e hijas de personas de otra nacionalidad.

El informe señala la persistencia del delito de trata de personas que atenta contra los derechos a la libertad y seguridad personales, a la libertad e integridad sexual, al derecho a no ser esclavizado para fines laborales.

Finalmente, se evidencia discriminación en el acceso al derecho a la educación contra estudiantes jóvenes de otra nacionalidad.

Frente a estas violaciones, las organizaciones de defensa de la población en movilidad humana han venido activando garantías jurisdiccionales; especialmente, la acción de hábeas corpus y en menor medida la acción de protección.

Lineamientos doctrinarios sobre derecho de acceso a la justicia y obligación estatal de tutela judicial efectiva

El derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva puede ser analizado bajo el enfoque de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

² Coalición por las Migraciones y el Refugio, "En el país de la ciudadanía universal, informe sobre movilidad humana, 2011", Quito, Efecto Estudio Creativo, 2012.

Desde la doctrina de la responsabilidad estatal en materia de derechos humanos, sus obligaciones son las de respetar; proteger (prevenir, investigar, sancionar), asegurar y garantizar el goce derechos humanos y reparar sus violaciones.

En este sentido, el Estado debe garantizar el acceso a la justicia y tutelar judicialmente de manera efectiva a quien a ella accede. Así da cumplimiento a su obligación de proteger, a través de una oportuna y eficiente administración de justicia, que le permita prevenir, investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos. En el caso de esta investigación, de los derechos humanos de las personas y colectivos en situación de movilidad humana.

En cuanto a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y, particularmente, en relación a la tutela judicial efectiva, los organismos de los Sistemas de Protección, han desarrollado su alcance. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló al respecto:

el compromiso de todo Estado parte en la Convención de “respetar y asegurar” el ejercicio de los derechos garantizados en virtud del artículo 1.1, exige que se establezcan los debidos mecanismos para hacerlos efectivos. Los tribunales, como mecanismo principal para interpretar y aplicar la ley, desempeñan una función fundamental para asegurar la efectividad de todos los derechos y libertades protegidos. Las deficiencias del sistema judicial y de la administración de justicia reducen la posibilidad del individuo de tener acceso a la justicia en todas las esferas de la vida.³

El acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva comprende la posibilidad de acudir ante el órgano de administración de justicia para obtener una decisión motivada que responda a los contenidos materiales de la Constitución y de los estándares internacionales de protección de derechos humanos; decisión que tenga eficacia a fin de que pueda ejecutarse. Con estas características podemos hablar de un recurso eficaz y efectivo.

La tutela judicial efectiva está integrada, a su vez, por otros derechos que la hacen posible, como el derecho de libre acceso a la justicia, el derecho a contar con jueces independientes e imparciales, el derecho a recibir una decisión oportuna, el derecho a la asistencia profesional gratuita, el derecho a los recursos legales, la prohibición de indefensión⁴ y todas las garantías del debido proceso.

3 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la situación de derechos humanos en Ecuador, capítulo III, derecho al recurso judicial y a la administración de justicia en el Ecuador”, 1997.

4 Vánesa Aguirre, “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador”, en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos. Ecuador 2009*, Quito, USB, 2009, p. 15.

Gerardo Pisarello señala que integran también el derecho de acceso a la justicia: la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la información y la igualdad de armas en los procesos.⁵ Para este autor, la tutela judicial efectiva no comprende solamente el acceso a la jurisdicción sino la fase de ejecución de las sentencias, para lo cual se debe garantizar otros derechos como el de organización, participación en la ejecución y seguimiento de las sentencias, el derecho de ser informado, a asociarse, y a ser oído durante esta fase.⁶

El derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva solo puede ejercerse y estar vigente si se cuenta con jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, y con el poder para hacer cumplir sus decisiones; en suma, una administración de justicia orientada a la protección de derechos de las personas y los colectivos.

La independencia judicial es la capacidad de los jueces de actuar libres de la influencia del poder político, económico, así como libres de presiones provenientes de prejuicios sociales y culturales.

De conformidad con los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, esta debe ser garantizada por el Estado y los jueces están obligados a resolver basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.⁷

El principio de independencia judicial, al decir de Agustín Grijalva, se refleja en la capacidad de los jueces de establecer su interpretación jurídica incluso contra la posición de otras funciones del Estado y con una baja probabilidad de drásticas retaliaciones políticas por parte de las otras funciones del Estado.⁸

La eficiencia o el poder de hacer cumplir sus decisiones, para Grijalva, tiene relación con la efectividad en la protección de derechos, preservando de esta manera la supremacía constitucional. La independencia y la

5 Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 125.

6 *Ibid.*, p. 126.

7 Naciones Unidas, *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán de 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

8 Agustín Grijalva, "Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador", en Julio Echeverría, edit. *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya Yala, 2008, p. 53.

eficiencia están relacionadas ya que a mayor independencia se esperaría mayor profesionalidad y agilidad en los procesos.⁹ De otra parte, la tutela judicial efectiva legitima a la administración de justicia.

En el caso de esta investigación, se podrá hablar de legitimidad de la actuación de los jueces cuando sus decisiones efectivamente protejan los derechos de las personas en movilidad humana; a fin de concretar la obligación que reconoce en el art. 392 de la Constitución: “El Estado velará por los derechos de las personas en movilidad humana”.

Considerando que las personas en movilidad humana son un grupo de atención prioritaria la Administración de Justicia debe tomar en cuenta esta condición para proteger de manera efectiva sus derechos.

Resumiendo, las pautas doctrinarias presentadas aportan elementos para esta investigación que permitirán evaluar en el análisis de las sentencias jurisdiccionales, el alcance concreto que ha tenido el derecho de acceso a la justicia y si ha existido tutela judicial independiente, imparcial, oportuna y efectiva protectora de los derechos de las personas en movilidad humana, tanto en la prevención de violaciones como en la investigación, sanción y reparación cuando las violaciones se han producido.

Marco normativo del derecho de acceso a la justicia y obligación estatal de tutela judicial efectiva

Las normas de origen nacional y las normas de origen internacional de derechos humanos suscritas, aprobadas y ratificadas por Ecuador, integran un solo ordenamiento jurídico, un solo *corpus iuris* de derechos humanos, siguiendo la teoría monista, adoptada por nuestra Constitución, que reconoce a los instrumentos internacionales, en los art. 3 y 10, con la misma fuerza normativa que la Constitución; y en el caso de tratados internacionales de derechos humanos ratificados, que reconozcan derechos más favorables, con fuerza superior incluso a la constitucional, según el art. 424.

A continuación, se presenta una clasificación, con propósitos más bien metodológicos, dada la unidad e integridad del ordenamiento jurídico.

9 *Ibid.*, p. 65.

Marco normativo de fuente nacional

En el art. 75 de la Constitución se reconoce el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, como parte de los derechos de protección:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

En este artículo constitucional se establece la diferencia entre el derecho de acceso a la justicia y su correlato en la obligación estatal de tutela judicial con las características de efectividad e imparcialidad elementos reconocidos doctrinariamente. Cabe resaltar que esta disposición constitucional incorpora otros elementos como la de ser expedita, es decir que se ejerza sin obstáculos, la referencia a los principios de inmediación y celeridad, y la prohibición expresa de dejar casos en indefensión.

De otra parte, establece que la ley sancionará el incumplimiento de las sentencias, con lo que introduce un elemento de coacción normativo para lograr la eficacia de las mismas.

En el art. 76 de la Constitución se establecen las garantías básicas para todo proceso judicial o administrativo. Particular importancia para esta investigación tiene el literal k). que se refiere al derecho a ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente; y el literal l). que se refiere a la obligación de motivar las resoluciones de los poderes públicos:

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

El deber de motivación es central en esta investigación y consiste en la obligación que tienen los jueces de justificar argumentadamente toda decisión judicial.

Por su parte, en relación a la tutela judicial efectiva, el Código Orgánico de la Función Judicial en el art. 23, establece:

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, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los méritos del proceso.

Como se observa, la disposición incluye a la ley como una de las fuentes a la cual debe recurrir al juez para resolver; en la práctica esto constituye un obstáculo en la protección y desarrollo de los derechos, particularmente en los casos relacionados a inmigración y refugio, dinámicas que están reguladas por normativa secundaria que no ha sido adecuada a la Constitución vigente y que contienen normas restrictivas.

La parte final del artículo es preocupante, ya que no respeta la interpretación constitucional y deja abierta la posibilidad de la interpretación formalista con base al mero texto de la ley, como se analizará más adelante.

Marco normativo de fuente internacional y observaciones de los sistemas internacional y regional de protección de derechos humanos en materia de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva

En la normativa de fuente internacional de protección de derechos humanos, el derecho de acceso a la justicia se denomina como derecho a un recurso efectivo y se reconoce en instrumentos internacionales; así en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en sus art. 8 y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), num. 1 y 3 del art. 2 y 14.

Particular importancia reviste la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que en el art. 18 reproduce el contenido del art. 14 del PIDCP, estableciendo la igualdad de derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares con los nacionales del Estado, lo que tiene particular rele-

vancia y será el eje central de la normativa de fuente internacional para esta investigación, por tratarse específicamente de personas en situación de movilidad humana.

De igual manera, el art.16 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados reconoce el derecho de acceso a la justicia a todas las personas refugiadas y a recibir el mismo trato que los nacionales, incluyendo la asistencia judicial y la exención de pago de cauciones judiciales.

Por otra parte, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en su art. 6 aporta el elemento relativo a la reparación justa y adecuada por todo daño como consecuencia de tal discriminación; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en el art. 2 incorpora la tutela judicial específica de las mujeres contra todo acto de discriminación.

A nivel regional, la Declaración Americana de Derechos Humanos, en el art. XVIII y la Convención Americana de Derechos Humanos, en los art. 8 y 25 reconocen el derecho a un recurso judicial efectivo.

Asimismo, los organismos internacionales de los sistemas de protección han desarrollado directrices sobre el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva en sus observaciones y recomendaciones. Así, el Comité de Derechos de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH), en la Observación General 13 sobre el art. 14 del PIDCP, aporta los elementos sobre el derecho a contar con un intérprete en su propio idioma. Esto es trascendental para las personas en situación de movilidad humana, sobre la necesidad de regulación de la materia relativa a nombramiento, calificaciones, duración del mandato, ascensos, traslados y cesación de funciones de los jueces.

El mismo Comité en su Observación General 15, sobre la situación de los extranjeros reconoce el derecho de las personas no nacionales a la tutela judicial efectiva en todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de una persona no nacional, se describa esta como expulsión o deportación; y el derecho de revisión ante autoridad competente.

Por su parte, el Comité de Naciones Unidas de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su Observación General 1 aporta elementos relativos al ejercicio por parte de las y los trabajadores migrantes del derecho de acceso a la justicia y

a sus recursos sin temor de ser expulsados como consecuencia de sus denuncias. Ello es un aporte crucial para esta investigación.

En el año 2010, dicho Comité formuló al Estado ecuatoriano las siguientes recomendaciones:

El Comité alienta al Estado parte a revisar aquellas leyes secundarias que no sean compatibles con la Constitución y los estándares internacionales de derechos humanos a fin de garantizar el pleno cumplimiento de éstos últimos. También recomienda que apruebe a la brevedad posible la Ley de Movilidad Humana que asegure, en la práctica, los derechos y principios reconocidos en la Constitución y en la Convención, incluyendo el principio de no discriminación.¹⁰

Y también agrega en relación específica al procedimiento de deportación:

El Comité reitera su recomendación previa al Estado parte para que asegure que los procedimientos migratorios, incluidos la deportación y la expulsión (CMW/C/ECU/CO/1, párr. 26), estén en conformidad con el artículo 22 de la Convención, sean procedimientos excepcionales y de carácter administrativo y no se traten dentro del sistema de justicia penal.¹¹

Por su parte, el Relator especial sobre derechos humanos de los migrantes en su Informe al Consejo de Derechos Humanos, 2011 enfatizó en que las irregularidades migratorias no tienen carácter de infracciones penales, sino que son irregularidades administrativas.

De la revisión del *corpus iuris* de derechos humanos y de la doctrina de los Comités de Naciones Unidas y de la CIDH, se puede establecer los elementos del contenido normativo del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva para las personas en situación de movilidad humana. Estos son:

Titulares del derecho: todas las personas que se encuentren en el territorio de un estado tienen derecho a ser oídos públicamente, sin temor a ser expulsadas o deportadas, ante actos violatorios de sus derechos cometidos incluso por personas que actúan en funciones oficiales.

10 Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares 13 período de sesiones, 22 de noviembre a 3 de diciembre de 2010, Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares al Estado ecuatoriano, 15 de diciembre de 2010, párr. 16.

11 *Ibid.*, párr. 30.

Valores: la tutela judicial debe atender al valor de Justicia.

Principios: la tutela judicial se rige por los principios de igualdad, independencia, imparcialidad, intermediación y prohibición de indefensión.

Sujetos estatales obligados: los jueces, magistrados e integrantes de tribunales, que deben ser competentes y establecidos con anterioridad por ley. Los jueces deben ser independientes e imparciales.

Elementos esenciales: la tutela judicial en todas las materias, incluyendo procesos de expulsión de personas no nacionales, debe ser oportuna, expedita, en un plazo razonable, adecuada en el sentido de idónea, protectora y reparatoria.

Obligaciones estatales: garantizar la independencia de los jueces, regular el nombramiento, calificaciones y carrera judicial, incremento de recursos humanos y materiales, permitir desarrollar las posibilidades del recurso, respetar las garantías del debido proceso, asistencia consular, nombrar un intérprete en el propio idioma de una persona no nacional, motivar las decisiones judiciales y cumplirlas. Sancionar el incumplimiento.

Es importante, al realizar el análisis de las sentencias, establecer si estos elementos se reconocen, respetan y garantizan.

Naturaleza y objeto de las garantías constitucionales

Son mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para la protección del contenido esencial de los derechos reconocidos en el *corpus iuris*, de fuente nacional e internacional, de derechos humano para garantizar su efectivo ejercicio.

El reconocimiento constitucional de las garantías de los derechos obedece a procesos de exigibilidad social que han ido demandando del Estado su positivización en las constituciones a fin de dotar de mecanismos de protección a los derechos.

En el caso ecuatoriano, el reconocimiento de las garantías ha sido muy lento; tenemos así que en el estado legal de derecho de carácter liberal social de 1929, cuando la Constitución de la época reconoció derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos, se reconoce por primera vez el hábeas corpus. En 1993, en el estado legal de

derecho de corte neoliberal, en el Estatuto transitorio de control constitucional, se reconoce a la queja o demanda de amparo contra actos de autoridad pública que ocasione violación de una libertad o de un derecho y expresamente se excluye las violaciones de principios constitucionales; en el mismo estado legal de derecho de corte neoliberal, en 1996, en la codificación de la Constitución, se instituye el amparo y la Defensoría del Pueblo; y en 1998, se incorpora el hábeas data a la Constitución.

No es sino hasta el 2008, con la proclamación formal constitucional del estado constitucional de derechos y justicia, que se reconocen las garantías jurisdiccionales de manera completa como se verá más adelante.

Ferrajoli¹² y Gerardo Pisarello¹³ coinciden en que la esencia del garantismo y la finalidad de las garantías es la protección de derechos. Al decir de Ferrajoli: “las garantías expresan [...] los derechos de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba”.¹⁴

El reconocimiento positivo de los derechos humanos se ha ido complementando con la previsión de garantías ante la realidad de irrespeto y violación de los derechos humanos por parte del poder, con la finalidad de constituirse en límites al ejercicio de dicho poder y para cerrar la brecha entre el deber ser de la disposición jurídica y el ser de la realidad; entre normativa y efectividad. Luigi Ferrajoli señala que “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.¹⁵

Los derechos protegidos por las garantías constitucionales, en el caso de las personas en situación de movilidad humana, son todos los derechos humanos contemplados en el *corpus iuris* de derechos humanos, de fuente nacional e internacional y de todos aquellos otros derechos derivados de su dignidad, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

12 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p.856-857.

13 G. Pisarello, *op. cit.*, p. 111.

14 L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 864.

15 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Madrid, Fontamara, 2002, p. 25.

La Constitución reconoce a las personas el derecho a migrar y establece la prohibición de considerar ilegal a un ser humano por su condición migratoria.

Para la población ecuatoriana emigrante se reconoce los derechos a asistencia tanto ellas como a sus familias en el exterior o en el país; a atención, asesoría y protección integral para ejercicio de sus derechos; a protección para personas privadas de la libertad en el exterior; a mantener vínculos con Ecuador; reunificación familiar; retorno voluntario; a la confidencialidad de datos personales en el exterior; y a la protección de familias transnacionales.

También se reconocen los derechos de asilo y refugio y protección especial para las personas en estas condiciones, el respeto y garantía del principio de no devolución, además de asistencia humanitaria y jurídica de emergencia, la no aplicación de sanciones penales y/o administrativas por el hecho de su ingreso o permanencia en situación de irregularidad.

El *corpus iuris* de derechos de las personas en movilidad humana se complementa con la normativa de fuente internacional que reconoce los derechos a la libre circulación de las personas, el derecho a escoger el lugar de residencia, el derecho a salir libremente de un Estado y de no ser impedido de ingresar al propio.¹⁶

Clasificación de las garantías constitucionales

Las garantías previstas en la Constitución pueden clasificarse, siguiendo a Pisarello¹⁷ en aquellas de carácter institucional y extrainstitucional. Las primeras corresponden a las garantías normativas, las garantías de políticas públicas y las garantías jurisdiccionales, correspondiendo a la división de poderes del Estado; mientras que las garantías extrainstitucionales o sociales, que están a cargo de los propios sujetos de derechos, se expresan en las garantías de participación y en las garantías de autotutela como la resistencia.

Las garantías institucionales a su vez se dividen en garantías primarias, que son las garantías normativas y de políticas públicas; y las garantías secundarias, que son las garantías jurisdiccionales.

¹⁶ Art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁷ G. Pisarello, *op. cit.*, 111.

Las garantías normativas¹⁸ corresponden a la obligación de la Asamblea Nacional y de todo órgano con potestad normativa de adecuar, formal y materialmente las leyes a los derechos previstos en la Constitución y los instrumentos internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades, respetando el principio de progresividad y no regresividad.

Las garantías de políticas públicas¹⁹ corresponden a la obligación de las autoridades y funcionarios públicos de garantizar la vigencia de los derechos humanos en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos con la finalidad de hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, con fundamento en el principio de solidaridad, conciliando derechos en conflicto, garantizando la distribución equitativa y solidaria del presupuesto y la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Las garantías jurisdiccionales son mecanismos de carácter judicial para la protección de todos los derechos humanos y expresión del ejercicio del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva a las que se recurre cuando las garantías primarias de los derechos descritos no son eficaces ni efectivas. Las garantías jurisdiccionales se activan para prevenir una violación de derechos, o para reparar la violación que ya se cometió.

Garantías jurisdiccionales

Las garantías jurisdiccionales pueden ser de carácter cautelar o de conocimiento. En el primer caso previenen o cesan el cometimiento de una violación, para lo cual el juez debe actuar de manera inmediata, sin formalismos innecesarios y sin demandar pruebas a la parte peticionaria y se deciden mediante resolución.

En el segundo caso, cuando la violación ya se ha consumado y se busca como objetivo la reparación luego de la declaratoria de la existencia de una violación de un derecho, ameritan seguir un procedimiento, actuación de prueba y se resuelven mediante sentencia.

18 Constitución de la República del Ecuador (CRE), art. 84.

19 *Ibid.*, art. 85.

Ramiro Ávila establece la siguiente clasificación de las garantías jurisdiccionales de la Constitución de 2008: aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan garantías de protección, como la acción de protección; las que protegen derechos específicos como el derecho de libertad, integridad física y vida, como es el hábeas corpus; las que protegen el acceso a la información pública como la acción del mismo nombre; las que protegen la intimidad, como es el hábeas data; las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se denomina acción de cumplimiento y las que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina acción extraordinaria de protección²⁰.

En Ecuador se establecen las garantías jurisdiccionales en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), la cual, en su art. 6 establece que la finalidad de todas las garantías jurisdiccionales es 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 por los daños causados por su violación. En la sentencia que resuelve garantías el juez debe declarar la responsabilidad del estado o de una persona particular, de conformidad con el art. 20 LOGJCC.

Por otra parte, en los considerandos de la LOGJCC se reconoce expresamente que la nueva Constitución introduce cambios sustanciales y definitivos en el reconocimiento de los derechos y señala que es indispensable ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza y la supremacía constitucional.

Se establece también en los mismos considerandos que, para el logro de este objetivo, se requiere que la LOGJCC fortalezca la justicia constitucional como herramienta eficaz e idónea para hacer realidad las exigencias del texto constitucional, para asegurar la vigencia del principio democrático y para controlar eficazmente la actividad de los poderes públicos y de los particulares.

20 Ramiro Ávila, "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008", en Ramiro Ávila y otros, edit. *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008, p. 93.

Considera también que la Constitución y los tratados internacionales; en particular, la Convención Americana de Derechos Humanos y el PIDCP reconocen que el fin del Estado y de la organización social es el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza y que para tal efecto deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes.

En el art. 1, establece como objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin 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.

Pese a estas consideraciones, la LOGJCC establece algunas disposiciones inconstitucionales en contenido y en procedimientos, que son finalmente restrictivas para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales, como se verá más adelante.

En los casos concretos, ante la evidencia de una disposición inconstitucional de la LOGJCC, los jueces deben inaplicarla, de conformidad con el art. 426 de la Constitución y con base en que el texto constitucional prevalece sobre toda norma secundaria. En este sentido, si en la LOGJCC se encuentran disposiciones restrictivas, por el principio de supremacía constitucional y por el de aplicación de la norma más favorable a la efectiva vigencia del derecho, el trámite de la garantía y su decisión judicial deben guiarse por la Constitución.

Por otra parte, en los considerandos de la LOGJCC no se contemplan todos los elementos del contenido esencial del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva; así, no se hace mención al valor justicia que debe orientar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, ni a los principios de igualdad, independencia, imparcialidad, intermediación y prohibición de indefensión.

A continuación, se presenta la normativa constitucional y legal que regula las garantías jurisdiccionales, evidenciando las disposiciones inconstitucionales restrictivas de derechos y de procedimiento que mantiene la LOGJCC.

Medidas cautelares

De conformidad con lo previsto en el art. 87 de la Constitución, las medidas cautelares tienen por objeto evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho. Es decir, responden a la obligación estatal de prevenir la violación de un derecho y por lo tanto deben ser inmediatas, deben operar en el mismo momento en que el juez conoce de la situación de amenaza de violación de un derecho, para ser oportunas y adecuadas de acuerdo a la magnitud de la violación que se pretende evitar.

Para este efecto, se pueden ordenar conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos. Para la Corte Constitucional,²¹ las medidas son propias de las acciones de protección de derechos.

En el art. 6 de la LOGJCC se establece que las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho. En el art. 26 de la misma ley, se retoma la redacción constitucional respecto del objeto de las medidas de evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos.

Las medidas deben ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener. Se detallan en el art. 26 de la LOGJCC: comunicación inmediata con la autoridad que podría prevenir la violación; suspensión provisional del acto; orden de vigilancia policial; visita al lugar de los hechos y en ningún caso se puede ordenar medidas privativas de libertad.

Acción de protección

El art. 88 de la Constitución establece que “la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, contra actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales”.

La acción de protección también puede interponerse 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

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 008-1-SIN-CC, de 26 de julio de 2010.

o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La acción de protección se resuelve mediante sentencia sobre el fondo del caso y que se pronuncia luego de un procedimiento reglado.

El art. 30 de la LOGJCC establece como objeto de la acción de protección el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, incorporando los reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las demás garantías jurisdiccionales.

Adicionalmente a lo establecido por la Constitución, el art.o 41, num. 4, lit. d). y num. 5 de la LOGJCC precisan la situación de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo y finalmente por un acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

En el art. 40 de la LOGJCC se establece la residualidad o subsidiaridad de la acción de protección, al establecerse como requisito la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado; lo que se complementa con el art. 42, num. 4, que establece que la acción es improcedente cuando el acto administrativo puede ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

El tema de la residualidad o subsidiaridad, ha sido debatido por la doctrina constitucional ecuatoriana, ya que su introducción, de una parte permitiría evitar el abuso que se produjo en la interposición de acciones de amparo prevista en la Constitución de 1998; sin embargo, en la forma en la que se ha redactado obliga al interponente a demostrar el agotamiento de recursos judiciales; o bien que estos no fueron adecuados ni eficaces, lo que atenta contra el objeto de la garantía de proteger eficazmente derechos.

El rol de los jueces constitucionales es trascendental entonces en el momento de valorar la aceptación a trámite de la acción.

Hábeas corpus

De conformidad con el art. 89 de la Constitución, “el hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad del privado de ella de forma ilegal,

arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona; así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”.

Los derechos que protege el hábeas corpus son la libertad y seguridad personales, tanto frente a detención ilegal y arbitraria como ante prisión preventiva ilegal, así como la integridad física frente a tortura, malos tratos, tratos crueles, inhumanos o degradantes y ante desaparición forzada.

En el art. 43 de la LOGJCC se establece que la acción tiene por objeto además de los derechos mencionados en la Constitución, la protección de otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad; en el caso de las personas en movilidad: “a no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional” y a que, “en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no pueda ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde pelagra su vida, su libertad, su integridad y su seguridad”.

Además, el hábeas corpus protege los siguientes derechos conexos: no ser privado de la libertad de forma ilegal, arbitraria, ilegítima, incluyendo la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia; no ser desaparecida forzosamente; no ser torturada, tratada en forma inhumana, cruel, degradante; no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias, derecho a la inmediata excarcelación de la persona procesada o condenada, cuya libertad haya sido ordenada por un juez; a la inmediata excarcelación de la persona procesada cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión o de un año en los delitos sancionados con reclusión; a no ser incomunicada o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana y a ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las 24 horas siguientes a su detención.²²

En el art. 45 se establecen la reglas de aplicación de la acción de hábeas corpus. Así, el num. 1 de la LOGJCC establece: “En caso de verificarse cualquier forma de tortura se dispondrá la libertad, su atención integral y especializada y la imposición de medidas alternativas a la privación de libertad”.

22 Art. 43 de la LOGJCC, num. 1, 3, 6 al 10.

En esta regla se ha omitido inconstitucionalmente la obligación de disponer la libertad en el caso de verificarse tratos crueles, inhumanos o degradantes, como lo establece el art. 89, inc. 3 de la Constitución.

Por otra parte, en los siguientes numerales del mencionado artículo de la LOGJCC se respeta el contenido material determinado constitucionalmente al establecer:

1. En caso de privación ilegítima o arbitraria, el juez declarará la violación del derecho, dispondrá la inmediata libertad y la reparación integral. La privación de libertad ilegal o ilegítima se presumirá:
 - a) Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia.
 - b) Cuando no se exhiba la orden de privación de libertad.
 - c) Cuando la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales.
 - d) Cuando se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad.
 - e) En los casos en que la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique la privación de libertad.
2. La orden judicial que dispone la libertad será obedecida inmediatamente por los encargados del lugar de la privación de libertad, sin que sea admisible ningún tipo de observación o excusa.
3. En cualquier parte del proceso, el juez puede adoptar todas las medidas que considere necesarias para garantizar la libertad y la integridad de la persona privada de libertad, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional.

De conformidad con los art. 90 de la Constitución y 46 de la LOGJCC, en caso de desconocerse el lugar de privación de libertad y cuando existan indicios de la intervención de servidor público, o cualquier otro agente del Estado, o de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, el juez deberá convocar a una audiencia al representante de la Policía Nacional y al ministro competente; después de escucharlos, se adoptarán las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la privación de la libertad.

Acción de acceso a la información pública

De conformidad con los art. 91 de la Constitución y 47 de la LOGJCC, la acción de acceso a la información pública “tiene por objeto garantizar

el acceso a la información pública cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando se creyere que la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna; o ha sido alterada o cuando se ha negado el acceso físico a las fuentes de información”.

En el art. 91 de la Constitución se establece que la acción podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición por autoridad competente y de acuerdo a la ley.

En el inciso final del art. 47 de la LOGJCC, se restringe, de manera inconstitucional, el objeto de la acción cuando se dispone que no se podrá acceder a información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas. La calificación de estratégica y sensible está comprendida en la frase constitucional del art. 91: “o cualquiera otra clasificación de la información;” además de que dicho carácter debe ser declarado con anterioridad a la petición por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

En el mismo art. 47 de la LOGJCC se define lo que se considera información pública: “es la que emana o está en poder de entidades del sector público, o entidades privadas que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarias de éste.”

El art. 48 de la LOGJCC establece normas especiales para efectos de la presentación de la acción, la violación del derecho se entenderá ocurrida en el lugar en el que real o presuntamente se encuentra la información requerida.

Si la información no consta en el archivo de la institución solicitada, la entidad pública deberá comunicar el lugar o archivo donde se encuentra. El juez deberá actuar conforme a lo establecido en la Constitución y la ley que regula esta materia.

Acción de hábeas data

El art. 92 de la Constitución establece que toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y acceder a documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, sus

bienes, consten en entidades públicas o privadas en soporte material o electrónico. Así mismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, origen y destino de la información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Esta garantía protege el derecho a la intimidad de la información personal, la honra y buena reputación de las personas.

Las personas responsables de los bancos de datos o archivos de datos personales únicamente podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

En el inc. 2 del art. 49 de la LOGJCC, se establece que “el titular de los datos podrá solicitar al responsable del archivo o banco de datos, el acceso sin costo a la información antes referida, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación”.

La LOJGCC en su art. 49, señala que no podrá solicitarse la eliminación de datos personales que por ley deben mantenerse en archivos públicos.

En el art. 49 de la LOGJCC, se omite de manera inconstitucional el tratamiento que debe darse a los datos sensibles, cuyo archivo debe estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, esta podrá acudir al juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

El art. 50 de la LOGJCC establece como ámbitos de protección:

cuando se niega el acceso a documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales o jurídicas privadas; cuando se niega la actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos y cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo orden judicial.

Acción de incumplimiento

Los art. 93 de la Constitución y 52 de la LOGJCC, establecen que la acción tiene por objeto “garantizar la aplicación de las normas del sistema jurídico, el cumplimiento de sentencias o informes de organismos interna-

cionales de derechos humanos, cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”. Esta garantía se interpone ante Corte Constitucional.

Si se reconoce a los instrumentos internacionales y a las decisiones de los organismos internacionales como parte del ordenamiento jurídico interno, estos tienen que gozar de la misma fuerza obligatoria que las normas nacionales.

El legitimado pasivo, de conformidad con el art. 53 de la LOGJCC:

es la autoridad pública o persona natural o jurídica particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

Según el art. 54 de la LOGJCC, con el propósito de que se configure el incumplimiento, “el legitimado activo debe presentar un reclamo previo ante quien debe cumplir la obligación; si se mantuviere el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contesta el reclamo en 40 días, se considera configurado el incumplimiento”.

Acción extraordinaria de protección

Los art. 94 de la Constitución y 58 de la LOGJCC, establecen que la acción procede contra sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se haya violado, por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, incluido el debido proceso. Se interpone ante la Corte Constitucional.

El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. Ávila concluye que esta garantía protege los derechos humanos y la seguridad jurídica en lo judicial.²³

23 Ramiro Avila, *op. cit.*, p. 98.

Disposiciones comunes de las garantías

La Constitución, en el art. 86, establece algunas disposiciones orientadas a la mayor eficacia de las garantías jurisdiccionales, entre las que se destaca la titularidad universal, que consiste en que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad y/o el Defensor del Pueblo pueden interponerlas. En concordancia con esta disposición, el art. 439 de la Constitución, establece que las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadano individual o colectivamente.

El art. 9 de la LOGJCC mantiene una redacción restrictiva respecto de la titularidad universal cuando establece, en el literal a): “las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley podrán ser ejercidas por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada en uno o más de *sus* derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado”. “Se considerará personas afectadas a quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos, que puedan demostrar daño”.

Esta redacción restringe la titularidad a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos directamente afectados en sus derechos. Está limitando la norma constitucional que establece la titularidad para proponer estas acciones por la defensa de otras personas, comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos.

Incluso, es una disposición contradictoria con el art. 10, num. 5 de la propia LOGJCC, que establece: “el lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuera la misma persona [...]” También contraviene el art. 11 de la LOGJCC, que establece: “cuando la acción haya sido presentada por interpuesta persona [...]”; y el art. 14 de la misma ley que establece que en la audiencia “podrán intervenir tanto la persona afectada como el accionante [...]”. En la redacción de la LOGJCC no se ha atendido al principios de unidad y de coherencia de construcción de un sistema jurídico.

Por contravenir las disposiciones constitucionales citadas y los principios de supremacía constitucional y de progresividad y no regresividad en materia de derechos humanos, es inconstitucional y los jueces en un caso concreto en el que un tercero presente la acción de garantía por otra persona o colectivo, deben admitirla a trámite; es decir, inaplicando el art. 9, lit. a). de la LOGJCC.

Para conocer de las garantías jurisdiccionales, aplica el control difuso de constitucionalidad. La competencia de los jueces se establece en los art. 86, num. 2, de la Constitución y 7 de la LOGJCC, que establecen la competencia de cualquier juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. El juez no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar.

Los jueces están obligados a garantizar un procedimiento sencillo, rápido, eficaz y oral; a dar cumplimiento a la regla de que son hábiles todos los días y horas; a la informalidad del ejercicio de las garantías que pueden ser propuestos oralmente o por escrito, sin exigencia de formalidades, ni de firma de abogado; a realizar notificaciones por medios eficaces y a no aplicar normas que tiendan a retardar el despacho de las garantías.

Importancia de la interpretación constitucional en materia de garantías jurisdiccionales

Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia²⁴ que tiene como el más alto deber el de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución²⁵ y como deber primordial la garantía de los derechos establecidos en la misma y en los instrumentos internacionales;²⁶ para cumplir estos deberes, ha positivizado principios como el de la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías;²⁷ la obligación de los jueces y otros funcionarios públicos de aplicar la norma e interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos²⁸ y la de desarrollar de manera progresiva el contenido de los derechos a través de la jurisprudencia.²⁹

La Constitución establece, en su art. 424, que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. En la misma disposición, en el inc. 2, establece que “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”.

24 CRE, art. 1.

25 *Ibid.*, art. 11, num. 9.

26 *Ibid.*, art. 3, num. 1.

27 *Ibid.*, art. 11, num. 3.

28 *Ibid.*, art. 11, num. 5.

29 *Ibid.*, art. 11, num. 8.

Siguiendo esta línea, el art. 426 de la Constitución establece que: las juezas y jueces 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 las invoquen expresamente. La misma norma, en su inciso 2, establece: “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”.

Contrariando el sistema de aplicación de la interpretación constitucional más favorable a la efectiva vigencia de derechos, el art. 427 de la Constitución dispone:

las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Esta disposición, además de ser incoherente con el sistema de interpretación que se describía en la normativa citada, que corresponde al modelo de estado constitucional de derechos y justicia, es contradictoria en sí misma. Inicialmente, se adscribe y da primacía al formalismo positivista al pretender que las normas constitucionales pudieran ser interpretadas por “el tenor literal”; para, inmediatamente después, adherirse a una interpretación sistemática, al decir: “que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”.

Nueva contradicción en la que incurre cuando establece; de una parte, el principio pro persona: “en caso de duda se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”; para, a la par, establecer: “que mejor respete la voluntad del constituyente”, lo que obligaría a la aplicación de un método histórico originalista, y además un método subjetivo de indagar en la voluntad de los constituyentes.

Es precisamente esta incoherencia y contradicción de la norma constitucional la que abre las posibilidades a interpretaciones literales, de aplicación del método deductivo positivista y formalista por parte de los jueces constitucionales.

Es importante interpretar la disposición constitucional del art. 427, dando valor únicamente a la aplicación directa e inmediata del principio pro persona, en los términos del art. 11, num. 5, de la Constitución que establece que las juezas y jueces están obligados a aplicar la norma de fuente nacional o internacional y a interpretarla de la manera que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos.

Los parámetros sobre interpretación constan también en el art. 3 de la LOGJCC, disposición que empieza estableciendo que las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad; en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución; sin embargo, señala también de manera incoherente y antisistemática: en el sentido que mejor respete la voluntad del constituyente.

Además, en el mismo art. 3 se señala que se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:³⁰

1. Reglas de solución de antinomias, cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.
2. Principio de proporcionalidad, cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional
3. Ponderación. Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.
4. Interpretación evolutiva o dinámica. Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas

³⁰ Jorge Zavala Egas y otros, *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Guaryaquil, Edilex, S.A., 2012, p. 263.

inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática. Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.
6. Interpretación teleológica. Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto legislativo.
7. Interpretación literal. Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá a su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.
8. Otros métodos de interpretación. La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

Respecto de los principios enunciados en este último numeral, cabe precisar que el principio de unidad alude a la interpretación que atienda el conjunto de disposiciones constitucionales entendidas como un todo unitario. El principio de concordancia práctica se refiere a la optimización de los principios constitucionales sin sacrificar ninguno de ellos, “se optimizan y protegen todos los derechos en conflicto de modo que todos puedan realizarse”.³¹ El principio de eficacia integradora busca también preservar la unidad de la Constitución. El principio de fuerza normativa alude a la supremacía y rigidez constitucional.

La disposición del art. 3 debe interpretarse dando primacía a su primer inciso: “las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”. El sentido de la interpretación más acorde con la Constitución en su integralidad es el de la directa e inmediata aplicación de la norma e interpretación, que más favorezca la efectiva vigencia del derecho en el caso concreto y el desarrollo progresivo del derecho.

Con la finalidad de analizar en las sentencias de garantías jurisdiccionales recopiladas si la interpretación constitucional más favorable a la efectiva vigencia de los derechos se realiza, es importante establecer, en primer lugar el contenido mínimo que deben cumplir, para lo cual se examinan los elementos contemplados en el art. 17 de la LOGJCC:

31 *Ibid.*, p. 276.

1. Antecedentes: la identificación de la persona afectada y del accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción.
2. Fundamentos de hecho: la relación de los hechos probados relevantes para su resolución.
3. Fundamentos de derecho: la argumentación jurídica que sustente la resolución.
4. Resolución: la declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

El art. 20 de la LOGJCC establece la obligación de los jueces de declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular, disponiendo la remisión del expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes y a la Fiscalía General del Estado, en caso de que la violación de los derechos declarada judicialmente se desprenda la existencia de una conducta tipificada como delito.

Si bien todos los requisitos de la sentencia son trascendentes y serán analizados en la presente investigación; especial importancia revisten los fundamentos de derecho relativos a la argumentación jurídica que sustenta la resolución. Por este motivo, se ha construido un marco analítico doctrinario que permita evaluar la calidad de la argumentación jurídica que no solo da fundamento a la decisión judicial en materia de garantías constitucionales interpuestas por personas en movilidad humana, sino que legitima a la propia administración de justicia constitucional.

Respecto de la argumentación jurídica y de la motivación en las sentencias, la CIDH ha señalado:

el derecho a la tutela judicial efectiva al que se refiere el art. 25 de la CADH no se agota en el libre acceso y desarrollo del recurso judicial, sino que incluye un grado de certeza de que la autoridad competente que lo tramita producirá una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca los fundamentos según los cuales acoge o rechaza la pretensión jurídica. La interposición de un recurso

motivado en una violación de derechos humanos obliga al operador judicial a establecer la verdad o el error de la alegación del reclamante, movilizándolo los medios de prueba y de argumentación necesarios, pues de no hacerlo, el recurso devendría inconcluso.³²

De lo expuesto, se desprende la obligación de los jueces de realizar una interpretación constitucional que sea la más favorable a la efectiva vigencia del derecho, y deben inaplicar toda norma contraria a la Constitución, según el art. 426 de la misma.

Bajo este parámetro el juez deberá aplicar el método de interpretación o los elementos de varios métodos de interpretación previstos en la doctrina y/o en la LOGJCC que sean más adecuados para garantizar la vigencia del derecho en el caso concreto.

Además, considerando que en la Constitución se han positivado valores y principios, estos forman parte indisoluble del ordenamiento jurídico ecuatoriano y por tanto deben ser aplicados por los jueces en su argumentación, al momento de resolver casos concretos, incluyendo lógicamente los procesos por garantías jurisdiccionales.

Para mejor comprensión, hay que precisar que los valores son enunciados que declaran los fines y dan sentido a la organización social y al Estado; mientras que, según Robert Alexy, los principios son directrices o mandatos de optimización entre los cuales no existen relaciones de precedencia.

Gustavo Zagrebelsky señala que los principios de justicia material incorporados en la Constitución orientan la interpretación, “proporcionan criterios para tomar posición ante casos concretos que a priori aparecen indeterminados”.³³ Para este autor, en la interpretación constitucional, cuando hay conflicto, prima buscar la vigencia de los derechos.³⁴

Zagrebelsky reconoce que el contenido de los principios depende del contexto cultural y expresan importantes y muy valorados conceptos como la igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidad humana, estando en discusión permanente el contenido de esos conceptos.³⁵

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, párr. 119.

33 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997, p. 110.

34 *Ibid.*, p. 47.

35 *Ibid.*, p. 124.

Respecto de la importancia de los valores y principios en la interpretación Constitucional, existe un punto en el que la doctrina de Zagrebelsky se conjuga con la de Robert Alexy, estando de acuerdo ambos en que, ante la colisión de principios, se debe ponderar; señala:

La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación, el balance entre los bienes jurídicos dirigido por el principio de proporcionalidad; para lograr esta conciliación recíproca los principios y valores tienen capacidad de relativizarse, es decir deben perder su carácter absoluto.³⁶

Con esta base se identifican algunos valores y principios constitucionales que sirven para la aplicación de los derechos; es decir, para los argumentos que el juez debe utilizar previo a resolver un caso concreto, a fin de garantizar la efectiva vigencia del derecho.

De esta manera, los valores positivizados en el preámbulo constitucional que los jueces deberían considerar al momento de resolver garantías jurisdiccionales de personas en situación de movilidad humanas son los siguientes:

1. Apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad.

Decidimos construir:

2. una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad [...] para alcanzar el buen vivir.
3. una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades
4. un país democrático comprometido con la integración latinoamericana [...] la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra.

De la misma manera, los jueces constitucionales están obligados a considerar como fundamento de sus decisiones, los principios de aplicación de los derechos, positivizados en el art. 11 de la Constitución, son los siguientes:

36 *Ibid.*, p. 125.

1. La titularidad individual y colectiva de los derechos para personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos.
2. La obligación expresa de garantía de cumplimiento de los derechos a cargo de las autoridades competentes.
3. La legitimación activa para la exigibilidad, que es individual y colectiva.
4. La igualdad y expresa prohibición de discriminación por razones de lugar de nacimiento o condición migratoria.
5. La directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías.
6. La justiciabilidad de los derechos.
7. La prohibición de restricción normativa del contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
8. La aplicación de la norma e interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos, que también se contempla en el art. 2, num. 1 de la LOGJCC.
9. La inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de los derechos.
10. El reconocimiento del *corpus iuris* de derechos humanos de fuente nacional e internacional, sin excluir los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.
11. La progresividad y prohibición de regresividad.
12. La responsabilidad del Estado de respetar y hacer respetar los derechos y reparar sus violaciones.

Además de los principios constitucionales, los jueces deben considerar los principios positivizados en el art. 2,2 de la LOGJCC:

1. Optimización de los principios constitucionales.
2. Obligatoriedad del precedente constitucional.
3. Obligación de administrar justicia constitucional.

En este mismo sentido, se identifican algunos principios específicos en materia de movilidad humana que deben ser tomados en cuenta al momento de resolver las garantías jurisdiccionales interpuestas. Así, debe considerar-

se como primordial, el principio de igualdad y no discriminación que se encuentra reconocido y desarrollado en diferentes artículos constitucionales. El art. 9 señala que “Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución”. De manera complementaria, el art. 11 que establece la igualdad entre todas las personas y establece la prohibición de discriminación, entre otras razones por lugar de nacimiento, identidad cultural, pasado judicial, condición migratoria.

De igual manera, el art. 40 establece como principio la prohibición de “identificar o considerar a los seres humanos como ilegales por su condición migratoria”. Siguiendo esta línea garantista, se han reconocido como principios que rigen las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional, en el art. 416, num. 6 y 7, de la Constitución:

Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

1. Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur.
2. Exige el respeto de los derechos humanos, en particular los derechos de las personas migrantes y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como principios específicos reconocidos para las personas con necesidad de protección internacional, en el art. 41 de la Constitución se establece el principio de no devolución que posteriormente se desarrolla en el art. 66, num. 14, inciso segundo que establece que: “Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligran por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas”. Adicionalmente, se establece la prohibición de expulsión de colectivos de personas de otra nacionalidad y el principio de singularización de los procesos migratorios.

El art. 41 establece también la prohibición de imponer sanciones penales por el hecho de su ingreso o permanencia en situación de irregularidad.

Desde el enfoque de integralidad de la movilidad humana, la Constitución reconoce otros principios, sin embargo se han mencionado aquellos directamente aplicables al tema de estudio.

En este trabajo de investigación y análisis de sentencias de garantías jurisdiccionales, es importante identificar si estos valores y principios se invocan y guían la argumentación jurídica, a efectos de verificar, siguiendo a Peña, si se “interpreta la norma de acuerdo a la Constitución y a los principios constitucionales procurando asegurar el mayor grado de garantía para los derechos”.³⁷

Las garantías jurisdiccionales en materia de movilidad humana, se rigen por los principios sustantivos enunciados y también por los principios procesales contemplados en el art. 4 de la LOGJCC³⁸ entre los cuales, el principio de motivación reviste particular importancia para esta investigación.

Luis Prieto Sanchís, reconoce en la motivación de las sentencias un derecho humano integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, el autor determina que “cuando se omite todo razonamiento respecto de alguna de las pretensiones [...] no puede sostenerse que se ha dictado una resolución fundada en derecho, por lo que se produce la vulneración del derecho fundamental a la tutela efectiva”.³⁹

El deber de motivación de las sentencias constitucionales conlleva la obligación de fundamentar la decisión a partir de reglas y principios de argumentación jurídica, que incluya, además, el pronunciamiento expreso sobre los argumentos de las partes.

A nivel normativo, el deber de motivar está contemplado en el art. 76, lit. l) de la Constitución, que establece como garantía básica de todo proceso judicial lo siguiente:

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

37 Antonio Peña, *La garantía del Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trota, 1997, p. 260.

38 Los principios procesales contemplados en este artículo son: debido proceso, aplicación directa de la Constitución, gratuidad de la justicia Constitucional, inicio por demanda de parte, impulso de oficio, dirección del proceso, formalidad condicionada, doble instancia, comprensión efectiva, economía procesal, publicidad, *iura novit curia*, subsidiariedad.

39 L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 117-118.

de hecho. Los fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras y servidores responsables serán sancionados.

Es importante entonces evaluar si la decisión judicial, en las sentencias de garantías jurisdiccionales, ha sido debidamente motivada, razonada y argumentada con base en los valores y principios constitucionales; para lo cual, se propone a continuación un modelo de análisis de la calidad argumentativa de las sentencias de garantías jurisdiccionales.

Marco doctrinario y modelo de análisis de la calidad argumentativa en las sentencias de garantías jurisdiccionales

Para la construcción de este modelo se realizó la revisión del estado del arte en materia de interpretación y argumentación jurídicas, con la finalidad de ubicar los elementos más relevantes para construir un modelo propio de análisis de la argumentación de sentencias de garantías jurisdiccionales en materia de movilidad humana en Ecuador, buscando ubicar, aquellos elementos que aporten para la elaboración de una argumentación jurídica que permita garantizar la vigencia de derechos de las personas en movilidad.

Se revisó críticamente la doctrina sobre los métodos clásicos de interpretación. Igualmente, se revisó críticamente las aportaciones de la dialéctica, la lógica, la retórica, la tópica, la hermenéutica jurídica y las teorías del lenguaje a la argumentación jurídica.

Se seleccionó, de estos desarrollos teóricos, aquellos que presentaban mayores avances para la protección efectiva de los derechos; de esta manera, se escogieron los elementos de la hermenéutica jurídica de Gadamer y Esser, de la interpretación neoconstitucional de Zagrebelsky, de la hermenéutica constructivista de Dworkin, de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, y de la nueva retórica de Perelman y Toulmin, que a mantienen posiciones que superan el positivismo exegético y están más acordes con el modelo neo constitucional del derecho.

En este sentido, se proponen como avances doctrinarios en la materia de interpretación y argumentación jurídicas que deben ser tomados en cuenta al momento de analizar la calidad de las sentencias de garantías jurisdiccionales; avances doctrinarios que brindan elementos para evaluar

además la procedencia en la aplicación de los métodos de interpretación previstos en la LOGJCC.

Siguiendo a Savigny, los métodos tradicionales de interpretación son: gramatical, sistemático, histórico y lógico.

Para el método gramatical las normas deben interpretarse según el sentido propio de las palabras, lo que implica la determinación de la autenticidad del texto legal y la determinación del sentido gramatical de las palabras, buscando su sentido literal.

El método sistemático interpreta la norma en función del contexto del cual forma parte, la totalidad del ordenamiento jurídico. En el caso que nos ocupa la totalidad del *corpus iuris* sobre los derechos de la movilidad humana.

El método histórico busca indagar en la voluntad del legislador para lo cual propone revisar la génesis de la norma jurídica que se evidenciará en los debates en la Asamblea y en la exposición de motivos del proyecto de ley. Este método tiene una raíz subjetivista porque trata de buscar la voluntad del legislador.

El método lógico deductivo positivista se fundamenta en la noción de que la norma ha sido elaborada con base en las reglas de la lógica, y por lo tanto es coherente y completa.

La crítica al enfoque lógico, formalista o positivista, y a su método del silogismo deductivo se fundamenta en que se constituye en la mera aplicación del texto normativo, que se consideraba perfecto, completo, sin contradicciones y acabado, a unos hechos; no toma en consideración el contexto en el que se desarrolla el caso concreto, ni la subjetividad del juzgador, quien se convertía mera “boca de la ley”.

Este enfoque y método de interpretación tienen su origen en el hecho de que en el Estado de derecho legal, tenía centralidad la ley, definida como un acto normativo supremo e irresistible al que no era oponible ningún derecho más fuerte⁴⁰ y sea cual fuera su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho.⁴¹

El método lógico deductivo fue objeto de numerosas críticas, desde los autores antiformalistas, a fines del siglo XIX en Europa, que se fundamentan en la necesidad de reconocer la realidad concreta en la que se formula

40 G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 24.

41 Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 29.

la decisión judicial y el paulatino reconocimiento de que el ordenamiento jurídico no es completo, ni perfecto, está plagado de lagunas y antinomias.

El método lógico deductivo continúa siendo utilizado en la práctica jurisprudencial, como en el caso ecuatoriano, por lo que es importante retomar sus elementos y su valoración para establecer si ha sido adecuadamente aplicado en las sentencias bajo análisis.

La doctrina concuerda en que, para los casos claros, en donde la disposición jurídica a aplicar es clara y no necesita interpretación; se aplicaría los elementos del método positivista lógico deductivo. Sin embargo, el método debe afinarse con los siguientes pasos:

- a) verificar si los hechos del caso se han demostrado mediante procedimientos probatorios válidos formal y sustancialmente
- b) verificar si la disposición jurídica que se aplica a los hechos es válida formal y sustancialmente
- c) verificar si la decisión es lógicamente correcta; es decir, si se deriva de la premisa mayor y la premisa menor.

Para establecer si una sentencia es lógicamente válida y está adecuadamente justificada, se reconstruye el silogismo aplicado por el juez en el caso concreto, estableciendo si ha resuelto un caso claro en donde la norma jurídica es clara y no necesitaba interpretación y es directamente aplicable al caso.

Entonces, se debe verificar la premisa mayor; esto es, si la disposición jurídica es clara, la premisa menor; esto es, si la conducta bajo examen, ha sido válidamente demostrada y la conclusión; esto es, si la decisión se deriva lógicamente de las dos premisas.

Por tanto, si aplicamos el modelo de análisis desde el enfoque lógico, con la verificación de los pasos anteriormente mencionados, estamos ante una sentencia aceptable, cuando la decisión se deriva de los argumentos y la elección de la disposición jurídica está justificada. Pero sobre todo si la sentencia garantiza la efectiva vigencia del derecho.

Este modelo de interpretación positivista, basado en la lógica formal, ha sido superado por nuevos desarrollos doctrinarios, cuyos elementos se presentan más adelante, como partes de una con-

cepción más comprensiva que permite realizar una interpretación más integral.

La teoría del derecho ha ido superando la concepción positivista y formalista del modelo lógico deductivo, a través de nuevas teorías como la hermenéutica jurídica, la interpretación neoconstitucional, la hermenéutica constructivista, la teoría de la argumentación jurídica, y la nueva retórica, sobre todo para la interpretación de casos difíciles, cuando la disposición jurídica requiere interpretación.

En los casos difíciles, cuando la disposición jurídica no es clara, se necesita una interpretación para aplicarla, para la verificación de la calidad de la argumentación jurídica utilizada en la interpretación por lo que, se plantea aplicar los elementos válidos de las teorías mencionadas.

El marco analítico que se propone para esta investigación se basa en los elementos seleccionados de diferentes teorías, elementos a los que se llegó luego de una lectura crítica y de una depuración de la hermenéutica jurídica de Gadamer y Esser, de la interpretación neoconstitucional de Zagrebelsky, de la hermenéutica constructivista de Dworkin, de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, y de la nueva retórica de Perelman y Toulmin que se explican a continuación.

La hermenéutica jurídica

La hermenéutica jurídica es más amplia que la interpretación que se restringe a buscar el sentido de la disposición jurídica, la hermenéutica comprende tanto la disposición jurídica que se interpreta, el ser del intérprete y el contexto en el que la interpretación se desarrolla.⁴² La hermenéutica ubica dos momentos en la interpretación: el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

En una primera fase denominada por la hermenéutica como contexto del descubrimiento, el juez, ante el caso concreto, encuentra sentido; para ello, el juez intérprete se hace primero consciente de sí mismo, del caso concreto, del texto legal y del contexto económico, histórico, político, social, cultural. Este ejercicio de situación le permite comprender su auténtico sentido.

42 Héctor López, "Aportaciones de la hermenéutica a la argumentación jurídica", en Milagros Otero y otro, coord., *Argumentos de la argumentación jurídica, panorama práctico*, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 129.

El ejercicio de situarse le hace reconocer, en sí mismo, los elementos subjetivos: las ideas de justicia, la cosmovisión, los elementos ideológicos respecto del sistema económico, social, cultural y político, las subjetividades, las percepciones, los prejuicios,⁴³ los sentimientos, los intereses, la valoración del contexto, lo que le lleva a tomar una posición y a resolver ya el caso.

Al decir de Luis Prieto Sanchís: “El juez cuenta ya con una conciencia de la justicia, merced a ese aparato categorial adquirido a través de la experiencia social y profesional. El juez encuentra la solución adecuada al margen de las disposiciones normativas concretas; es una solución anticipada que solo después intenta hacerse compatible con el derecho positivo”.⁴⁴

Esta anticipación es la precomprensión del caso, elemento aportado por Esser: el juez comprende el sentido del mismo, poniéndolo en contraste con el contexto, con la realidad social en la cual el caso se produjo y en la cual se darán los efectos de la decisión. Para Gadamer la interpretación implica un comprender, que es una apertura de conciencia hacia la alteridad del texto y hacia la comunidad interpretativa a la cual el intérprete pertenece.⁴⁵

Para Zagrebelsky, desde la teoría de la interpretación neo constitucional, la comprensión del caso presupone que se entienda su *sentido* y que se le de un valor a través de las categorías de sentido y de valor de que disponga el intérprete,⁴⁶ el sentido es la conexión entre una acción y su resultado social, que solo se alcanza poniéndola en relación con los efectos que se considera que puede producir. La comprensión de sentido (efecto social) dirige y condiciona la comprensión de valor (tranquilidad espiritual) de cara al juicio, son dos momentos lógicamente distintos, pero que se condicionan recíprocamente.⁴⁷

Para Peña, el único sentido que el juez puede dar a la norma es el mejor desde el punto de vista constitucional; es decir, el que mejor garantice los derechos fundamentales de las personas y haga más efectivas las normas constitucionales al reducir la desviación existente entre estas y la realidad social y jurídica.⁴⁸

43 L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 53.

44 *Ibid.*, p. 58.

45 H. López, *op. cit.*, p. 133-134.

46 G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 136.

47 *Ibid.*, p. 137.

48 A. Peña, *op. cit.*, p. 259.

Prieto Sanchís señala que “la precomprensión jurídica nada tiene de irracional, sino que remite a una racionalidad extrasistemática apoyada en la existencia de unos valores sociales que constituyen el fundamento del propio derecho”⁴⁹ [...] “es la apertura del derecho estricto al multiforme mundo de la realidad histórica, de los valores, de la naturaleza de las cosas, en resumen de un cierto derecho natural en perenne retorno”.⁵⁰

La hermenéutica jurídica es un giro frente al modelo positivista lógico formal. Prieto califica a la hermenéutica jurídica como una forma de saber irremediablemente conectada a las exigencias de la situación real. El sentido de la norma no precede a su interpretación, sino que es más bien el resultado de la misma, y condena al positivismo formalista al afirmar: “lo que la ley prescribe [...] está solo determinado unívocamente en la cabeza de peligrosísimos formalistas. Aplicar el derecho significa pensar conjuntamente el caso y la ley”.⁵¹

Héctor López destaca que el intérprete no debe solamente aclarar un texto legal sino comprender su auténtico sentido jurídico poniéndolo en contraste con su contexto social⁵² y añade: solo en esta medida se puede aplicar el sentido al caso concreto.⁵³

Ahora bien, en este punto de la reflexión, Prieto establece que ya se realiza ponderación de principios entre los cuales el intérprete “debe escoger basándose en su expectativa de consenso, como sana sensibilidad moral o como conciencia moral de todos aquellos que piensan de modo racional y justo”.⁵⁴

Estos son los fundamentos doctrinarios construidos, a partir de la hermenéutica jurídica, para apoyar la tesis de que el juez realiza una labor creativa: mediante la comprensión del contexto contribuye a crear el objeto a comprender⁵⁵ en lugar de dejarse guiar por la pretendida solidez de la letra de la norma.⁵⁶

49 L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 58.

50 *Ibid.*, p. 57.

51 *Ibid.*, p. 56.

52 H. López, *op. cit.*, p. 135.

53 *Ibid.*, p. 137.

54 L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 59.

55 H. López, *op. cit.* p. 139.

56 *Ibid.*, p. 138.

El contexto del descubrimiento es más difícil de ser analizado, la posición más pesimista la mantiene Eveline Feteris, para quien la investigación de la racionalidad de la argumentación jurídica no se ocupa de los requisitos relacionados con el proceso de decisión; que, a su criterio, es un proceso psicológico y materia de otro tipo de investigación.⁵⁷ Sin embargo, es importante tener presente esta fase de producción de la decisión judicial.

Luego del descubrimiento de la decisión, se inicia la segunda fase, denominada contexto de justificación, en la cual el juez, que ya ha adoptado su decisión, debe buscar en el *corpus iuris* de derechos humanos, de fuente nacional e internacional, la disposición jurídica que sea más adecuada para justificar su decisión, aquella que sea la más favorable para la efectiva vigencia de derechos humanos.

Para Zagrebelsky cuando se comprenden el sentido y el valor [de la decisión] se acude a la ley sabiendo ya lo que se quería encontrar en ella.⁵⁸

Para justificar su decisión el juez debe argumentar. En esta justificación de las razones, Prieto señala que las reglas de la lógica podrán tener alguna relevancia, pero siempre después de la elección de la norma y de la atribución de significado.⁵⁹

Surge entonces la noción de límites para realizar el proceso del círculo hermenéutico para la argumentación; así, para Zagrebelsky, el juez debe tener una actitud de razonabilidad en la categorización de los casos a la luz de los principios y la búsqueda de la regla aplicable al caso, y la jurisprudencia no es independiente de las exigencias de justicia sustantiva.⁶⁰

Prieto considera que el momento central de la interpretación es la atribución de **significado**, el juez se interroga sobre el sentido e idoneidad de la norma para resolver el caso y sobre su validez constitucional y sobre los valores y principios constitucionales.⁶¹ El significado de la norma elegida debe hacerse a la luz del sistema jurídico en su conjunto.⁶² Se busca el sentido en el marco del significado que se ha atribuido a la norma.⁶³

57 Eveline T. Feteris, *Fundamentos de la argumentación jurídica, revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 29.

58 G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 143.

59 L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 85.

60 G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 147 y 148.

61 L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 93.

62 *Ibid*, p. 97.

63 L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 98.

Esta segunda fase es el objeto del análisis de la calidad y racionalidad de la argumentación jurídica, a través de la evaluación del cumplimiento de los requisitos que deben reunir los argumentos, de las disposiciones jurídicas que los jueces respetan cuando justifican sus decisiones.⁶⁴

Metodología hermenéutica constructivista de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin aboga por una interpretación y argumentación jurídicas que garanticen los derechos del ciudadano de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, a través de una sentencia que para él siempre será la única correcta, con el objetivo de hacer justicia.⁶⁵

Para Dworkin el modelo lógico formal de la subsunción debe ser superado, recordando que el Derecho no solo es un conjunto de normas jurídicas, sino que “está estructurado a partir del principio de integridad como grupo coherente de principios que respeta la justicia, la imparcialidad y el debido proceso; y por ello, los jueces deben tomar sus decisiones sobre fundamentos de principio”.⁶⁶

Dworkin establece los principios de legitimidad de la decisión y de la dignidad de la persona humana en el caso concreto.⁶⁷

Estos principios son vinculantes para el juez, ya que son criterios cuyo peso depende de las circunstancias del supuesto de hecho y gracias a los cuales, el juez puede dar la respuesta correcta a los casos concretos.⁶⁸ Esta argumentación por principios protegerá los derechos.⁶⁹

Para Dworkin los jueces tienen la responsabilidad de explicar la fundamentación teórica de sus decisiones con base en los principios y el ordenamiento, ya que los jueces no crean derecho sino que encuentran el derecho.⁷⁰

En el caso ecuatoriano, al estar los valores y principios positivizados en la Constitución, no se está ante un recurso extrasistemático, en los

64 E. T. Feteris, *op. cit.*, p. 29.

65 Ronald Dworkin, ponencia en la Biblioteca Jurídica del Congreso de Estados Unidos, Washington, en <http://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>, visitado el 13 de noviembre de 2012.

66 Manuel Calvo, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 207.

67 Ronald Dworkin, ponencia en la Biblioteca Jurídica del Congreso de Estados Unidos Washington, en <http://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>, visitado el 13 de noviembre de 2012.

68 Luis Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación ... op. cit.*, p. 67 y 68.

69 *Ibidem*, p. 72.

70 Ronald Dworkin, ponencia en la Biblioteca Jurídica del Congreso de Estados Unidos, Washington, en <http://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>, visitado el 13 de noviembre de 2012.

términos de Prieto⁷¹, sino ante recursos propios del sistema jurídico que orientan la aplicación de los derechos en los casos concretos, salvaguardando en la decisión judicial la protección de los derechos y la supremacía de la Constitución.

Cuando Dworkin se refiere al peso de los principios acerca su teoría a la de Robert Alexy sobre la ponderación de los principios en el caso concreto.

Teoría procedimental de la argumentación jurídica de Robert Alexy

Alexy establece que una decisión jurídica es aceptable si es el resultado de un discurso racional; la racionalidad de la justificación de las decisiones jurídicas depende de la calidad de los procedimientos que se siguen en el proceso de justificación⁷².

En su Teoría de la argumentación jurídica, Alexy estudia la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados, con el fin de establecer y fundamentar criterios para la racionalidad del discurso jurídico y de esta manera crea sus formas y reglas para evaluar la racionalidad práctica de las decisiones jurídicas.⁷³

Las reglas fundamentales del discurso práctico general son las reglas de no contradicción, de coherencia, y de uso común del lenguaje.

De los principios de racionalidad práctica, son relevantes los siguientes: el de consistencia, del que deriva la regla de que no haya contradicciones; el principio de eficiencia, del que se derivan la reglas de evitar las ambigüedades y de la obligatoriedad de justificar cada afirmación; el principio de comprobabilidad del que se deriva la regla de obligación de claridad lingüística y, la regla relativa a los derechos de participación y de argumentación; el principio de coherencia, del que se derivan las reglas de racionalidad; el principio de generalidad, vinculado al principio de justicia formal del que derivan las reglas de aplicar a todo objeto que sea similar el mismo tratamiento y la regla que impone una carga de argumentación en casos de tratamiento desigual.

71 Luis Prieto Sanchis, *op. cit.*, p. 68.

72 Eveline T. Feteris, *Fundamentos de la argumentación ... op. cit.*, p. 147.

73 Robert Alexy citado por Manuel Calvo, en *Los fundamentos del método ... op. cit.*, p. 242.

Alexy aporta también las nociones de la justificación interna de las decisiones que permite verificar si la decisión se deduce lógicamente de las premisas que se aducen para justificarla; y la justificación externa por la que se defiende la aceptabilidad de estas premisas; esto es, si los argumentos que se usaron son aceptables de acuerdo con las normas jurídicas⁷⁴.

El discurso jurídico tiene para Alexy las limitaciones de la ley: ordenamiento jurídico vigente: corpus iuris de derechos humanos, la dogmática y el precedente.⁷⁵

Para Alexy la decisión jurídica, siempre implica una valoración.⁷⁶ La apertura de Alexy al discurso fundamental es una apertura de tipo calificado que no coincide ni con arbitrariedad ni con mera decisión⁷⁷.

Alexy ha construido el juicio de ponderación ante el reconocimiento de que los derechos no son solo reglas sino principios amplios, que entran en colisión (antinomias) o que operan ante la ausencia de reglas (anomias).

El juicio de ponderación establece que la decisión de afectar en mayor grado un principio debe justificarse en la alta importancia que se atribuye a la satisfacción de otro principio. Para ello, se debe definir el nivel de afectación del principio 1; definir la importancia de la satisfacción del principio 2, y finalmente definir si la importancia de la satisfacción del principio 2 justifica la afectación del principio 1.

Aarnio aporta al modelo señalando que la solidez de la justificación depende de la racionalidad del procedimiento de discusión que se adopta en el proceso de justificación, así como de la aceptabilidad del resultado, la solidez de la argumentación depende de los requisitos de racionalidad: consistencia, coherencia, generalidad y sinceridad, así como de las normas y valores compartidos por los miembros de una comunidad legal.

Las reglas de la consistencia para Aarnio comprenden el requisito de que cada paso para llegar a la decisión debe satisfacer la condición de consistencia lógica, que implica que no haya ninguna contradicción interna; esto es que dentro de la misma justificación no se presente una aseveración y su negación.

74 E. T. Feteris, *op. cit.*, p.160.

75 M. Calvo, *op. cit.*, p. 242.

76 *Ibid*, p. 238.

77 *Ibid*, p. 244.

Nueva retórica de Perelman y Toulmin

Los elementos que aporta el enfoque de la nueva retórica de Perelman a la reconstrucción racional de la argumentación jurídica en la sentencia, consisten en el grado de fuerza de convicción de la decisión para una audiencia universal, compuesta por los seres razonables, que la recibe; especialmente para los actores de la audiencia jurídica.

La fuerza de convicción consideramos se halla en el grado de adecuación de la decisión a los valores de justicia, igualdad y equidad, en el caso concreto, que son valores compartidos por la audiencia universal; a los principios constitucionales; a la aplicación de la norma que mejor garantiza la efectiva vigencia del derecho.

Perelman, en relación con los casos difíciles, cuando el significado de la norma jurídica no es claro, señala que el juez debe interpretar y ponderar valores para saber cuál es la decisión más justa y jurídicamente correcta; si bien Perelman mantiene que un juez debe demostrar que su elección no es subjetiva, sino que está debidamente fundada y se puede justificar mediante principios, usando diversos tipos de argumentos.

Para Prieto Sanchís, Perelman aporta la noción de que para justificar su decisión, el juez puede recurrir a otros argumentos más allá de la ley, como son los principios, lo que supone exigencias de justicia que obligan a ir más allá de la norma; así Perelman vincula la actividad judicial con la equidad y los valores de la justicia material.⁷⁸

Toulmin destaca que en la argumentación se debe verificar la presencia o ausencia de argumentos de contexto como respaldo, que puede ser aportado desde la dogmática, la teoría y la jurisprudencia.

De esta manera, se encuentran coincidencias entre Perelman y Toulmin sobre el papel de los principios, con lo que estos autores comparten con Zagrebelsky, Dworkin y Alexy el valor de estos en la argumentación jurídica.

Modelo de análisis de la calidad argumentativa de las sentencias de garantías jurisdiccionales

Con los elementos recabados de la doctrina analizada sobre interpretación y argumentación jurídica se construye el siguiente modelo para el análisis de la calidad argumentativa de las sentencias de garantías jurisdiccionales recopiladas.

Casos claros

En los casos claros, cuando la disposición jurídica es clara y no necesita interpretación, se aplicaría los elementos del método positivista lógico deductivo, verificando lo siguiente:

- a) si los hechos del caso se han demostrado mediante procedimientos probatorios válidos formal y sustancialmente
- b) si la disposición jurídica que se aplica a los hechos es válida formal y sustancialmente
- c) si la decisión es lógicamente correcta; es decir, si se deriva de la premisa mayor y la premisa menor.

Es una sentencia aceptable, cuando la decisión se deriva de los argumentos y la elección de la disposición jurídica está justificada

Casos difíciles

En los casos difíciles, cuando la disposición necesita interpretación, se verificarán los siguientes elementos:

- a) si el juez ha realizado una valoración del contexto económico, histórico, político, social, cultural en el que se inscribe el caso concreto.
- b) Si analiza elementos de procedibilidad de la garantía constitucional
- c) si los hechos del caso se han demostrado mediante procedimientos probatorios válidos formal y sustancialmente.
- d) si la disposición jurídica del *corpus iuris* de derechos humanos, de fuente nacional e internacional, que se aplica; es, además de válida formal y sustancialmente, la más favorable para la efectiva vigencia de derechos humanos en el caso concreto.

- e) si el juez argumenta fundado en valores.
- f) si el juez argumenta fundado en principios constitucionales, particularmente principios relativos a movilidad humana.
- g) si el juez argumenta siguiendo precedentes jurisprudenciales aplicables.
- h) si el juez argumenta haciendo referencia al sistema jurídico en su conjunto: corpus iuris de derechos humanos en materia de movilidad humana.
- i) Si el juez argumenta fundado en doctrina aplicable.
- j) Si argumenta con base en aportes sociales como *amicus curiae* o informes.
- k) si se realiza un juicio de ponderación adecuado.
- l) si se aplica adecuadamente el test de razonabilidad.
- m) Si respeta y/o desarrolla el contenido mínimo del derecho.
- n) si en la argumentación se respetan las reglas de consistencia, coherencia, no ambigüedad y aceptabilidad.
- o) si el juez explicita el sentido (efecto social) de su decisión.

Este es el modelo que se propone para realizar el análisis de la calidad de las sentencias de garantías jurisdiccionales, los fundamentos de su argumentación jurídica, a efectos de evaluar de adecuada protección de los derechos de las personas inmigrantes y refugiadas; modelo que se probará, retroalimentará y depurará en el ejercicio práctico que se realiza en esta investigación; identificando si los jueces han resuelto casos que son difíciles y complejos, como casos simples.

Análisis de sentencias de garantías jurisdiccionales

Caracterización general de las sentencias de garantías jurisdiccionales

Como punto de partida para iniciar el presente estudio metodológicamente se propuso determinar el número total de garantías jurisdiccionales interpuestas para la protección de derechos de personas en movilidad en Quito entre los años 2008 y 2012, a fin de conocer el universo total sobre el que se trabajaría. Para ello, se remitieron peticiones de información al Consejo de la Judicatura de Transición y a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha; sin embargo, la respuesta de esta última institución señala que

El Sistema Informático SATJE es una herramienta desarrollada para el despacho diario de causas generado con base en las normas procesales que están vigentes en el país, independientemente de su nacionalidad, sexo y calidad migratoria, por lo que el sistema hace referencia solo a los datos de dichas normas y no diferencia esa información.⁷⁹

Frente a esta carencia y con la finalidad de iniciar la recopilación de sentencias se recurrió, en primera instancia, a los archivos de las organizaciones no gubernamentales (ONG), que cuentan con equipos de aten-

⁷⁹ Memorando No. 415-DPP-CJT-JP-DI-2012 remitido por el Jefe el Departamento de Informática de la Dirección Provincial de Pichincha al Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura de Transición. Adjunto al Oficio de respuesta No. 2879-DG-CJ-12-SEV suscrito por la Secretaría de la Dirección General del Consejo de la Judicatura el 31 de Octubre de 2012. Cabe mencionar que la respuesta remitida adjunta un CD que contiene un archivo con estadísticas de todas las garantías jurisdiccionales interpuestas en este período, pero en el cual no puede desglosarse en variables sobre movilidad como señala la cita.

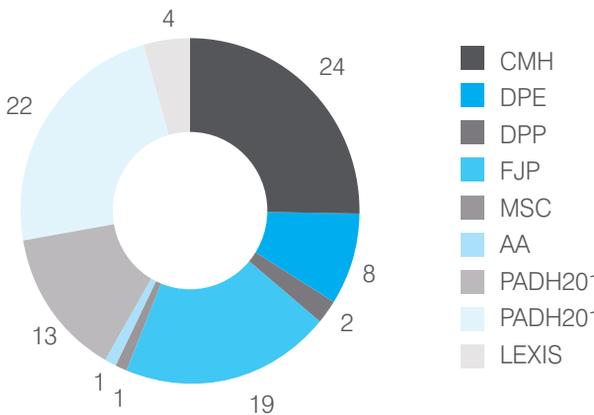
ción jurídica especializados en temas de movilidad humana e instituciones públicas que tienen como parte de sus atribuciones la activación de garantías jurisdiccionales en temas de movilidad humana: Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Casa de la Movilidad Humana del Municipio de Quito. Lastimosamente, tampoco ninguna de las instituciones -estatales o de sociedad civil- cuenta con un sistema de datos que permita identificar con exactitud el número de garantías jurisdiccionales que han activado para la protección de personas inmigrantes o refugiadas. No obstante, estas instituciones permitieron el acceso a los archivos para obtener los textos de las sentencias.

Adicionalmente, se realizó una búsqueda en la base de datos sobre garantías jurisdiccionales de los años 2010 y 2011 del Programa Andino de Derechos Humanos con la finalidad de identificar aquellas relacionadas con el tema de estudio. Además, se realizaron búsquedas en la base de datos en línea de la Función Judicial de Pichincha y de la Corte Constitucional.

Finalmente, y como se señaló en la introducción de este estudio, fruto del proceso de recopilación de información, se obtuvo un total de 94 sentencias de garantías jurisdiccionales de las diferentes fuentes, como se puede observar en el gráfico a continuación.

Gráfico 1

Fuentes de sentencias⁸⁰



Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012.

⁸⁰ Las siglas corresponde a las siguientes instituciones: Casa de Movilidad Humana del Municipio de Quito (CMH), Defensoría del Pueblo del Ecuador (DPE), Defensoría Pública (DPP), Base de datos en línea de la Función Judicial de Pichincha (FJP), Misión Scalabriniana (MSC), Asilum Access (AA), Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina (PADH) y sistema informático LEXIS.

Con base en los elementos identificados en el marco normativo y doctrinario de este estudio, se diseñaron dos matrices en las cuales se incorporó la información relevante de las 94 sentencias.

El año 2011, habría sido en el que se interpusieron más garantías jurisdiccionales, ya que 49 de las 94 sentencias corresponden a este año. Luego se ubican el año 2010, al que corresponde 26 sentencias; el año 2012, con 14 sentencias y cinco en el año 2009; de este último, cuatro corresponden a las sentencias de recursos de amparo interpuestas en años anteriores. No se encontró ninguna sentencia del año 2008 sobre garantías jurisdiccionales y movilidad humana.

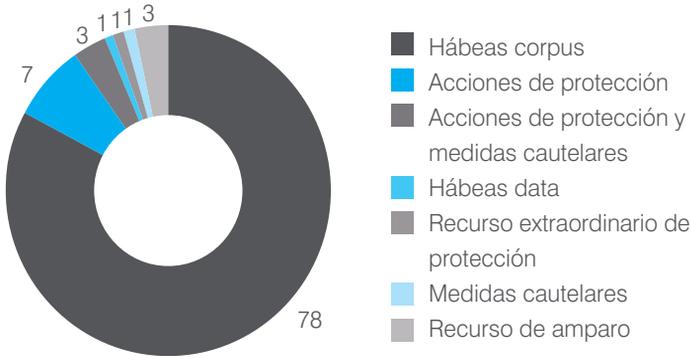


Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012..

En cuanto al tipo de garantías, de las 94 sentencias recopiladas, 78 corresponden a acciones de hábeas corpus; 10 sentencias a acciones de protección, de las cuales, en tres se solicitan conjuntamente medidas cautelares; solo se identificó una acción de hábeas data; un recurso extraordinario de protección y una solicitud de medidas cautelares independiente que no fue analizada por desistimiento. No se ha ubicado ninguna acción por incumplimiento, ni de acceso a la información relacionadas con el tema de estudio.

Gráfico 3

Tipo de garantías



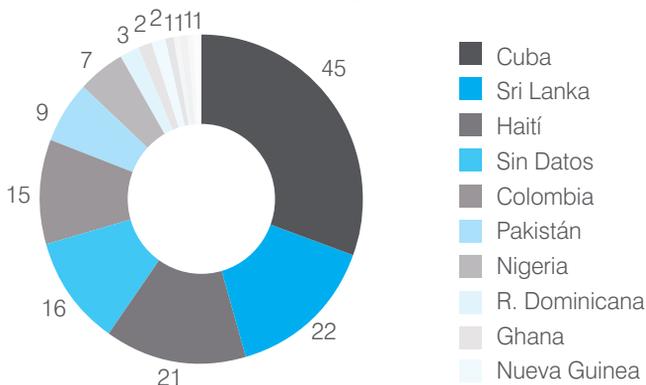
Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012.

De la información recabada, en las sentencias se identifica un total de 148 personas a favor de quienes se han interpuesto las garantías jurisdiccionales; de las cuales 103 son hombres, 24 mujeres y 21 personas de las que no es posible conocer este dato.

Estas personas son de 15 nacionalidades diferentes, entre las que se ubica una persona de nacionalidad ecuatoriana y 16 en las que no es posible determinar la nacionalidad por falta de datos. El número más alto corresponde a las personas de nacionalidad cubana, seguido de las personas de origen africano y asiático. Este dato tendría explicación en razón del número de hábeas corpus que es el más elevado entre las garantías interpuestas a favor de la población de este origen.

Gráfico 4

Tipo de garantías



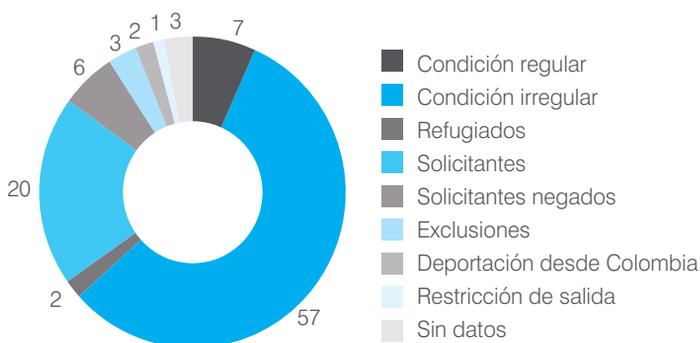
Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012

En cuanto a la condición migratoria, se constata que 10 personas se encuentran en situación migratoria regular sin que en este número se incluyan personas refugiadas, esta cifra es igual al 7% del total de personas; 3 personas son refugiadas reconocidas, lo cual equivale al 3%; y, 30 personas se encontraban como solicitantes de la condición de refugiado al momento que fuera dictada la sentencia, cifra que equivale al 20%.

Frente a este grupo, se observa que el 57%; es decir, 84 personas se encuentran en situación migratoria irregular; 9 personas manifestaron que su petición de refugio fue negada, lo que equivale al 6% del total; 4 personas son excluidas en frontera; es decir, el 3% del total; y, 2 personas -equivalente al 1%- son deportadas desde Colombia al Ecuador para ser nuevamente deportadas a su país de origen, Cuba.

Esto significa que el 67% de las personas que han interpuesto garantías se encontraban sin una permanencia regular en el país y por tanto con serias limitaciones para ejercer sus derechos, como se constata en el presente estudio.

Gráfico 5
Condición migratoria



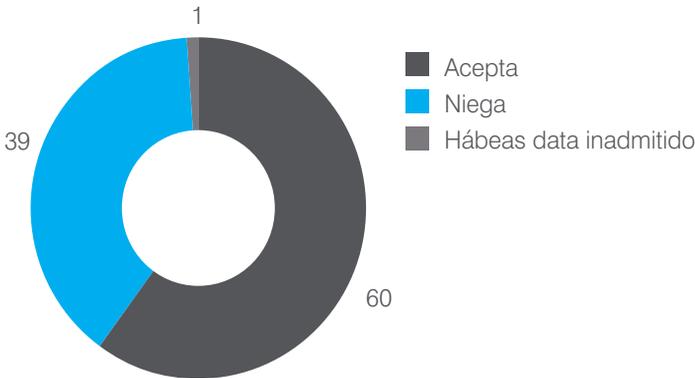
Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012

Lamentablemente, no es posible detallar otros datos que caractericen de mejor manera a las personas que han activado garantías jurisdiccionales, dado que, es limitada la información que proporcionan las sentencias recopiladas sobre la edad, el estado civil, situación familiar u otras variables.

Por otra parte, en cuanto al nivel de aceptación de las garantías se puede observar que el 60% del total son aceptadas y el 39% son negadas; el 1% restante corresponde al caso de hábeas data que no fue admitido a trámite.

Gráfico 6

Porcentaje de garantías aceptadas y negadas



Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012

Esto no significa necesariamente que las garantías sean efectivas y favorables a los derechos de las personas en movilidad, ya que, en primer lugar, debe considerarse el alto número de casos de hábeas corpus, de los cuales 52 de los 78 casos son favorables. Estas acciones responden a una dinámica que debe ser analizada de manera particular, ya que las vulneraciones a los derechos por la privación de libertad en razón de la condición migratoria son más recurrentes y evidentes.

En este sentido, si se observa el nivel de aceptación de las demás garantías se puede advertir que la mayoría son negadas. De las 10 acciones de protección identificadas 8 son negadas, así como la acción extraordinaria de protección. En el caso del hábeas data, este ni siquiera es tramitado y se ordena su archivo.

Por otra parte, de conformidad con la Constitución de 2008 y la LOG-JCC todos los jueces, juezas y tribunales son competentes para conocer las garantías jurisdiccionales⁸¹. Por lo que, mediante el sorteo de causas, estas pueden recaer en cualquier juzgado de primera instancia o tribunal.

⁸¹ El num. 2 del art. 86 de la CRE señala: "Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos"

De esta manera, se constata que los juzgados civiles son los que han conocido el mayor número de garantías jurisdiccionales relacionadas con movilidad humana, lo cual puede explicarse porque este tipo de juzgados son los más numerosos. Llama la atención que los juzgados de tránsito prácticamente equiparan el número de garantías tramitadas por los juzgados civiles, llegando a un total de 20 de las 94 sentencias recopiladas. En este grupo se destaca que el Juzgado 7 de Tránsito de Pichincha ha conocido siete garantías jurisdiccionales: seis hábeas corpus y una acción de protección, de las cuales, tres son aceptadas y cuatro son rechazadas, incluyendo la acción de protección.

En menor número se registran las causas conocidas por los juzgados penales y de niñez y adolescencia, en los que se constatan 15 y 14 casos respectivamente; y en cifras inferiores a los 5 casos se encuentran los juzgados laborales y de inquilinato.

Por otra parte, se registran nueve casos que ha conocido la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; en su mayoría, acciones de hábeas corpus en procesos de carácter penal. Estos casos son conocidos directamente por la Corte Provincial por disposición constitucional.⁸²

Finalmente, se observa que cinco de las 94 sentencias han sido emitidas por la Corte Constitucional; cuatro sentencias corresponden a recursos de amparo activados antes de 2008, pero resueltos con posterioridad y una a la acción extraordinaria de protección sobre la que se profundizará en el acápite correspondiente.

Tabla 1
Garantías por tipo de Juzgado

Civil	21
Tránsito	20
Penal	15
Niñez y adolescencia	14
Laboral	5
Inquilinato	3
Unidad Judicial Especializada	1

⁸² El art. 89 de la CRE en el inciso final señala: "Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia".

Contravenciones	1
Total	80
Corte Provincial	
1ra Sala Civil	2
1ra Sala Laboral y NNA	1
2da Sala Laboral y NNA	2
2da Sala G Penales	3
3ra Sala G Penales	1
Total	9
Corte Constitucional	5
Total	94

Elaboración: Javier Arcentales, PADH, 2012.

Para realizar el análisis del carácter garantista de estas sentencias, se ha recurrido a los elementos aportados por el marco normativo y doctrinario; en particular, atendiendo a lo establecido por la LOGJCC respecto de los elementos mínimos que deben contener las resoluciones en materia de garantías jurisdiccionales: declaración de violación del derecho, responsabilidad del Estado, reparación integral y reparación económica cuando tenga lugar.⁸³

Para el análisis de la calidad interpretativa y argumentativa de las sentencias, se consideraron los siguientes criterios: claridad en la decisión, fundamentación en elementos de contexto del caso, aplicación de principios y derechos constitucionales, aplicación de normas específicas en materia de movilidad (nacionales o internacionales), aplicación de jurisprudencia o doctrina, valoración de la prueba y *amicus curiae*; y distinción de los elementos de métodos de interpretación aplicados que puedan ser identificados en la sentencias.

A continuación, se desarrolla el análisis por tipo de garantía considerando los parámetros mencionados.

Análisis de sentencias de hábeas corpus

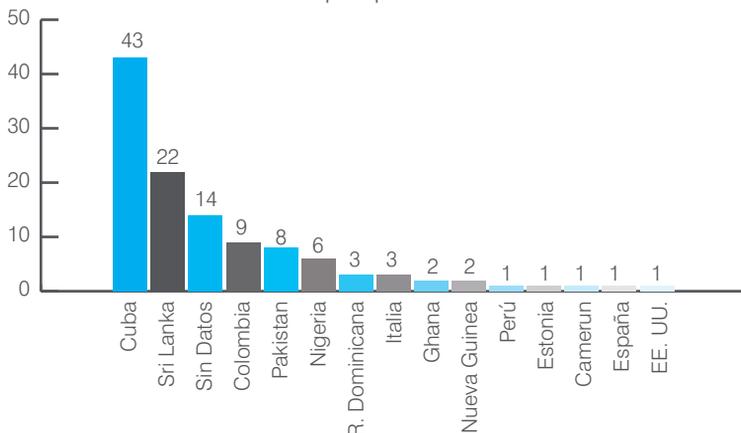
Según los datos obtenidos, la acción de hábeas corpus es la garantía que se ha activado de manera más recurrente y por tanto la de mayor número entre las sentencias recopiladas, llegando a un total de 78 sentencias. En ese número se puede identificar un total de 118 personas a favor de quienes fueron interpuestos los hábeas corpus, de las cuales, 96 personas eran de sexo masculino, lo que corresponde al 81%; en tanto que el número de mujeres llega a las 22, correspondiente al 19% restante.

De este número de personas, el grupo poblacional más grande corresponde a las personas de origen cubano que alcanza las 43 personas, equivalente al 37% del total. Esto significaría que las personas de esta nacionalidad son las más afectadas por las detenciones arbitrarias e ilegales relacionadas con su condición migratoria. También se puede observar que las personas de origen asiático y africano son el segundo grupo poblacional por el que se ha interpuesto la acción de hábeas corpus.

De las sentencias, se evidencia que el número de personas originarias de los países limítrofes -Colombia (9) y Perú (1)- a favor de quienes se ha presentado acciones de hábeas corpus es menor; posiblemente porque, en estos casos, las órdenes de deportaciones pueden ser ejecutadas de manera casi inmediata pues implica la erogación de menos recursos para el estado. Finalmente, en menor número se encuentran personas europeas y estadounidenses.

Gráfico 7

Hábeas corpus por nacionalidad



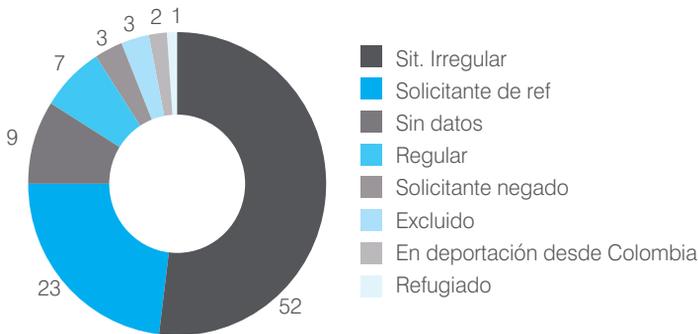
Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012.

Según la información de las sentencias de hábeas corpus el 52% de las personas se encontraban en situación irregular; un 23% eran solicitantes de la condición de refugiado al momento de ser detenidos y un 3% señaló, al interponer la acción, haber sido negado el reconocimiento de la condición de refugiado. Llama la atención que un 7% se encontraba de manera regular bajo otra categoría que no es la de refugiado.

Además, se identifican otras condiciones migratorias como la de exclusión, que implica la privación de libertad en frontera, que corresponde a un 2% del total de personas; y la deportación desde Colombia, que corresponde al 1%. Es importante señalar que del 9% de las personas no es posible conocer la condición migratoria en la que se encontraban, pues no es un aspecto que se menciona en la sentencia.

Gráfico 8

Condición migratoria

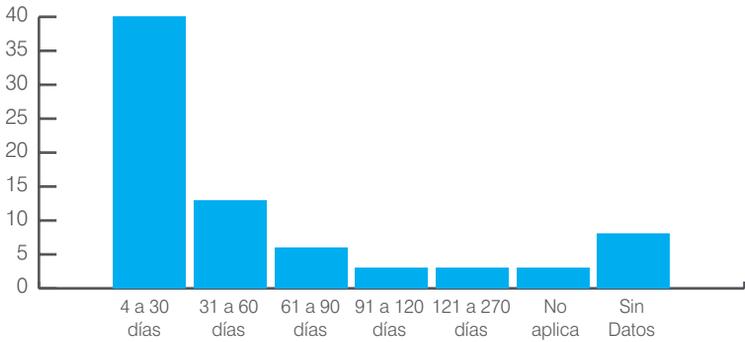


Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012.

En las sentencias revisadas, se observa que los períodos de privación de la libertad comprenden desde los 4 días hasta 270 días. La mayoría (41) se encuentran en el rango entre los 1 hasta los 30 días de privación de libertad.

Gráfico 9

Tiempos de detención

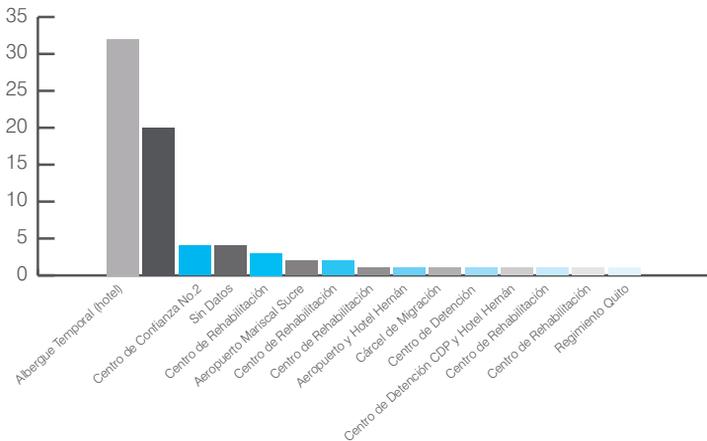


Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012.

Son algunos los lugares de privación de libertad, incluso se observan casos en los que las personas han sido trasladadas a más de un lugar. No obstante, el mayor número de privaciones de libertad tienen lugar en el denominado albergue temporal; el cual, es un centro de detención específico para personas en procesos de deportación. Sobre este y los otros lugares se particularizará en el análisis del acápite siguiente.

Gráfico 10

Lugares de detención

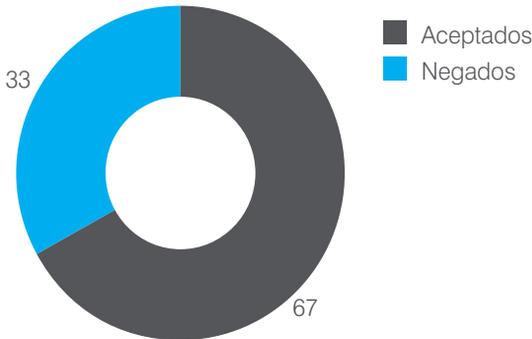


Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012.

Finalmente, se puede observar que 52 de las 78 acciones fueron aceptadas, lo que significa un 67% frente al 33% de rechazo, que equivale a 26 acciones. No obstante, el análisis no puede circunscribirse a la mera aceptación o negación de la acción, ya que las decisiones judiciales deben cumplir con otros parámetros de fondo normativos y doctrinarios.

Gráfico 11

Nivel de Aceptación



Elaboración: Javier Arcentales, PADH-2012.

Para profundizar en el contenido de las sentencias de hábeas corpus se ha definido una muestra de 46 de las 78 sentencias, que ha sido seleccionada con base en los criterios: año de emisión; número de personas por las que se interpone la acción; la nacionalidad; sexo de las personas; condición migratoria y tiempo de detención.

Derechos vulnerados por los que se interpone las acciones de hábeas corpus

En la muestra de sentencia de hábeas corpus se ha logrado determinar que esta garantía se activa por cuatro razones: privación de libertad en procesos de deportación, privación de la libertad en procesos de exclusión, desaparición de persona inmigrante y sanción a persona refugiada por uso de pasaporte falso.

A continuación se desarrolla el análisis de estas cuatro situaciones, para lo cual, en cada una se presenta un breve contexto y posteriormente los hallazgos respecto de los derechos invocados y los derechos reconocidos.

Personas en procesos de deportación

El sometimiento de personas al proceso de deportación constituye la razón de privación de libertad más frecuente en los casos recopilados, entre los cuales se puede distinguir a personas que han sido sometidas a este procedimiento por su condición migratoria o por haber cumplido una condena de carácter penal en Ecuador.

La explicación de estas detenciones se encuentra en la aplicación de la Ley de Migración de 1971 fundamentada en la doctrina de la seguridad nacional; bajo la cual, toda persona de otra nacionalidad es asumida como una amenaza para la seguridad del Estado; visión que, a su vez, es contradictoria con el enfoque de derechos adoptado por la Constitución para la movilidad humana.

Bajo este parámetro, la Ley de Migración regula el ingreso y egreso de personas del territorio nacional mediante el control de la Policía de Migración y establece el procedimiento de deportación cuya naturaleza es de carácter penal.⁸⁴ Estos aspectos son los de mayor contradicción con los principios y derechos constitucionales, en particular con el principio de igualdad y no discriminación por condición migratoria y lugar de origen,⁸⁵ el principio no criminalización de la migración y la búsqueda del progresivo fin de la condición de extranjero.

Así, entre las 19 causales de deportación previstas por esta Ley,⁸⁶ en las sentencias revisadas se constata la aplicación mayoritaria del art. 11, num. I, que dispone la deportación de las personas “que hubieren permanecido mayor tiempo que el autorizado en su admisión de acuerdo con su categoría migratoria, hayan o no sido objeto de sanción penal”.

La consecuencia jurídica inmediata de la situación migratoria irregular es la deportación, es decir, esta condición no puede ser subsanada y se aplica una sanción absolutamente desproporcionada.⁸⁷

84 La naturaleza del procedimiento de deportación, tal como se ha previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es de carácter penal, dado que, por una parte se prevé la privación de la libertad de la persona y en segundo lugar el Código Orgánico de la Función Judicial determinó que estos procedimientos sean conocidos por los Jueces de Contravenciones Penales.

85 CRE, art. 11, num. 2.

86 Se debe aclarar que el num. II del art. 19 de la Ley de Migración al determinar las causales de deportación se remite a las causales de exclusión, por lo que, estas son equivalentes en ambos casos.

87 Cabe señalar que estas disposiciones entran en contradicción con el principio de proporcionalidad reconocido en el num. 6 del art. 76 de la CRE: La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

También se observa la aplicación de la causal prevista en el numeral siguiente que determina la misma sanción para las personas de otra nacionalidad “*que hubieren cambiado de hecho su calidad o categoría migratorias*.”⁸⁸ Bajo la disposición de este artículo toda persona que realice una actividad que no está contemplada en su visado debe ser deportada; en consecuencia, se observan casos de personas que han sido detenidas por trabajar con una visa de turismo. Esta causal es contraria también al principio de no discriminación por condición migratoria; ya que, restringe el ejercicio de derechos, principalmente el derecho al trabajo en virtud de la categoría migratoria.

Además de estas causales, se observa también la aplicación de la causal que dispone la deportación de “quien hubiera sido condenado en el Ecuador por delito tipificado en las leyes penales de la República, después de ejecutoriada la sentencia, cumplida la pena u obtenido el indulto”.⁸⁹ Esta causal es también cuestionable en virtud del principio penal *non bis in ídem*; por el cual, ninguna persona puede ser juzgada ni sancionada más de una vez por el mismo acto delictivo.

En estos casos, se asume que las personas han cumplido con la pena impuesta y por tanto la deportación se convierte en una segunda sanción por el hecho cometido. Se debe tomar en cuenta que, bajo el principio de rehabilitación social, las sanciones penales están destinadas a la reinserción de las personas en la sociedad, por lo que, no tendría sentido el expulsarlas del país.

Adicional a estas causales, se han identificado dos casos de personas cubanas que han sido deportadas desde Colombia y que son puestas a órdenes de las autoridades fronterizas ecuatorianas, quienes deciden continuar con el proceso de deportación hacia Cuba y por ende son trasladados al centro de detenciones en Quito.

En todos los casos de deportación, la Ley de Migración dispone la detención de la persona⁹⁰, aspecto que profundiza la contradicción con el principio de no criminalización de la migración y marca una diferencia clara entre las personas ecuatorianas y las de otra nacionalidad.

⁸⁸ Ley de Migración, art. 11, num. II.

⁸⁹ *Ibid*, art. 19, num. III.

⁹⁰ *Ibid*, art. 20, 21 y 22.

Por su parte, la Policía de Migración, los jueces y juezas de contravenciones, las y los intendentes generales de policía y otros funcionarios relacionados con el control migratorio, no han optado por inaplicar las disposiciones inconstitucionales de la Ley de Migración, de conformidad con el art. 426 de la Constitución.

La aplicación de las normas inconstitucionales de la Ley de Migración, ha provocado la detención arbitraria e ilegal de personas de otro origen nacional sometidas a procedimientos de deportación. Esta situación se agrava cuando la orden de deportación no puede ser ejecutada por falta de recursos del estado ecuatoriano o por impedimentos que atañen a las políticas internas de los estados, como es el caso de las personas de nacionalidad cubana, ya que, en Cuba no se admite a personas que retornen en condición de deportadas.⁹¹ En estos casos, la privación de libertad se prolonga de manera indefinida.

Es importante señalar que antes del año 2011, las privaciones de libertad tenían lugar en la cárcel de la Dirección Provincial de la Policía de Migración de Pichincha - llamado también "calabozo de migración"⁹²; y, a partir de ese año, en el denominado Albergue Temporal de Deportaciones, el cual ha sido instalado en el "Hotel Hernán" de carácter privado ubicado en el Centro Histórico de Quito, custodiado por la Policía de Migración bajo el monitoreo del Ministerio del Interior. Además, este lugar no corresponde a un albergue, sino que es un centro de detención que funciona bajo un reglamento que ni siquiera ha sido aprobado mediante acuerdo ministerial.

Tanto la cárcel de la Dirección Provincial de la Policía de Migración, como el "albergue temporal" son inconstitucionales porque viabilizan formas de criminalizar la migración, al constituirse como centros de privación de libertad para personas de otras nacionalidades que han incurrido en infracciones de carácter migratorio, y no de carácter penal. También son inconstitucionales por contravenir lo dispuesto en el art. 77, num. 2 de la Constitución que señala:

Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito

91 Ver: Acápite sobre Detención, deportaciones y exclusiones del Informe de Movilidad Humana Ecuador 2011, "En el país de la Ciudadanía Universal" de la Coalición por las Migraciones y el Refugio.

92 Ver: Informe de Verificación sobre las condiciones de detención de personas privadas de la libertad en el marco de operativos de identificación de irregulares en la ciudad de Quito. Elaborado por la Defensoría del Pueblo, la Coalición por las Migraciones y el Refugio e INREDH, Quito, 7 de julio de 2010

flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.

Por ende, solo pueden estar privadas de la libertad aquellas personas que han sido procesadas y sancionadas por un delito penal, que no es el caso de las personas sometidas a procesos de deportación. Además, los centros de privación de libertad solo pueden ser aquellos establecidos por ley y son de carácter estatal y no privado.

Al respecto, el Informe de Movilidad Humana del año 2011, de la Coalición por las Migraciones y el Refugio señala:

En este lugar se aplican una serie de disposiciones, que hacen de este lugar un centro de detención común; por ejemplo, se establece que todas las personas que ingresen al albergue deben ser sometidas a revisiones y cacheos personales; se fijan horarios para actividades; se prohíbe que más de dos personas permanezcan en las habitaciones en horarios no establecidos; se pasa lista varias veces al día, etc. Por otra parte, se determina que quienes brindan atención jurídica deben solicitar autorización expresa para ingresar, lo cual ha dificultado el ejercicio del derecho a la defensa de las personas detenidas.⁹³

Por otra parte, antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, el procedimiento de deportación era conocido por las Intendencias Generales de Policía de cada provincia, según lo dispuesto en la Ley de Migración, las cuales son dependencias de carácter administrativo adscritas al Ministerio del Interior.

Actualmente, este Código destina tal competencia a los Juzgados de Contravenciones que son de naturaleza penal, contradiciendo nuevamente el principio de no criminalización de la migración. Estos juzgados han sido implementados únicamente en la ciudad de Quito; por lo que, en el resto del país, aun son competentes para conocer estos procedimientos las Intendencias Generales de Policía.

Al interponer la acción de hábeas corpus, los accionantes alegan la vulneración de varios derechos: el derecho a migrar, la prohibición de considerar a una persona como ilegal por su condición migratoria, el derecho a la libertad e integridad personal, la igualdad entre personas ecuatorianas y de otra nacionalidad y la no discriminación por condición migratoria.

⁹³ Coalición por las Migraciones y el Refugio, "Informe de Movilidad Humana, Ecuador 2011, En el País de la Ciudadanía Universal", versión completa, p. 53.

Adicionalmente, las instituciones accionantes dentro de su fundamentación de derecho invocan normas internacionales de derechos humanos; principalmente, de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre Trabajadores Migratorios y sus Familiares, la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otras. De igual manera, se hace mención a las Observaciones y recomendaciones al Estado ecuatoriano por parte del Comité de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias de 2010 y al Informe de Verificación de las Personas privadas de la libertad en el Plan de Operaciones Identidad elaborado por la Defensoría del Pueblo y la Coalición por las Migraciones y el Refugio.

Sin embargo, se observa en las sentencias analizadas que aceptan las acciones de hábeas corpus, que los jueces y juezas se centran en verificar la legalidad de la detención; es decir, si existe boleta constitucional de detención y si el tiempo de privación de la libertad sobrepasa las 24 horas permitidas por la Constitución en caso de los delitos flagrantes.⁹⁴ Bajo estas premisas, se pierde de vista que las personas son detenidas a causa de la condición migratoria y que a la luz de los principios constitucionales no cabría la privación de la libertad.

A pesar de que los accionantes invocan una multiplicidad de derechos vulnerados, los jueces únicamente declaran la violación del derecho a la libertad personal en 16 casos; y en 10 casos, aunque son aceptados y se ordena la libertad, no se declara la violación de un derecho, aunque tácitamente se entiende que se hace referencia al derecho a la libertad personal. En este sentido, es frecuente encontrar el siguiente texto resolutivo:

el recurrente NN, se encuentra privado de su libertad de forma ilegítima desde el 24 de septiembre de 2010 por no existir boleta constitucional de encarcelamiento suscrita por autoridad competente ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta la Acción de Hábeas Corpus y se dispone su inmediata libertad.⁹⁵

Es claro que el derecho afectado de manera más evidente es la libertad personal y que es obligación de los administradores de justicia revisar los aspectos relacionados con la legalidad de la detención; sin embargo, se

94 CRE, art. 77, num. 1.

95 Juzgado 8 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, 1329-2010.

debe considerar que la privación de la libertad personal es solo una arista de una problemática más compleja que entraña la deportación y que afecta a más derechos, sobre los cuales, es importante el pronunciamiento judicial, ya que no se puede dejar de lado la posibilidad de desarrollar el contenido de los derechos de las personas en movilidad consagrados en la Constitución e inaplicar las disposiciones inconstitucionales de la Ley de Migración.

En este sentido, son excepcionales las sentencias en las que se realiza argumentación jurídica fundada en los valores, derechos y principios constitucionales sobre movilidad humana. Se destaca una sentencia en que el juez cuestiona el principio de soberanía nacional en detrimento del ejercicio de derechos:

El argumento por el cual permanece privado de la libertad el legitimado activo, es por el principio generalmente aceptado que toda nación tienen poder inherente a su soberanía y esencial a su propia conservación para impedir el ingreso de extranjeros al territorio del Estado o para admitirlos únicamente en aquellos casos y con las condiciones que consideren convenientes establecer, el mismo que consta en la Ley de Migración, y que violenta principios constitucionales que dan lugar a que su aplicación violente Derechos Humanos consagrados y garantizados en la Constitución de la República e Instrumentos internacionales suscritos por el Estado Ecuatoriano, como son el de movilidad humana y a transitar libremente (sic).⁹⁶

En este caso, el juez, además de declarar la violación del derecho a la libertad personal, señala que también se ha vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación.

Con un menor nivel de desarrollo se ubican en otras sentencias, fundamentación que se orienta a cuestionar la criminalización de la migración. En este sentido, una de ellas señala “la migración como tal no puede ser considerada como un delito”.⁹⁷

Con esta misma orientación, se ubican dos sentencias que cuestionan la naturaleza de la deportación y la consecuente privación de la libertad, aunque no hacen referencia a la inconstitucionalidad de la figura de la deportación. Una de esas sentencias señala que “los procesos de deportación son despenalizados y no tienen por qué discriminarse a ciudadano alguno”.⁹⁸

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Juzgado 6 de Tránsito de Pichincha, 271-2011.

⁹⁸ Juzgado 3 de Trabajo de Pichincha, 0727-2010.

En este mismo sentido se pronuncia otra sentencia, en la que si bien no se invoca ningún artículo sobre movilidad humana, se señala que “la privación de la libertad no es necesaria para garantizar la presencia en el proceso”.⁹⁹

Por su parte, la Jueza Primera de la Unidad de Contravenciones del cantón Quito elevó a consulta de la Corte Constitucional un proceso de deportación de una persona de nacionalidad haitiana, a fin de que se defina la constitucionalidad de los art. 24, 25 y 31 de la Ley de Migración en este caso.¹⁰⁰ Si bien este no es un caso en el que se activó una garantía jurisdiccional, se destaca la actuación de la jueza al remitir el proceso para que la Corte Constitucional se pronuncie respecto a la aplicación de la Ley de Migración, respecto de los artículos que disponen la privación de libertad, la legalización de la detención mediante un juez penal, la participación del Fiscal en las audiencias de deportación y la sustitución de la medida de privación de libertad luego de que la orden de deportación no pueda ser ejecutada. Al momento, esta consulta se encuentra admitida a trámite y aún no ha sido resuelta.

Por otra parte, se han identificado casos de personas solicitantes de la condición de refugiado. En estas situaciones, quienes interponen las acciones invocan también, el derecho a solicitar asilo y refugio; y fundamentalmente el principio de no devolución como argumento básico para impedir la deportación y recuperar la libertad.

Este es el caso del hábeas corpus presentado por la Defensoría del Pueblo frente a la privación de libertad de 24 hombres asiáticos, 21 de Sri Lanka y 3 de Pakistán, en un operativo del Grupo de Operaciones Especiales de la Policía Nacional (GOE), ordenado por la Fiscalía, cuya finalidad hasta el momento no ha sido aclarada,¹⁰¹ y que, según indica la sentencia, a diferencia de los casos de deportación señalados anteriormente, se encontraban detenidos en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito No. 2. En este caso se comprobó, mediante oficio de la Dirección

99 Tribunal 2 de Garantías Penales de Pichincha, 147-2011.

100 Causa No. 0447-12 de la Corte Constitucional del Ecuador, fue admitido a trámite el 12 de julio de 2012.

101 Al respecto el Informe de Movilidad Humana citado señaló “Un caso paradigmático ocurrido el 10 de marzo de 2011, es la detención de 67 personas de Pakistán, Irak, India y Sri Lanka, en un operativo realizado por el Grupo de Operaciones y Rescate de la Policía Nacional; hasta el momento no es clara la razón de la detención. En principio se la habría hecho con la finalidad de dismantelar una red de trata de personas y de tráfico de migrantes, por lo que el juez XXII de Garantías Penales de Pichincha, habría ordenado la detención, a pedido de la Fiscalía de Pichincha. Como señala la Defensoría del Pueblo, sin una orden de detención judicial, las personas fueron aprehendidas en hoteles y viviendas y trasladadas a la Cárcel 2 de Quito, donde se las mantuvo incomunicadas, sin posibilidad de llamar a sus familiares o abogados.” p. 92.

de Refugiados, que todos los detenidos eran solicitantes de la condición de refugiado.¹⁰²

En este caso si bien, la jueza no profundiza sobre las implicaciones del derecho a solicitar asilo y refugio o del principio de no devolución, invoca los artículos en que se reconocen estos derechos en la Constitución en la motivación para aceptar la acción.

En otra sentencia, sobre el caso de una persona de nacionalidad cubana en proceso de deportación, se recoge el testimonio del accionante en la audiencia. Esta sentencia señala que la persona ha expresado: “que vive en Ecuador más de tres años y en su calidad de médico cirujano, ha realizado tareas médicas humanitarias y no quiere ser deportado a su país, ya que será juzgado y su bienestar como persona no está garantizado”.¹⁰³

Sin embargo, el Juez que resuelve la causa no hace mención a lo señalado, ni lo relaciona con el principio de no devolución. De toda maneras, acepta el hábeas corpus.

Otra sentencia se refiere al caso de una persona cubana solicitante de la condición de refugiado que fue detenida en el Regimiento Quito No. 1 por 9 días, como fruto del denominado “Plan de Operaciones Identidad”.¹⁰⁴ El juez concede el amparo y señala que “no puede ser deportado hasta que el gobierno ecuatoriano se pronuncie definitivamente sobre su solicitud”.

Por otra parte, si bien no se ha tomado en cuenta las resoluciones de archivo o inadmisión en el presente estudio, de manera excepcional merece ser mencionado el caso de una mujer de origen colombiano a quien se le negó el reconocimiento de la condición de refugiada y se encontraba dentro del plazo para presentar la impugnación a esta decisión. Sin embargo, fue detenida y deportada, a pesar de haber sido interpuesto el hábeas corpus correspondiente. En este caso, el juez decidió no realizar la audiencia y ordenó el archivo de la causa, por cuanto, la persona no fue llevada a esta diligencia, ya que previamente había sido deportada a Colombia.

102 Juzgado 3 de Tránsito de Pichincha, 0355-2011.

103 2da Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 0204-2012.

104 Ver: Informe de Verificación sobre las condiciones de detención de personas privadas de la libertad en el marco de operativos de identificación de irregulares en la ciudad de Quito. Elaborado por la Defensoría del Pueblo, la Coalición por las Migraciones y el Refugio e INREDH, 7 de julio de 2010.

En esta sentencia el juez no exige explicación respecto del paradero de la persona, ni respecto de la pertinencia de la ejecución de la orden de deportación que se cumplió a pesar de la interposición del hábeas corpus. Esta manera de actuar del juez contradice el objeto de protección de esta garantía contemplado en la LOGJCC y se torna ineficaz para la protección del derecho a solicitar asilo y refugio, el principio de no devolución y de manera conexa para la protección del derecho a la vida e integridad física.¹⁰⁵

Si bien, en la mayoría de casos se observa que las acciones de hábeas corpus presentadas detienen las deportaciones y ordenan la libertad de las personas, las sentencias no determinan responsabilidades frente a la detención ilegal, ni formas de reparación. Además, se verifica un escaso desarrollo del contenido de los derechos de las personas con necesidad de protección internacional.

Tampoco se toma en cuenta como un artículo fundamental para resolver estas causas, lo dispuesto por el num. 5 del art. 43 de la LOGJCC, que señala como parte del objeto de protección: “a que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre, su vida, su libertad, su integridad y su seguridad.”

Por otra parte, en los dos casos identificados de personas de otra nacionalidad que han sido sometidas a procesos de deportación, por haber cumplido sanciones penales de privación de libertad, de conformidad con la Ley de Migración, se observa que, los hábeas corpus son interpuestos debido a la imposibilidad, por parte del Estado ecuatoriano de ejecutar las órdenes de deportación.

En el primer caso por tratarse de una persona de nacionalidad cubana que no tiene la autorización del país de origen para ser trasladado como deportado luego de cumplir una sanción por uso fraudulento de documento¹⁰⁶; y el segundo es el caso de una mujer de nacionalidad ghanesa que tampoco puede ser devuelta a su país de origen, luego de cumplir sanción por tenencia de estupefacientes, dada la carencia de los medios económicos y la demora en los trámites de deportación.

105 Juzgado 7 de Tránsito de Pichincha, hábeas corpus No.420-2010.

106 Juzgado 8 de lo Civil de Pichincha, 329 -2011.

Esto hace que, la privación de libertad se extienda por un tiempo mayor que el de la pena establecida y cumplida. No obstante, esto no es cuestionado por los jueces que conocen las acciones de hábeas corpus, por el contrario en ambas son negadas.

En ningún caso se refleja un razonamiento constitucional y, en consecuencia, se legitima la aplicación de la deportación para estos casos y la privación de libertad ilegítima. Así por ejemplo, en uno de los casos, la jueza determina que es mejor que la persona continúe detenida. Esta sentencia señala:

que la demora en la deportación se debe a trámites engorrosos en los que se debía incurrir y el hecho de que la accionante no tienen en el país ningún familiar ni amigos a quienes acudir, tampoco trabajo, ni un techo que la cobije, situación que le pondría en peligro inminente de volver a reincidir en el delito que ya cometió y lo que conviene es que siga en la institución en que se encuentra que en último caso significa protección, pan y techo dados por el Estado.¹⁰⁷

Por otra parte, en el caso de un hombre de nacionalidad cubana que ingresa de manera irregular a Colombia, y es deportado y puesto a órdenes de la Intendencia General de Policía del Carchi, esta que decide continuar el proceso de deportación a Cuba. Dadas las complicaciones de la deportación hacia ese país, la persona se encuentra detenida por más de 30 días en el denominado albergue temporal.¹⁰⁸

Frente a esta situación, se interpone la acción de hábeas corpus, que es negada, aun cuando la pareja de nacionalidad ecuatoriana señala estar embarazada, y la abogada accionante alega el interés superior del niño y el principio de unidad familiar.

En estos casos, el proceso de deportación se convierte en una sanción adicional a procesos penales o migratorios previos, prolongando de manera indeterminada la privación de libertad. Lastimosamente, ninguno de estos parámetros es considerado por los jueces o juezas, incluso cuando existen otros derechos afectados como el interés superior del niño o el principio de unidad familiar. La valoración de los contextos de las personas son mínimos, al igual que la aplicación de los principios y derechos constitucionales.

107 Juzgado 3 de inquilinato, 1179-2011.

108 Juzgado 5 de lo Civil de Pichincha, 1174-2012.

Por otro lado, si bien un número de hábeas corpus son aceptados, como se ha visto en los gráficos anteriores, se observa también un 33% de sentencias que niegan la acción. En estas sentencias se justifica la privación de libertad en virtud de la existencia del procedimiento de deportación. Estas sentencias contienen un razonamiento de carácter similar al siguiente:

No ha existido detención ilegal o arbitraria, por el contrario existe ya resolución emanada de autoridad competente mediante procedimiento regular en el que se dispone su deportación (sic); por lo expuesto de conformidad con los art. 86 y 89 de la Constitución de la República, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE REPÚBLICA, se niega la acción de hábeas corpus propuesta.¹⁰⁹

Con este tipo de fundamentación, se legitima el proceso de deportación y la consecuente privación de la libertad, dejando de lado el análisis de las contradicciones existentes entre la Ley de Migración y los principios y derechos constitucionales. Este tipo de razonamiento es de carácter legalista y aplica exclusivamente las normas de la Ley de Migración por sobre la Constitución.

Aunque no de manera expresa, en la mayoría de las sentencias que niegan la acción de hábeas corpus subyace la noción de defensa de la soberanía nacional. En uno de los casos hace expresa mención a este concepto en los siguientes términos:

Se hace evidente el hecho de que todas estas personas deben someterse al régimen Constitucional y legal de nuestro país, que justifiquen su permanencia legal en nuestro territorio, como parte integrante del poder de la soberanía que goza el Estado Ecuatoriano, a fin de que las personas irregulares que legalmente se encuentran asentadas en nuestro país, deben someterse al cumplimiento de las normas de las Constitución de los acuerdos Internacionales (sic), y de la diversidad de Leyes (sic) que sostiene nuestro régimen(...)¹¹⁰

En definitiva este razonamiento superpone el principio de soberanía nacional por sobre los derechos constitucionales, violentando fundamentalmente el principio de igualdad entre personas ecuatorianas y de otra nacionalidad. Así, por ejemplo, otro de los casos analizados corresponde al

109 Juzgado 7 de Tránsito, 0251-2010.

110 Juzgado 9 de lo Civil de Pichincha, 0899-2010.

de una mujer colombiana que llegó al Ecuador hace más de nueve años, junto con sus tres hijos menores de edad, uno de ellos con síndrome de Down y que, a pesar del tiempo de permanencia en el país, no pudo regularizar su situación migratoria aun cuando mantenía una relación de hecho estable con una persona ecuatoriana.

Esta persona fue detenida por la Policía de Migración y remitida al Juez de Contravenciones quien ordenó la deportación. Frente a este hecho la Casa de Movilidad Humana interpuso una acción de hábeas corpus que fue negada. Paradójicamente esta acción recayó en un juzgado de la niñez y adolescencia.¹¹¹

Ni el juez de contravenciones, ni el juez que conoció la acción de hábeas corpus hicieron una reflexión sobre los derechos vulnerados y amenazados de la accionante, ni los de sus hijos que quedarían en una situación de desprotección. En este proceso se omite aplicar el principio de interés superior del Niño, se vulnera el derecho a la unidad familiar y no se considera la residencia de larga data.

Frente a las resoluciones negativas se han interpuesto los respectivos recursos de apelación de conformidad con lo señalado por la Constitución y la LOGJCC. No obstante, en ningún caso la Corte Provincial de Justicia revierte el fallo de primera instancia. Por el contrario, se puede observar que el razonamiento de las salas de la Corte Provincial de Justicia es aún menos sólido y con menor argumentación que los fallos de primera instancia.

Así por ejemplo, la resolución de apelación en el caso recién mencionado a pesar de que recae en la Sala de lo Laboral y Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial, confirma la decisión de primera instancia al determinar “que no ha sido vulnerado ningún derecho”.¹¹²

Las sentencias de apelación en estos casos contienen argumentos que justifican las detenciones y las deportaciones a personas en las situaciones anteriormente mencionadas. De esta manera, la Corte Provincial, en uno de los casos argumenta: “al ingresar al Ecuador en forma inadecuada y al no haber regularizado su situación de permanencia legal en el país, se debía iniciar un juicio de deportación, como se lo ha realizado; proceso en el que se ha respetado el derecho al debido proceso”.¹¹³

111 Juzgado 10 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, sentencia de hábeas corpus No. 713-2011.

112 Segunda Sala de lo Laboral y de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, 528-2011.

113 Primera Sala de lo Laboral y de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 0174-2011.

Personas en condición de exclusión

La exclusión consiste en la inadmisión de las personas en frontera, es decir, en el impedimento del ingreso al territorio nacional. En estos casos, se aplican las mismas causales previstas en la Ley de Migración para la deportación, entre las que se encuentran también restricciones de ingreso para personas con discapacidad o enfermedades.

La Ley de Migración establece un procedimiento sumarísimo que es contrario a los principios y derechos constitucionales, y permite un amplio margen de discrecionalidad de los agentes de la Policía de Migración. Al respecto la Ley señala:

Quando el agente de policía del servicio de migración compruebe, con ocasión de practicar la inspección de admisión, que un extranjero sujeto al fuero territorial está comprendido en alguna de las causas de exclusión, procederá a rechazarlo, obligándolo a que abandone el territorio nacional con destino al país de origen o de procedencia inmediata, entregándolo a la custodia y vigilancia de las autoridades competentes del país convecino, o de los agentes autorizados por el explotador de la respectiva empresa que lo condujo al país. La resolución que adopte el agente de policía del servicio de migración relativa a la exclusión de un extranjero no será susceptible de revisión administrativa, sin perjuicio de la opción del extranjero para ser admitido provisionalmente y someterse a la acción de deportación en la forma prevista en esta Ley.¹¹⁴

Este es un procedimiento inconstitucional por varios motivos, en primer lugar al disponer un control policial migratorio, lo que redundaría en la contradicción con el principio de no criminalización de la migración. En segundo lugar, atenta contra el derecho a migrar y el principio de la libre movilidad; además, la prohibición de impugnar las decisiones de exclusión dispuesta por los agentes de la Policía de Migración violenta el derecho a la defensa, que forma parte del debido proceso.

Este contexto normativo ha generado serias violaciones a los derechos de las personas de otra nacionalidad que han sido sometidas a procesos de exclusión, sobre todo por el nivel de indeterminación jurídica en el que aparentemente se encuentran. Las personas permanecen privadas de la libertad en la sala de excluidos del Aeropuerto Mariscal Sucre, registrándose casos de personas que han estado

114 Ley de Migración, art. 17.

hasta 40 días, según se desprende de la información contenida en las sentencias recopiladas.

Según cifras de la Dirección Nacional de Migración hasta noviembre del año 2012 se registraron un total de 814 personas excluidas, en el año, de las cuales, 484 corresponden al número de personas sometidas a este proceso en el Aeropuerto Mariscal Sucre. Si bien, el número de personas excluidas es elevado, son pocos los casos identificados en los que se han presentado acciones de hábeas corpus por este motivo. Esto puede ser atribuido al hecho de que, en la mayoría de casos, operaría de forma inmediata el retorno a través de la empresa de transporte aéreo y no estarían privadas de la libertad por tiempos prolongados.

En los tres casos de hábeas corpus accionados por personas en situación de exclusión, solamente uno es aceptado, otro es negado y el tercer caso, de manera ambigua, acepta la acción pero dispone que se traslade a la persona al denominado albergue temporal.

En estas sentencias aparece un elemento adicional que atenta contra los derechos de las personas en situación de exclusión, ya que, se argumenta que la zona de exclusión es una zona fronteriza internacional en la que no se aplicaría el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Según se observa en una de las sentencias este es el argumento expuesto por la Policía de Migración: “Señor Juez, el art. 17 de la Ley de Migración, en este caso se aplica en zona fronteriza o de los agentes de aerolíneas procedimiento que se lo realizó, únicamente quiero demostrar que está establecido en la ley y en la constitución las actuaciones”.¹¹⁵

En este caso el Juez desarrolla un extenso análisis respecto de lo que son las zonas internacionales o de tránsito, concluyendo lo siguiente:

De este análisis se concluye que la señora NN no está privada de su libertad ante ninguna autoridad ecuatoriana; por lo tanto, no existe orden de detención, lo que existe es una orden de exclusión y por consiguiente no ha ingresado al territorio nacional, ya que conforme lo establece el art. 261 num. 3 de la Constitución de la República, que establece: “El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 3. El registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratorio” y en uso de estas atribuciones el personal de migración conforme a la Ley de Migración, así como a la Ley y reglamento de extranjería, se

115 Juzgado 3 de Tránsito de Pichincha, 049 -2012.

la excluyo es decir no se le permitió la entrada al Ecuador a la señora NN, por lo que puede decirse que no se encuentra todavía en territorio nacional, por lo que no ha existido violación de derecho alguno de la señora NN.¹¹⁶

Este constituye un razonamiento de carácter restrictivo que a fin de cuentas avala la detención de la persona sustentándose en una norma constitucional sobre el control migratorio y no toma en cuenta los principios y derechos constitucionales en materia de movilidad humana. Tampoco se toma en cuenta los principios constitucionales respecto a la privación de libertad, bajo los cuáles, el Aeropuerto Mariscal Sucre no puede convertirse en un centro de detención de personas inmigrantes.

El segundo caso recopilado merece atención particular ya que, si bien el juez, ante la negativa de las autoridades migratorias de trasladar a la persona hasta la sede la judicatura, decide realizar la audiencia en las inmediaciones del Aeropuerto Mariscal Sucre, lo cual desvirtúa la idea de que la persona se encuentra en una zona en la que no es aplicable el ordenamiento jurídico ecuatoriano, finalmente de manera ambigua resuelve que:

el señor NN de nacionalidad nigeriana, sea trasladado al albergue para ciudadanos extranjeros que se encuentra localizado en esta ciudad de Quito, regentado por el Ministerio del Interior, debiendo la Policía de Migración poner a dicho ciudadano a órdenes del Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de que se arbitren todas las medidas que el caso amerita para que se dé cumplimiento con lo ordenado por dicha dependencia, es decir el abandono del hoy accionante del territorio Ecuatoriano.¹¹⁷

En efecto, se dio cumplimiento a lo dispuesto por el juez, sin embargo ante la imposibilidad de concretar la deportación esta persona estuvo detenida nueve meses, siendo uno de los casos más prolongados de privación de la libertad. En este período, la Casa de Movilidad Humana interpuso un nuevo hábeas corpus que fue negado en primera y segunda instancia. Finalmente se interpuso una acción extraordinaria de protección que hasta el momento ha sido solamente admitida a trámite.

Situación contraria ocurre, en el hábeas corpus que acepta la acción, si bien el Juez tampoco hace referencia a la ubicación en zona internacional de la persona, este tiene una visión de mayor garantía a los derechos.

¹¹⁶ Intervención del abogado de la Policía de Migración recogida en la Sentencia de hábeas corpus 049-2012 del Juzgado 3 de Tránsito de Pichincha.

¹¹⁷ Juzgado 1 de Trabajo de Pichincha, 1070-2011.

Así, con base en los art. 9 y 40 de la Constitución señala: “la señora NN se encuentra inconstitucionalmente detenida ya que de ninguna manera se puede considerar que los procesos migratorios pueden ser de carácter penal y no pueden contemplar la privación de libertad ya que no existe la comisión de delito alguno.”¹¹⁸

Frente a esta situación, la Defensoría del Pueblo ha emitido un Pronunciamiento Defensorial¹¹⁹ ante la recurrencia de casos de exclusión en los que se verifica estas circunstancias en el que se señala haber realizado dos visitas al Aeropuerto Mariscal Sucre en las que constatan un total de trece personas en proceso de exclusión detenidas, incluyendo una persona solicitante de la condición de refugiado. En este Pronunciamiento Defensorial se declara la violación del derecho a la libertad y del derecho migrar.

Sanción penal a persona refugiada por ingreso irregular

Otro ámbito en el que se ha activado la acción de hábeas corpus es frente a la sanción penal a una persona refugiada por uso de documento falso para ingresar al Ecuador. En este caso, un hombre de nacionalidad guineana, reconocido como refugiado por Ecuador, es condenado a la pena de tres años de reclusión menor ordinaria por el Tribunal Octavo de Garantías Penales al considerarlo autor del delito de falsificación o utilización dolosa de pasaporte tipificado en el art. 343 del Código Penal.

Si bien esta conducta se encuentra penada por la legislación ecuatoriana, no puede ser aplicable en razón de la disposición constitucional que ordena que *“No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad.”*¹²⁰

Este caso es conocido por la Segunda Sala de lo Laboral y Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia y resuelve que:

La privación de libertad de NN es ilegítima; toda vez que; como ha quedado demostrado, su detención con posterioridad al 14 de octubre de 2010, la Comisión para determinar la Condición de los Refugiados en Ecuador, ha estudiado el caso del accionante y considerando que las razones por las cuales

118 Juzgado 1 de Garantías Penales de Pichincha, 224.2012

119 Pronunciamiento No. 003 - DPE- DINAPROT-55277-2012

120 Inciso 2do del art. 41 de la Constitución de la República del Ecuador.

ha salido del país de origen están previstas en instrumentos jurídicos respecto a la materia y ha aceptado su solicitud de refugio; su detención, violenta los principios constitucionales, instrumentos internacionales y derechos humanos antes señalados.¹²¹

Como se observa en este caso, la Corte Provincial hace prevalecer la disposición constitucional que prohíbe sancionar a personas refugiadas por su ingreso en situación irregular al país, frente a una disposición de carácter legal. En efecto, al adoptar esta decisión la Corte señala que se violó un derecho y que por tanto la persona estaba injustamente detenida, en consecuencia, la persona afectada ha solicitado la reparación correspondiente al haber estado privada de la libertad por nueve meses, sin que se adopte ninguna medida al respeto, frente a lo cual, se interpone una acción extraordinaria de protección que es analizada de manera particular en este estudio.

Desaparición forzada

Entre las sentencias recopiladas se observa el caso de una persona que interpone la acción de hábeas corpus dada la desaparición de su compañero de nacionalidad Pakistaní. Según se señala en la sentencia analizada, la accionante tiene conocimiento a través de los medios de comunicación de la realización del operativo a cargo del GOE (Grupo de Operaciones Especiales) y ordenado por la Fiscalía en el que fueron detenidos más de 60 personas de Sri Lanka y Pakistán. Con esta información, la accionante señala haber solicitado información a diferentes instituciones incluyendo la Policía Judicial, sin que se le brinde mayor información.

Al respecto se recoge lo siguiente en el texto de la sentencia:

he preguntado en la Policía Judicial y me dicen que no me pueden informar nada de él, que está incomunicado ya que están realizando una serie de investigaciones. Ante (sic) esas circunstancias, sin conocer el nombre de los agentes que lo detuvieron, sin conocer porque (sic) delito se lo está juzgando, sin conocer nada de él, miro como se vulneran las garantías constitucionales. Pero, lo más importante que conociendo que lo vieron que (sic) agentes de la policía se lo llevó no sabemos si está vivo o muerto.¹²²

121 Juzgado 7 de Tránsito de Pichincha, 0435-2010.

122 Segunda Sala de Garantías Penales, sentencia de acción de hábeas corpus No. 0118-2011.

En la sentencia, se señala que la accionante prueba que la persona se encontraba en situación regular pues había obtenido una Visa 12-9, además de presentar certificados de cuentas bancarias. Finalmente, la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial resuelve de manera ambigua este caso:

dispone que, tanto el señor Ministro del Interior como el señor Comandante General de la Policía; y Fiscalía adopten medidas necesarias y practiquen todas las diligencias para ubicar el paradero del desaparecido señor NN, de nacionalidad Pakistani, para lo cual, contarán con la ayuda de familiares o conocidos y con la Defensoría del Pueblo.¹²³

La única norma constitucional que fundamenta esta resolución es el art. 90 de la Constitución. Este caso en el que existe una evidente vulneración al derecho a la libertad personal y posible vulneración a la integridad personal, no es valorado de manera integral en la sentencia, ya las medidas adoptadas en la resolución son limitadas frente a los derechos en riesgo. Tampoco se toma en cuenta el art. 43 num. 3 de la LOGJJ en el que se incluye dentro del objeto de protección de esta garantía el derecho de una persona “A no ser desaparecida forzosamente”; ni el art. 45 de la misma Ley que indica que “Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia” se presumirá la privación de libertad arbitraria o ilegítima y se dispondrá la inmediata libertad y reparación, medidas que no son adoptadas en esta sentencia.

Posteriormente cuando se identifica que la persona se encuentra detenida en el Centro de Rehabilitación Social 2 se interpone un nuevo hábeas corpus en el comparece la Jueza Contravencional de la Zona de la Mariscal quien admite haber ordenado la deportación al no portar documentación que acredite su permanencia regular, pese a que contaba con la Visa 12-9 como se señaló anteriormente aunque en ese momento no portaba el documento. La Jueza señala: “el señor no tenía documentos y a más de eso que para la Audiencia Nostros tuvimos un intérprete, un defensor público, un Fiscal (sic) se ha realizado de acuerdo a lo que hubo en ese momento un ciudadano sin documentos”.¹²⁴

El Juez que conoce esta acción no llama la atención a la Jueza de Contravenciones por su actuación, tampoco hace mención de ninguno de los derechos relacionados con la movilidad humana y se centra en constatar

123 *Ibid.*

124 Juzgado 10 de Garantías Penales, 0361-2011.

la legalidad de la detención. Finalmente resuelve ordenar la libertad, pero inexplicablemente dispone como medida cautelar “que se presente una vez cada quince días ante la Dirección Nacional de Migración, hasta que formalice su estatus de permanencia legal en el país. Cumplida esta condición quedará sin efecto la medida cautelar alternativa”.¹²⁵

Como se observa las medidas adoptadas por la Corte Provincial y el Juez que conoce esta acción son limitadas, frente a la situación de desaparición que enfrentaba la persona, a pesar de que existe normativa que posibilita una actuación más eficaz. Se demuestra también, en este caso, una actuación arbitraria de la Policía Nacional en la detención, así como de la Jueza de Contravenciones al decretar la deportación, aún cuando la persona gozaba de condición regular en el país. Al igual que en los demás casos, no se disponen medidas reparatorias, ni se declara responsabilidad de las autoridades estatales correspondientes.

Análisis de la calidad de las sentencias de hábeas corpus

Cumplimiento de parámetros establecidos en la LOGJCC

Entre las sentencias de hábeas corpus no existe ninguna que cumpla a cabalidad con todos los parámetros de análisis planteados, no obstante, se registran ciertos elementos que aparecen de manera dispersa en diferentes sentencias. Así, si se realiza un primer análisis a partir de los elementos que debe contener la resolución de las sentencias según la LOGJCC (declaración de derecho violado, reparación y responsabilidad) se puede observar que se cumple medianamente con la obligación de declarar el derecho violado, como se ha analizado en el acápite anterior de este estudio, al analizar los derechos vulnerados por lo que se interponen estas acciones y los fallos que resuelven estas demandas.

Por otro lado, ninguna sentencia que acepta la acción de hábeas corpus determina medidas de reparación incluso aquellas que señalan expresamente la violación al derecho a la libertad personal y que señalan que las personas han sido arbitraria e injustamente privadas de la libertad. Así por ejemplo, en una de las sentencias favorables que contiene una mejor

125 *Ibid.*

argumentación al respecto el Juez señala que “se abstiene de imponer cargas económicas materiales o inmateriales porque no se ha acreditado un daño material”.¹²⁶ Pese a que la persona estuvo detenida de manera arbitraria e ilegal por más de veinte días.

Bajo este criterio, se asumiría que la reparación tienen lugar exclusivamente frente a un daño material que solo puede ser compensado de manera pecuniaria y no se observan otras medidas destinadas a prevenir las detenciones arbitrarias, subsanar la condición de irregularidad migratoria o recomendaciones a las políticas migratorias. Aún bajo esta concepción el juez podía ordenar la reparación en virtud de que la privación de libertad implica la imposibilidad de trabajar y por ende un perjuicio económico a ser reparado y de esta manera iniciar el juicio para determinar la reparación económica de conformidad con el art. 4 de la LOFJCC.

Tampoco se determina la responsabilidad frente a las detenciones arbitrarias e ilegales en ningún caso. Esta omisión es grave, ya que al aceptar una acción de hábeas corpus, la autoridad judicial está admitiendo la existencia de uno o varios derechos violados, y por ende, debe existir un sujeto determinado que provoque esta vulneración. En estos casos, las privaciones de libertad a personas de otro origen nacional, sea por motivo de procesos de deportación u otras, son provocadas por autoridades policiales y de control que, a fin de cuentas, exceden en el ejercicio de sus funciones y no son responsabilizadas por estos hechos.

De esta manera las autoridades judiciales aun cuando ordenan la inmediata libertad de las personas privadas de libertad desconocen lo establecido por la Constitución al señalar que “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.¹²⁷ Finalmente, esta omisión propicia que este tipo de prácticas continúe.

126 Juzgado 9 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, sentencia de hábeas corpus No. 837 - 2012.

127 CRE, art. 11, num. 9.

Cumplimiento de parámetros doctrinarios

Diferencia entre claras y complejas

En el marco doctrinario propuesto para este estudio, se ha desarrollado la distinción que hacen diferentes autores entre casos fáciles y casos difíciles o complejos. Siendo los primeros, aquellos en los cuales no se requeriría otros elementos para resolver que no sean los hechos y la norma aplicable; en tanto que, los difíciles serían aquellos en los que para ser resuelto se debe aplicar métodos de interpretación de la norma y otros elementos para alcanzar una decisión justa.

En las sentencias revisadas ningún juez hace una valoración en este sentido, pero se podría afirmar que todas son resueltas como si se trataran de casos fáciles, es decir, tratando de subsumir la resolución de la mera aplicación de la norma legal y mínimas referencias a la norma Constitucional.

Como se ha revisado en el marco normativo, los casos relacionados con movilidad humana y en particular, el contexto de las detenciones y procesos de deportación, está atravesado por la contradicción evidente entre la normativa legal y los principios y derechos constitucionales. Razón por la cuál es inadecuado asumir formas de resolución de casos claros, cuando en la práctica estos se muestran como casos complejos en los que intervienen elementos adicionales de contexto que deben ser valorados al momento de resolver para lograr una decisión justa.

Valoración del texto de la sentencia

En relación a la estructura formal de estas sentencias, se observa que la mayoría se limita a transcribir los argumentos expuestos por las partes, tanto en la demanda, como en la audiencia. No se sintetiza esta información, por el contrario, esta transcripción se realiza sin guardar coherencia y de manera atropellada. Entre estas, se destaca una sentencia cuya parte resolutive es contradictoria:

*Se resuelve Aceptar (sic) el Hábeas Corpus disponiendo a que la señora Intendente General de Policía de Pichincha proceda a la deportación dentro del mismo termino (sic) perentorio de treinta días, del ciudadano NN [...] No se dispone la libertad del accionante por la condición legal en la que se encuentra.*¹²⁸

Esta sentencia señala aceptar la acción, pero a la vez, no dispone la libertad de la persona por su condición migratoria irregular, lo que implica que la detención debe continuar. Esta decisión contradictoria desnaturaliza a la acción de hábeas corpus.

Método de interpretación aplicado

En ningún caso un juez sigue a cabalidad alguno de los métodos de interpretación constitucional que han sido revisados en el acápite sobre el marco doctrinario y normativo de este estudio. Tampoco se hace referencia a los métodos contemplados en la LOGJCC.

Solamente se pueden inferir ciertos elementos esporádicos en algunas sentencias, principalmente correspondientes al método lógico, en las que se adopta como premisa mayor la norma, usualmente de carácter legal, como premisa menor los hechos y finalmente, la parte resolutive equivale a la conclusión del silogismo. Esto tiene mayor claridad en las sentencias que niegan la acción. Así, por ejemplo, se puede realizar el siguiente ejercicio sobre una sentencia específica:

Premisa mayor: “El art. 23 de la Ley de Migración indica que: El Intendente General de Policía a quien le compete el ejercicio de la acción de deportación de extranjeros, iniciará el procedimiento de oficio; en base del informe expreso del agente de policía del servicio de migración”

Premisa menor: “En este caso [...] la limitación del derecho de movilidad no es ilegal ni arbitraria, puesto que la autoridad competente declaró la permanencia irregular del accionante en territorio ecuatoriano y dispuso su inmediata deportación, medida que no se ha cumplido porque hay un trámite pendiente del Minsiterio del Interior”.

Conclusión: “Se niega la acción de hábeas corpus presentada por NN”.¹²⁹

Valoración del contexto y pertenencia a grupos diversos

Las resoluciones judiciales de hábeas corpus revisadas tampoco toman en cuenta los elementos de contexto de las personas privadas de libertad. Como se ha señalado anteriormente en las sentencias se transcribe de manera literal las intervenciones de las partes; en especial, de la parte

accionante que usualmente contienen una diversidad de elementos del contexto social, personal, familiar e incluso referentes al país de origen. Sin embargo, ninguno de estos elementos son analizados al momento de resolver las acciones, aun cuando dichos elementos podrían ser cruciales para la protección de los derechos.

Esto ocurre sobre todo en los casos de personas cubanas privadas de la libertad, en los que se describe una multiplicidad de elementos de contexto, en lo principal, referentes a las políticas migratorias complejas del país de origen.¹³⁰

Aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos

Respecto de la aplicación de normativa internacional se puede observar que es muy escasa. En quince sentencias de la muestra de hábeas corpus se mencionan artículos de instrumentos internacionales de derechos humanos. En algunos de estos casos, los artículos han sido invocados previamente por el accionante en la demanda y el juez los cita sin desarrollar una argumentación sobre los mismos.

Las quince sentencias que hacen referencia a artículos de instrumentos internacionales de derechos humanos, centran su atención en aquellos que reconocen el derecho a la libertad personal. Entre los instrumentos citados se encuentran principalmente tres: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En dos sentencias se hace mención específica a artículos de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. La primera, en el caso de la persona refugiada sancionada por uso de pasaporte falso; y la segunda en el caso de la detención colectiva de personas de origen asiático.¹³¹

Aplicación de principios de aplicación de derechos

Al respecto se observa que en trece sentencias de la muestra de hábeas corpus se hace referencia a alguno de los principios de aplicación de derechos contemplados en el art. 11 de la Constitución. En su mayoría, se

¹³⁰ Juzgado 12 de Garantías Penales de Pichincha, 095-2010; Juzgado 1 de lo Civil de Pichincha, 1717-2010; Juzgado 2 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, 1587-2010.

¹³¹ Juzgado 7 de Tránsito de Pichincha, 0435-2010 y Juzgado 3 de Tránsito de Pichincha, 355-2011.

los cita de manera referencial y sin profundizar sobre su contenido. De manera excepcional a lo descrito, una sentencia hace un análisis y profundiza al respecto:

En el Estado constitucional de derechos los principios son de aplicación directa e inmediata por parte de jueces y juezas; luego el pretender supeditar la aplicación de los principios a la existencia de una ley, conforme lo argumentado por el accionado Juez de Contravenciones, es propio pero de un Estado legalista y positivista.¹³²

Aplicación de jurisprudencia

En cuanto a la jurisprudencia utilizada en la argumentación, tres sentencias invocan fallos nacionales o internacionales. En la jurisprudencia nacional citada, tiene relevancia la cita a una resolución del Tribunal Constitucional en la que se señala:

Que, por otra parte, la acción de deportación, por la forma como se encuentra concebida en nuestra legislación, no es una acción penal, puesto que la deportación no constituye una sanción impuesta por el cometimiento de un delito, es decir, no conlleva el significado de penalidad. En realidad, se trata de un procedimiento para establecer si un extranjero ha incurrido o no en una de las causales que lo inhabilita para permanecer en el país.¹³³

Además, se observan dos sentencias que citan tres fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tienen contenidos relacionados con la privación de la libertad.¹³⁴

Aplicación de doctrina

En cuanto al uso de doctrina dentro de la argumentación de los fallos se observa que solo cuatro contienen elementos de doctrina para fundamentar las decisiones, existen algunas citas que merecen la pena ser resaltadas.

Así por ejemplo se ubica en una sentencia una cita a Miguel Carbonell con la obra “Desafíos de la Libertad en el Siglo XXI” al referirse a la ilegalidad por la condición migratoria, y en la misma sentencia, al razonar sobre

¹³² Tribunal 2 de Garantías Penales de Pichincha, 147-2011

¹³³ Voto Salvado del Dr. Mauro Terán Cevallos, dentro del caso NO. 040-2002 TC en RO 230 del 11 de diciembre de 2003 y citado en sentencia del proceso 837-2012 de 13 de julio de 2012 emitida por el Juzgado 9 de la Niñez y Adolescencia.

¹³⁴ Se citan los fallos de los casos Lapo Iñiguez vs Ecuador; Cesti Hurtado vs Perú y Gandaram Panday.

la naturaleza del hábeas corpus se hace referencia a autores como Luigi Ferrajoli y Pedro Sagües.¹³⁵

Análisis de las sentencias de acción de protección y medidas cautelares

Como se ha mencionado, esta garantía tiene como objeto la protección de los derechos reconocidos constitucionalmente y en instrumentos internacionales de derechos humanos, excepto aquellos que están particularmente protegidos por las acciones de hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, acción por incumplimiento y la extraordinaria de protección.

De la información recogida para este estudio se desprende que, a diferencia de la acción de hábeas corpus, la acción de protección es utilizada en menor medida para la protección de derechos de personas refugiadas y migrantes. No obstante, se ubicaron diez sentencias que demandan la protección judicial de varios derechos reconocidos en la Constitución y que a más adelante se analizan.

De manera previa, es importante señalar algunos aspectos que permitan contextualizar el ejercicio de la acción de protección, y que han sido destacados por las organizaciones que ofrecen servicios legales a personas inmigrantes y refugiadas, como una clara interferencia de la Función Ejecutiva sobre la judicial, y que se traduce en una restricción del alcance de la acción de protección.¹³⁶

En 2010, mediante un oficio circular suscrito por el Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, dirigida a los Ministros y Secretarios de Estado y enviado con copia al Presidente del Consejo de la Judicatura de Transición, se alerta sobre el “abuso ilegítimo de la acción de protección y de las medidas cautelares”¹³⁷ principalmente en relación a la obra pública y contratación pública. Aspecto que según señala dicho oficio comunicado “ha constituido un grave retroceso en la prevalencia del interés general sobre el interés particular”.¹³⁸ Así, en el tercer párrafo de este oficio se manifiesta:

135 Juzgado 9 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, 0837-2012.

136 Taller de recolección de información con organizaciones, 10 de octubre de 2012; y entrevista a abogados de Centro de Derechos de la Universidad San Francisco, Quito, 24 de octubre de 2012.

137 Oficio circular No. T1.Cl-SNJ-18-1689, de 18 de noviembre de 2010.

138 *Ibid.*

Por ello, por disposición del Presidente Constitucional de la República, se instruye que si la instancia definitiva del régimen de la justicia constitucional sobre la acción de protección o medidas cautelares otorga la razón a la entidad contratante, es decir, al Estado, inmediatamente se debe proponer el correspondiente juicio de daños y perjuicios en contra del juez que ocasionó la suspensión o retraso de la obra como consecuencia de la suspensión del acto de autoridad pública obtenida por la acción de protección o medidas cautelares [...] ¹³⁹

Si bien la comunicación se refiere exclusivamente al campo de la contratación pública, esta también incide en el deber estatal de garantizar la independencia judicial ya que lleva implícito una amenaza de sanción a los jueces y juezas constitucionales.

En el 2012, los jueces, juezas y tribunales nuevamente fueron advertidos sobre el conocimiento y trámite de acciones de protección, a través de una comunicación suscrita por el Coordinador de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura, que en lo principal dice:

Dentro de estos precedentes se observa que, en forma reiterativa se ha debido aplicar sanciones en contra de aquellos jueces que han resuelto favorablemente acciones de protección de actos administrativos, cuyo objeto de reclamación tienen que ver con aspectos de mera legalidad y que pueden ser impugnados en vía judicial, de conformidad con lo establecido en el art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales [...]. Por lo expuesto, solicito que [...] se haga conocer a las juezas y los jueces del distrito judicial bajo su dirección sobre este particular, a fin que se tomen los correctivos que consideren necesarios y de esta forma evitar la aplicación de sanciones administrativas. ¹⁴⁰

Este aspecto es importante considerarlo, porque como se verá más adelante, en varios de los casos analizados se rechaza la acción de protección calificándolas de improcedentes, amparados precisamente en esta noción eminentemente procedimental, sin entrar a analizar el fondo o el contenido de los derechos vulnerados o amenazados y, por lo tanto, las sentencias concluyen descaracterizando a la garantía como mecanismo de tutela efectiva de los derechos humanos en general y particularmente de las personas en movilidad humana.

139 *Ibid.*

140 Memorando Circular 3524-UCD-2012 del Consejo de la Judicatura.

En la audiencia temática sobre la “Situación de los solicitantes de refugio y refugiados en Ecuador” que tuvo lugar en el 146 período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁴¹, el representante de la Universidad San Francisco de Quito -institución peticionaria de la audiencia- puso en conocimiento de la Comisión los mencionados oficios como aspectos que pueden afectar el derecho de acceso a la justicia de la personas refugiadas.

Estas formas de incidencia ponen en entredicho el principio de división de poderes que, además, constituye uno de los pilares del constitucionalismo contemporáneo en la medida que tienen como finalidad limitar el ejercicio de poder y el sometimiento a la Constitución de quienes lo detentan. Para Fix Zamudio, la división de poderes, junto con otros instrumentos económicos, sociales y de técnica jurídica, integran los grandes sectores de la defensa constitucional.¹⁴²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse particularmente a la idoneidad del medio judicial para la protección de los derechos ha señalado que este aspecto “implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones [...]”.¹⁴³ El principio de independencia judicial, al decir de Agustín Grijalva, se refleja en la capacidad de los jueces de establecer su interpretación jurídica incluso contra la posición de otras funciones del estado y con una baja probabilidad de drásticas retaliaciones políticas por parte de las otras funciones del estado.¹⁴⁴

Sin embargo, la opinión directa de la Función Ejecutiva sobre el rol de la Función Ejecutiva, evidencia que el mencionado principio está en entredicho, con lo cual también está amenazado el derecho de acceso a la justicia y tutela efectiva, a través de las garantías jurisdiccionales.

Para el análisis de la acción de protección relacionada al ejercicio y desarrollo de derechos de las personas inmigrantes y refugiadas se identificaron diez sentencias que resuelven la demanda de protección de varios derechos. Al examinar las sentencias se establecen los hechos que provo-

141 CIDH, Audiencia Temática sobre la Situación de los solicitantes de refugio y refugiados en el Ecuador realizada el 2 de noviembre de 2012, <<http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=20>>.

142 Héctor Fix-Zamudio “La Constitución y su Defensa”, en *Justicia Constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993, p. 259.

143 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, párr. 30 en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf>.

144 A. Grijalva, *op. cit.* p. 61.

can la vulneración de los derechos que dan lugar a la presentación de la acción de protección se ubican los elementos centrales de la argumentación que utiliza el juez o jueza constituyente para llegar a la decisión final. En la parte resolutive se pone atención si se cumple con lo establecido en la LOGJYCC es decir, si al declarar la vulneración del derecho se establece al mismo tiempo la responsabilidad del autor de tal vulneración y se determina alguna medida de reparación. Adicionalmente se intenta establecer si para resolver, el juez constitucional ha recurrido a alguno de los tipos de interpretación constitucional.

Con lo expuesto, a continuación, se presenta el análisis de las sentencias seleccionadas para el estudio, resaltando los principales derechos respecto a los cuales se demanda protección.

Acceso a servicios públicos por parte de persona refugiada: apertura de cuenta en institución financiera

Esta acción de protección fue patrocinada por la Defensoría del Pueblo y se origina en la negativa de una institución bancaria local de abrir una cuenta a una persona refugiada, argumentando entre otras cosas que la “condición de refugiado es una condición de acuerdo con la Ley de Lavado de Activos, de extremo cuidado y por los tanto les impedía aperturar la cuenta.”¹⁴⁵ Explicación en la que se evidencia una conducta discriminatoria que se basa en la condición migratoria del accionante, hecho que es reconocido en la parte resolutive de la sentencia, que si bien no hace un desarrollo de los derechos vulnerados, se enuncian los artículos que los contienen:

La entidad accionada, al fundar su negativa del señor [...] ha vulnerado los derechos constitucionales consagrados en los art. 3, numeral 1, art. 9, art. 11 num. 2,5 y 6, art. 40, 41 y 66 num. 4, art. 76 num. 2 y art. 416 numeral 5 de la Carta Magna, así como los derechos consagrados en los art. 1,2,6 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”

El art. 3 se refiere al deber estatal de garantizar sin discriminación el ejercicio de los derechos, el art. 9 a la igualdad de derechos entre personas nacionales y no nacionales, el art. 11 a los principios de aplicación

145 Juzgado 1 de la Niñez y Adolescencia, causa No. 2653-2010, Acta de Audiencia Pública.

de derechos, particularmente la prohibición de no discriminación, el principio de interpretación más favorable a los derechos y la inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos. El art. 40 reconoce el derecho a migrar y la prohibición de considerar ilegal a cualquier persona por su condición migratoria; el art. 41 contempla los derechos de asilo y refugio, ofrece una protección especial para quienes tengan esta condición y garantiza el principio de no devolución. Por su parte el art. 76, num. 2 reconoce el principio de inocencia. Al referirse al art. 416, num. 15, apela como uno de los principios de las relaciones internacionales, el rechazo a la xenofobia y toda forma de discriminación.

Finalmente concluye la sentencia aceptando la acción de protección y ordena a la institución financiera, “abrir, en forma inmediata, la cuenta de ahorros solicitada por el afectado”. Si bien no se puede desconocer que la resolución favorece el ejercicio del derecho y genera un precedente, también es necesario evidenciar que la resolución es limitada en relación a todos los derechos que se mencionan como vulnerados, pues no se hace ninguna mención a la prohibición de discriminación por condición migratoria, que evidentemente constituye central en esta acción.

Adicionalmente debe considerarse que otros elementos relevantes en el desarrollo de los derechos humanos a través de las garantías jurisdiccionales, son la determinación de la responsabilidad del Estado y el establecimiento de una medida reparatoria, ambos aspectos están establecidos en el LOGJCC. Por un lado el art. 17 de esta ley, dispone que en la resolución además de la declaración de violación de derechos y la determinación del daño deberá incluir la “reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar”. Por otro lado el art. 20 de la misma ley, dispone que en la misma sentencia, la jueza o juez debe declarar la responsabilidad del Estado o del particular.

Este aspecto resulta relevante en el desarrollo del contenido de los derechos, pues si bien la conducta que se impugna proviene de una entidad de carácter privado, es necesario dejar establecido que los servicios que ofrece son de carácter público, y así lo establece la Constitución de la República en el art. 308: “Las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos

y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país”.

Los servicios públicos tanto de carácter propio como los impropios¹⁴⁶ como es el caso de los que ofrece el sistema financiero, son los medios por los que el Estado debe ofrecer las condiciones materiales para el ejercicio de los derechos humanos. Esto se deriva de la obligación de garantía que tiene el Estado en materia de derechos humanos, por la cual tiene que implementar medidas jurídicas, políticas, administrativas o de otra índole para prevenir la violación de los derechos humanos, y a hacer posible la vigencia de los mismos.

Esta determinación es relevante para establecer la medida reparatoria, como lo dispone la LOGJYCC en el art. 17, y que sobre todo es otra de las obligaciones que se deriva del deber de garantía que tiene Estado. En este sentido la Constitución de la República en el art. 11, num. 9, al mismo tiempo que reconoce que el más alto deber estatal es respetar y hacer respetar los derechos reconocidos constitucionalmente, también determina que:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

Es necesario recalcar que los derechos humanos en un Estado caracterizado de derechos y justicia social, tienen una doble dimensión. Por un lado, está la función objetiva por la cual constituyen un sistema de valores que orienta la actuación de los poderes públicos, y por otro lado está la dimensión subjetiva, por la cual se orienta y se regula las relaciones de particulares con el Estado y entre particulares, estableciendo de esta forma, límites a las esferas privadas.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Los servicios públicos impropios son los que se son ofrecidos por particulares con la finalidad de satisfacer necesidades de carácter general. Miguel Marienhöf, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Servicios Públicos, Actos de la Administración Pública, Buenos Aires, 1988, p. 19.

¹⁴⁷ Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 21 a 24.

De esta forma el ámbito de aplicación, vigencia y exigibilidad de los derechos humanos se extiende al sector público y privado; por lo tanto frente a la vulneración de un derecho o a la amenaza de tal vulneración que provenga de un ente estatal o privado, el Estado tiene que actuar para evitar, cesar o remediar la violación de los derechos humanos, y este es justamente el objeto de la acción de protección, que en la sentencia analizada no se evidencia.

Derecho a la identidad y nacionalidad

La siguiente sentencia analizada fue presentada para negativa de la inscripción y reconocimiento legal de un niño ecuatoriano, de madre y padre de nacionalidad colombiana con estatuto de refugiados.¹⁴⁸ En este caso el acto que se impugna proviene del Registro Civil, Identificación y Cedulación, cuyo representante emitió la Resolución No.000214DIGER-CIC-DAJ-2010, que establecía requisitos particulares para la inscripción de hijos/as de personas de otra nacionalidad. El art. 1 de esa resolución disponía que:

Previo al trámite administrativo de la inscripción de nacimiento sea oportuna o tardía, de un ciudadano ecuatoriano menor o mayor de edad, por parte de ciudadanos extranjeros no regularizados se solicitará aparte de los requisitos de ley, constantes en el instructivo de Estandarización del Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, el Movimiento Migratorio actualizado del padre o madre o padres extranjeros no regularizados a efecto de cotejar la época de la concepción.

Con base en esta resolución, se exigió el movimiento migratorio del padre y de la madre, documentos que registraba una deportación en cada caso, razón que justificó la negativa de la inscripción de un niño nacido en territorio ecuatoriano, por parte de funcionarios del Registro Civil de la ciudad de Quito.

El accionante señala que la esta acción estatal ha vulnerado los derechos a la identidad, que comprende tener un nombre y una nacionalidad, el de igualdad y no discriminación, y particularmente el principio de interés superior del niños/a de su hijo. Derechos y principios reconocidos en la

148 Juzgado 4 de lo Civil de Pichincha, 1048-2011.

Constitución de la República del Ecuador y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

En la sentencia de primera instancia, el juez rechaza la acción de protección y la declara improcedente. Para llegar a esta conclusión el juez hace varias reflexiones que se alejan tanto de la naturaleza y objeto de la acción de protección como de los principios de aplicación de derechos contemplados en el art. 11 de la Constitución. Así, concluye que “en la especie no se ha justificado que existan derechos constitucionales vulnerados, tampoco la acción u omisión de la autoridad pública [...]”. Ninguno de los derechos señalados como vulnerados, son objeto de análisis en esta sentencia.

Por otro lado al referirse a la resolución No.000214DIGERCIC-DAJ-2010 previo a resolver rechazando la acción, justifica su legitimidad argumentando que “es necesario considerar el fundamento social que tuvo la administración para emitir este acto normativo, en especial el excesivo tráfico de menores o su utilización para logara la legalización dentro del país”. Adicionalmente resalta el hecho de que los movimientos migratorios de los padres registraban deportaciones, lo cual fue considerado por el Registro Civil para rechazar el pedido de inscripción de su hijo nacido en territorio ecuatoriano.

Esta sentencia fue objeto de apelación que resuelve aceptando este recurso y revocando la sentencia de primera instancia al mismo tiempo que dispone a la Dirección General de Registro Civil, la inscripción del hijo del accionante.¹⁴⁹ Sin embargo, al hacer la declaración de los derechos vulnerados, según lo establece el art. 17 de la LOFJYCC, se lo hace de una forma generalizada sin relacionar o hacer mención a alguno de los derechos alegados como vulnerados por parte del accionante:

La Sala llega a la conclusión de que la actuación de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación al impedir la inscripción del niño [...] vulnera los derechos constitucionales del menor nacido vivo, hijo del accionante [...] así como la Declaración Universal de Derechos del Niño; y, el Código de la Niñez y Adolescencia.

Como se puede observar, no se hace una determinación de las normas constitucionales violadas y del daño producido, tampoco establece ninguna

149 Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 0824-2011.

medida reparatoria, tal como lo dispone el art. 17 de la LOGJYCC. No obstante en el texto de la sentencia el juez incluye varias referencias constitucionales como el art. 9 que reconoce igualdad de derechos a personas nacionales y no nacionales; el art. 11, num. 2 que reconoce el principio de no discriminación por condición migratoria y origen nacional; el num. 3 que dispone la aplicación directa e inmediata de derechos y garantías; el num. 4 que dispone que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos y garantías; el num. 5 que determinan la interpretación más favorable a los derechos en la aplicación de normas; el num. 6 que recoge las características de inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de los derechos. Pero ninguna de estas se establece expresamente como vulnerada por la Dirección del Registro Civil.

También se transcribe el art. 66, num. 28 relativo al derecho a la identidad, así como disposiciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Convención de los Derechos del Niño, del Código de la Niñez y Adolescencia. Sin embargo, al analizar respecto a la vulneración de derechos se centra en los derechos específicos de la niñez y adolescencia, especialmente en el principio de interés superior, lo cual se refuerza con la mención de jurisprudencia constitucional sobre Doctrina de Protección Integral basada en la cual la Sala sostiene que “previo a que una autoridad judicial o administrativa tome una decisión en la que están involucrados los derechos de la niñez y adolescencia, la autoridad debe mirar y proteger de mejor manera a este sujeto de derechos.”

La Sala omite el análisis de derechos vulnerados relacionados a la condición migratoria u origen nacional, en la cual se basa el establecimiento de requisitos que no son requeridos a personas ecuatorianas para la inscripción de hijos/as en el Registro Civil, lo cual constituye un acto de discriminación en contra de personas de otra nacionalidad y en este caso personas refugiadas, conducta que contraría el art. 11, num. 2 de la Constitución que reconoce el principio de no discriminación entre otras razones por razones fundadas en la condición migratoria u origen nacional. Este principio conlleva obligaciones *erga omnes*, como son las de no incluir disposiciones discriminatorias en la legislación y eliminar las existentes, combatir las prácticas discriminatorias cometidas por órganos del poder público o por terceros.¹⁵⁰

150 Fava Ricardo y otros, “Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Una aproxima-

La sentencia tampoco establece la responsabilidad estatal por la vulneración de derechos ni medida reparatoria alguna, a pesar que tratándose de un servicio público, la Constitución reconoce la obligación de reparar las violaciones a los derechos provocados por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, como por la acción u omisión de sus funcionarios, tal como se indicó en el análisis del caso anterior.

Reconocimiento de condición de refugiado

Tres de las sentencias analizadas se basan en la negativa de la solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado/a. En dos de estos casos las accionantes son mujeres de nacionalidad colombiana que solicitaron al Estado ecuatoriano el reconocimiento del estatus de refugiadas, el cual fue negado de forma definitiva a través de resoluciones emitidas por la Subsecretaría de Asuntos Migratorios, Consulares y Refugio.

En los dos casos las accionantes señalan, entre otras razones para que se les reconozca la condición de refugiadas, el temor que tienen de regresar a su país de origen y sufrir violencia de género (física y sexual).¹⁵¹ Las accionantes solicitan en forma similar que se deje sin efecto a las resoluciones señaladas, que se declare la violación de sus derechos al asilo y refugio, así como también al principio de no devolución, al debido proceso, y a la seguridad jurídica; al mismo tiempo solicitan que se disponga el reconocimiento formal e inmediato del estatus de refugiadas.

También solicitan que se ordene la reparación integral material e inmaterial por las violaciones de derechos, incluyendo la garantía de no repetición. En uno de los casos se solicita además como medida cautelar la emisión de un documento provisional que impida la deportación y devolución a Colombia hasta que sea resuelta en última instancia la acción de protección.¹⁵²

Sin embargo en la providencia que califica la acción de protección sin hacer ningún análisis de la información que se ofrece respecto al temor que tiene la accionante de regresar a su país de origen y la advertencia que hace de que su vida corre riesgo en caso de hacerlo, se niega la me-

ción desde la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", p. 120

151 Unidad Judicial 1 de Contravenciones del Cantón Quito, 0188/2012; y Tribunal 8 de Garantías Penales de Pichincha, 0033-2011.

152 Primera Sala Civil Mercantil, Inquilinato y Residuales, 0634-2012.

dida cautelar solicitada argumentando que “no son procedentes porque el hacerlo sería pronunciarme sobre el fondo del asunto controvertido sin que exista aún los elementos de convicción suficientes que hagan presumir a la suscrita una posible vulneración de derechos”,¹⁵³ mientras que en la sentencia al referirse a la medidas cautelares solamente indica que ya fueron negadas. Este aspecto es necesario resaltarlo, porque evidencia una inobservancia del texto constitucional pues no se realiza ninguna motivación por la que justifique la negativa de conceder medidas cautelares. El art. 76, literal I de la Constitución de la República, establece que “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”.

En las dos sentencias las acciones son negadas en primera instancia, decisión que se ratifica luego en segunda instancia por interposición de recursos de apelación respectivamente.¹⁵⁴ Los argumentos jurídicos que se utilizan para llegar a las resoluciones no reflejan un análisis de constitucionalidad del procedimiento administrativo previsto para la calificación de una persona como refugiada, así como tampoco se analiza el riesgo a la vida e integridad personal, que afirman las accionantes enfrentarían si regresan a su país de origen. Tampoco se hace referencia al principio de no devolución previsto en los art. 41 y 66, num. 14 de la Constitución de la República. Más bien, invocando la “interpretación teleológica y literal”¹⁵⁵ se resuelven las acciones de protección de acuerdo a lo dispuesto en los art. 40, 41 y 42 de la LOGJCC que se contienen los requisitos de procedibilidad de la garantía.

Particularmente se hace referencia al num. 3 del art. 40 que establece como un requisito para la presentación de la acción de protección “La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”, y también se menciona el art. 42, num. 2 que dispone que la garantía no procede cuando existe una vía judicial a través de la cual se pueda resolver el acto administrativo impugnado, salvo si se demuestra que esa vía no es adecuada ni eficaz.

En este sentido, los casos de acciones de protección relacionados a la solicitud de refugio son considerados como cuestiones relativos a “mera

153 Unidad Judicial 1 de Contravenciones del Cantón Quito, 0188/2012.

154 Primera Sala Civil Mercantil, Inquilinato y Residuales, 0375-2011 y 0634-2012.

155 Primera Sala Civil Mercantil, Inquilinato y Residuales, 0634-2012.

legalidad”, y que por lo tanto deben ser resueltos en otras vías y no a través de la acción de protección.¹⁵⁶ Esta condición se resalta como restrictiva en una de las sentencias analizadas, sin embargo justifica su aplicación por estar así dispuesto en la ley:

El principio de subsidiariedad ha limitado el alcance de la acción de protección en relación con la mayor amplitud que tenía el amparo, regulado en la anterior Constitución. El principio se fundamenta en que existiendo otros medios eficaces, de naturaleza legal y cuyo ejercicio corresponde al ámbito de la justicia ordinaria, no es preciso salvaguardar los derechos constitucionales invocando una garantía jurisdiccional, que se reserva para los casos en que no hay otra forma de dar seguridad a los derechos fundamentales.¹⁵⁷

Otro de los argumentos utilizados para rechazar las acciones de protección, también se sustenta en lo establecido en los requisitos de procedibilidad previstos en la LOGJYCC. Así, se señala que el art. 42, num. 5, establece que es improcedente esta acción “Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho”, en este sentido, la Sala sostiene que:

Con base en ese precepto se concluye que le está vedado al juez constitucional reconocer, ordenar o conceder la declaratoria de la condición de refugiado, ya que tal potestad es privativa, soberana y discrecional de la Función Ejecutiva. Además a través de la figura del status de refugiado la Función Ejecutiva reconoce derechos como el de asilo y refugio de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos, llegando a gozar de protección especial que garantice el pleno ejercicio de los derechos reconocidos.¹⁵⁸

Por otro lado, en ninguna de las sentencias se hace un análisis ni referencia alguna a la violencia de género como un aspecto relevante en la petición de las accionantes, considerando además que al haber sido negado el estatus de refugiadas en forma definitiva, no existe ninguna vía adecuada ni eficaz, en los términos del art. 42 de la LOGJYCC, para valorar el riesgo que corren las accionantes en caso de ser devueltas a su país de origen. Según el ACNUR, la irrelevancia que se da a la violencia de género en el análisis de las solicitudes de refugio hace que sus casos pasen inadvertidos,¹⁵⁹ no obstante reconoce que al analizar el temor fun-

¹⁵⁶ Primera Sala Civil Mercantil, Inquilinato y Residuales 0634-2012.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Primera Sala Civil Mercantil, Inquilinato y Residuales, 0375-2011.

¹⁵⁹ ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional La persecución por motivos de género en el contexto del art. 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, párr. 5.

dado de persecución las diversas formas de violencia de género deben ser consideradas:

En este sentido, el derecho internacional puede asistir a los encargados de la toma de decisiones a determinar el carácter persecutorio de ciertos actos. No cabe duda de que la violación y otras formas de violencia de género, tales como la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina, la violencia doméstica y la trata de personas, constituyen actos que ocasionan un profundo sufrimiento y daño tanto mental como físico, y que han sido utilizadas como mecanismos de persecución, ya sea por agentes estatales o particulares.¹⁶⁰

Una interpretación sistémica de la Constitución, obligaría al juez constitucional analizar el derecho de refugio consagrado en el art. 41 de la Constitución, en relación con otras disposiciones constitucionales. El art. 66 que reconoce como parte del derecho a la integridad personal, la vida libre de violencia para lo cual el Estado se compromete a adoptar medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres. Por otro lado en los art. 35 y 38 num. 4, el Estado ecuatoriano se obliga a ofrecer atención prioritaria a las víctimas de violencia doméstica y sexual. No obstante estos derechos y obligaciones no son ni siquiera considerados en la sentencia.

Otra de las sentencias analizadas y que también se refiere al reconocimiento de la condición de refugiado, se motiva en la petición de la garantía por parte de una persona cubana que de igual forma que en los casos anteriores, su solicitud de refugio fue negada en forma definitiva por la instancia administrativa correspondiente.¹⁶¹ En este caso también se niega la acción de protección con base en los requisitos de procedibilidad contemplados en el art. 42 de la LOGJYCC.

Uno de los derechos que el accionante demanda protección, es el de no devolución contemplado en los art. 41 y 66 de la Constitución, señalando que es un disidente político del gobierno cubano y que de ser deportado corre el riesgo de ser privado de la libertad. Al respecto el juez constitucional, hace un análisis restrictivo del principio de no devolución:

El derecho a la no devolución consagrado en los art. 41 y 66.14 de la Constitución, así como en los art. 9 y 10 del Decreto Ejecutivo 3301 de 1992, se refieren a

160 *Ibid.*, párr. 9.

161 Juzgado 7 de Tránsito, 0238-2011.

que el solicitante de refugio no puede ser devuelto a su país de origen, mientras se tramita su solicitud de admisión de refugiado, esto hasta que su caso sea resuelto, de ahí por ejemplo el art. 9 del decreto mencionado indica que recibida la solicitud se extenderá el certificado provisional que autorice al solicitante de refugio una permanencia temporal en Ecuador, nótese que el artículo en mención se refiere a un certificado provisional, pues resultaría ilógico suponer que a una persona que el estado a través de sus órganos competentes ha negado su petición de refugio, esa persona pretenda quedarse en el país de manera ilegal, ya que para hacerlo debe regularizar su permanencia caso contrario debe abandonar el país por tanto el presente caso no se ha violentado el derecho a la no devolución.

Como se puede apreciar, el juez constitucional realiza un análisis personal respecto al principio de no devolución, sin hacer ninguna mención al alcance que le da la Constitución a este principio y por el cual se prohíbe la devolución o expulsión al país de origen, no solo de las personas refugiadas o solicitantes de refugio sino de todas aquellas que son de otra nacionalidad y que su vida, libertad, seguridad e integridad o las de su familia corren peligro en su país de origen, debido entre otras razones, a sus opiniones políticas.

Otro caso seleccionado para el análisis y también relacionado al reconocimiento del derecho de refugio a través de la acción de protección, origina en la petición que realiza un ciudadano de nacionalidad nigeriana, a quien se le negó la petición de refugio en forma definitiva en la vía administrativa.¹⁶² El accionante plantea la acción de protección para pedir la garantía del derecho de refugio, del principio de no devolución y del derecho de igualdad y no discriminación, debido proceso y del derecho de integridad personal, que considera vulnerados con la resolución de negativa de solicitud de refugio emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

El accionante en lo principal impugna este acto administrativo, argumentando que la información en que se sustentó tal resolución es errada, y que tal equivocación se produjo porque no contó con un intérprete calificado durante la entrevista que mantuvo con un funcionario de la Dirección de Refugio, previo a la calificación de su solicitud. Señala también que se vulneró su derecho al debido proceso en el trámite de solicitud de refugio,

162 Juzgado 6 de la Niñez y Adolescencia, 0269-2011.

pues la instancia administrativa que conoció la apelación de la negativa de su solicitud y que decidió en forma definitiva es la misma, es decir la Dirección de Refugio. Por otro lado indica que tiene temor fundado de regresar a su país de origen, Nigeria, ya que su padre y su madre fueron asesinados por razones políticas y cree que su vida también corre peligro, por lo que invoca al principio de no devolución reconocido en la Constitución de la República.

En este caso el juez constitucional, niega la acción de protección defendiendo la no interferencia en los órganos de la Función Ejecutiva, para lo cual se sustenta en Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva:

El art. 4 del mismo cuerpo legal determina que los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad; y, el art. 9 *Ibidem* establece: La Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única.

En este sentido, se considera que no se observa vulneración de los derechos de asilo, refugio y no devolución ya que la resolución que niega el pedido de refugio “se encuentra expedida por el órgano administrativo competente para calificar si un caso es merecedor o no del estatuto de refugiado, pues la calificación conforme al derecho internacional de refugiados le corresponde al Estado exclusivamente.” Finalmente indica que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, faculta al accionante a impugnar la resolución de la Dirección de Refugio en vía judicial administrativa.

De igual forma que en las sentencias analizadas previamente, el juez constitucional omite el análisis del contenido de los derechos señalados como vulnerados por el accionante, así como tampoco hace mención al objeto de la garantía, por la cual puede intervenir frente a los actos de funcionarios de la Función Ejecutiva si estos vulneran derechos. El argumento de la autonomía de la Función Ejecutiva, constituye sin duda una interpretación restrictiva de la Constitución en materia de garantías jurisdiccionales.

De lo analizado se puede concluir en forma general, que la acción de protección ha sido aplicada en forma restrictiva respecto a la protección del derecho de refugio contemplado en el art. 41 de la Constitución, así

como de los derechos conexos que se vulneran o que están en riesgo de ser vulnerados, cuando el reconocimiento de esta condición no cumple los parámetros establecidos en la Convención de Ginebra de 1951, en la Declaración de Cartagena de 1984 y en Directrices emanadas de organismos del Sistema Universal de Derechos Humanos.

Derecho a la reparación

Otra de las sentencias analizadas resuelve el pedido de “reparación integral del daño producido por la violación de derechos”.¹⁶³ El accionante es un ciudadano pakistaní, cuyo domicilio fue allanado por miembros del Grupo de Operación y Rescate de la Policía Nacional, en el marco de un operativo anti trata de personas, evento que fue objeto de una noticia difundida en la prensa escrita, y con lo cual el accionante considera que se afectó su honra y buen nombre. En este procedimiento además le quitaron sus documentos de identidad, especialmente su pasaporte con visa 12X y el respectivo censo migratorio. Posteriormente fue detenido y sometido a un proceso de deportación, por lo cual permaneció detenido por el transcurso de treinta y cuatro días, hasta que recobró su libertad por la interposición de una acción de hábeas corpus que fue aceptada, sin embargo no recobró su documentación.

La reparación se deriva de la obligación de garantizar que tienen el Estado en materia de derechos humanos. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reparación del daño provocado por el incumplimiento de una obligación internacional “consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de unindemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”.¹⁶⁴

En la sentencia se evidencia que el análisis respecto a esta obligación se limita a consideraciones personales en los que está ausente una interpretación de carácter constitucional y pro derechos humanos. En este sentido se determina que el derecho de libertad personal está reparado integralmente con la aceptación del recurso de hábeas corpus. El juez

¹⁶³ Juzgado 5 de Tránsito, 0278-2011.

¹⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, párrafo 26; Caso Godínez Cruz, párr. 24, citados en Tara Merish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para presentación de casos*, CDES, Quito, 2003, p. 187.

constitucional confunde el objeto del hábeas corpus que es precisamente la recuperación de la libertad de quien la perdió en forma ilegítima, ilegal y arbitraria. La reparación tendría por objeto resarcir a la víctima el daño que esta detención le produjo.

A pesar de que la pérdida de la documentación sucede en medio del operativo en el cual el accionante es detenido, el juez constitucional concluye que “La privación de sus documentos de identidad no tiene relación con la privación arbitraria de su libertad.” Respecto al derecho al buen nombre y honra, considera que la publicación de la prensa no está redactada de tal manera que permita particularizar la identidad de todas las personas detenidas en el operativo y por lo tanto no se ha vulnerado la imagen y buen nombre del accionante. Sin embargo, considera que el derecho a la identidad reconocido en el art. 66, num. 28 de la Constitución si ha sido vulnerado con la retención de los documentos personales por lo que resuelve aceptar parcialmente la demanda y se dispone:

1. Que el señor Jefe Provincial de Migración de Pichincha emita el certificado de empadronamiento o censo a nombre del ciudadano pakistaní [...] con pasaporte pakistaní [...], con base en los datos que constan en los archivos o sistema informático de dicha dependencia, sin costo para el mencionado ciudadano, es decir, sin el pago de la tasa o valor correspondiente a dicho documento, y sin exigirle ningún otro requisito.
2. Que el señor Director de la Oficina de Pasaportes del Ministerio de Relaciones Exteriores emita el documento especial de viaje o pasaporte especial azul a nombre del ciudadano pakistaní [...] sin costo para el mencionado ciudadano, es decir sin el pago de la tasa o valor correspondiente a dicho documento, y sin exigirle ningún otro requisito.
3. Que el señor Director de Visas del Ministerio de Relaciones Exteriores confiera al ciudadano pakistaní [...] un certificado de visa 12-IX para actos de comercio, de conformidad con los datos que quedaron registrados en dicha dependencia cuando se le otorgó la visa No. [...] sin costo para el mencionado ciudadano, es decir sin el pago de la tasa o valor correspondiente a dicho documento, y sin exigirle ningún otro requisito.
4. Que el señor Jefe Provincial de Migración de Pichincha le confiera al ciudadano paquistaní [...] movimiento migratorio con los datos que constan en los archivos o sistema informático de dicha dependencia, sin costo para el mencionado ciudadano, es decir sin el pago de la tasa o valor correspondiente a dicho documento, y sin exigirle ningún otro requisito.¹⁶⁵

165 Juzgado 5 de Tránsito, 0278-2011.

Cabe mencionar que en la sentencia no se establece la responsabilidad del derecho a la identidad declarado como vulnerado, esto se explica con la afirmación que previamente se hace en el sentido de que la pérdida de documentación no está relacionada con la privación de libertad, aunque según los hechos relatados la relación existe.

Esta sentencia fue apelada por la Procuraduría General del Estado, recurso que fue desestimado y se confirma la sentencia emitida en primera instancia, pero tampoco en esta sentencia se establece la responsabilidad estatal ni tampoco se desarrolla el derecho de reparación integral.¹⁶⁶

Derecho a migrar

Revisión de la condición de excluido

Otra de las sentencias objeto de este análisis, resuelve un pedido de acción de protección por parte de un ciudadano cubano que intentó ingresar a territorio ecuatoriano, en calidad de turista pero se le aplicó una de las causales de exclusión, sin precisar cuál de ellas. Según el accionante, luego de una breve entrevista realizada por las autoridades de migración en el aeropuerto de la ciudad de Quito, no fue considerado como turista, luego de lo cual se realizó un informe en el que se señala además de la exclusión, la devolución a su país de origen. El accionante solicita como medida cautelar la suspensión de la calidad de excluido y se ordene la inmediata libertad.

El juez constitucional resuelve negar la petición de la acción de protección y de las medidas cautelares. No se hace un análisis que sustente la decisión, sin embargo se transcriben varios textos doctrinarios relacionados a los tipos de medidas cautelares y objeto de las mismas.

Regularización

Finalmente se analizaron dos sentencias que se resuelven el pedido de una visa humanitaria, como medida cautelar para veintidós personas de origen haitiano; y una visa individual de carácter indefinido sin exigencia de pago o condición, como el tener que tramitarla desde su país de origen,

¹⁶⁶ Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales, 0804-2011.

como una medida de acción afirmativa.¹⁶⁷ En los dos casos los legitimantes activos son los mismos, pero presentaron la acción de protección en diferentes fechas y también recayeron en juzgados diferentes.

El pedido se sustenta en el temor de los accionantes de que al contar con una visa de carácter indefinida sean discriminados por su origen nacional, condición migratoria, por ser afrodescendientes, por ser pobres, por no hablar otro idioma y por tener otros valores culturales. Señalan además que tienen dificultad para tramitar una visa de trabajo debido a los costos que implican, así como al hecho que deberían regresar a su país de origen para solicitarla desde allá. Los accionantes manifiestan que una visa humanitaria les permitiría trabajar y estudiar y por lo tanto no ser criminalizados por su precaria condición migratoria.

En la primera sentencia que se resuelve este pedido, luego de incluir una transcripción de normas e inclusive de doctrina más bien de naturaleza administrativa resuelve escuetamente de la siguiente forma:

La demanda de acción de protección y anexos, presentada por las-os ciudadanas-os mencionados ut supra, mismos que han sido analizados por esta Unidad Judicial Ampliada; no es la vía que corresponde por las consideraciones mencionadas, de conformidad con lo establecido en el art. 13.1; art. 42.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y, en estricto apego a los principios consagrados en el art. 3 Ibidem; al no demostrarse la concurrencia de los presupuestos establecidos en el art. 88 de la Constitución, se inadmite la demanda de Acción de Protección y/o en forma subsidiaria las Medidas Cautelares propuesta.¹⁶⁸

La segunda sentencia también concluye con la negación de la acción de protección por improcedente. Para ello considera que no se cumplen con los requisitos establecidos en el art. 40 de la LOGJYCC, adicionalmente se señala que:

Los accionantes de ésa causa, no han aportado prueba alguna ni justificado lo alegado en su demanda respecto de la amenaza de lesión o vulneración de derechos constitucionales; por el contrario, en el mismo libelo se aprecia que los demandantes [...] han enviado una petición al [...] Ministro de Relaciones Exteriores, solicitando visa que les permita estudiar y trabajar, y que dicha Cartera de

¹⁶⁷ Juzgado 9 de la Niñez y Adolescencia, 0042-2011; y, Juzgado 3 de Trabajo, 0146-2011.

¹⁶⁸ Juzgado 9 de la Niñez y Adolescencia, 0042-2011.

Estado se ha comprometido a atenderles favorablemente, lo que significa que [...] se encuentran realizando ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, el trámite respectivo tendiente a conseguir la visa sobre la cual estaría aún pendiente respuesta.¹⁶⁹

Este hecho que para el juez resuelve o aclara la situación de la eventual vulneración de derechos que alegan los accionantes, al ser analizados de acuerdo a los principios de aplicación de derechos previstos en el art. 11 de la Constitución de la República, particularmente el relacionado a la interpretación más favorable a los derechos y el desarrollo progresivos de los mismos a través de la jurisprudencia, podría haber dado lugar a una resolución que desarrolle los derechos de movilidad humana.

Acción extraordinaria de protección

Esta garantía fue introducida en la constitución vigente, tiene como objeto la protección de derechos reconocidos constitucionalmente, que hayan sido vulnerados en sentencias o autos definitivos, por acción u omisión.¹⁷⁰ Puede ser activada por cualquier persona o grupo de personas que hayan sido parte en el proceso cuya sentencia o resolución definitiva se impugna.¹⁷¹ A diferencia de las otras garantías jurisdiccionales, ésta es conocida y tramitada por la Corte Constitucional, que es “el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”.¹⁷²

De la indagación que se realizó para este estudio, se identificó una sentencia de esta garantía resuelta por la Corte Constitucional. Cómo se señaló en párrafos anteriores, uno de los aspectos que se evidencian en el análisis de las sentencias que resuelven garantías jurisdiccionales, es la generalizada ausencia de la determinación de reparación por el daño provocado por vulneración de derechos. Justamente, esta omisión en una sentencia de hábeas corpus fue objeto de la acción de protección resuelta por la Corte Constitucional.¹⁷³

Un ciudadano de nacionalidad guineana, fue detenido en el mes de marzo de 2010 en el aeropuerto de la ciudad de Quito, por intentar salir

169 Juzgado 3 de Trabajo, 0146-2011.

170 CRE, art. 94.

171 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 59.

172 CRE, art. 429.

173 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 147-12-SEP-CC, Caso No. 1759-10-EP

del país con un pasaporte falso lo que dio lugar a que un Tribunal Penal lo condene a una sanción de prisión correccional. Esta persona presentó una acción de hábeas corpus, argumentando que la detención era ilegal y arbitraria, toda vez que él tuvo la oportunidad de demostrar que el documento que utilizaba le fue entregado en Senegal, para huir luego de que su familia fue masacrada y él encarcelado y torturado. Su intención era llegar a Canadá para solicitar refugio ya que en Ecuador le resultaba difícil comunicarse debido al desconocimiento del idioma. Mientras cumplía la sanción de prisión impuesta se tramitó la solicitud de refugio en el Ecuador, que concluyó con el reconocimiento de esa condición en el mes de octubre de 2010.

Con estos elementos, la acción de hábeas corpus fue resuelta por una de las Salas de la Corte Provincial de Pichincha, en cuya sentencia se determina:

Como se puede observar, la privación de la libertad de [...], es ilegítima; toda vez que; como ha quedado demostrado, su detención con posterioridad al 14 de octubre de 2010, la Comisión para determinar la Condición de los Refugiados en Ecuador, ha estudiado el caso del accionante y considerando que las razones por las cuales ha salido del país de origen están previstas en instrumentos jurídicos respecto a la materia y ha aceptado la solicitud de refugio; su detención, violenta los principios constitucionales, instrumentos internacionales y derechos humanos, antes señalados. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, esta Sala, por considerar que el detenido [...], se encuentra privado de su libertad en forma ilegítima, se acepta la acción de Hábeas Corpus propuesta a su favor y se dispone su inmediata libertad.¹⁷⁴

El accionante alega que perdió injustamente su libertad durante ocho meses, con los efectos traumáticos que esto conllevó. De esta forma dice que sus derechos de libertad e integridad psicológica fueron afectados, y que a pesar de que se solicitó al juez constitucional que resolvió el hábeas corpus que establezca una medida reparatoria, no se lo hizo. En efecto tanto el art. 86 de la Constitución de la República, como el art. 18 de la LOGJYCC, establece expresamente que si al resolver en sentencia alguna de las garantías jurisdiccionales se declara la vulneración de derechos debe disponer la re-

174 Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia, 0600-2010.

paración integral por el daño material e inmaterial provocado. La LOGJYCC al desarrollar normativamente este derecho, determina que:

La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

El mismo artículo determina criterios para establecer la reparación. En caso de daño material se dispone que la reparación incluya, el resarcimiento por la pérdida o disminución de los ingresos de la persona afectada, cálculo al cual debe agregarse los gastos realizados con ocasión de los hechos que dan lugar al daño material. En relación a la reparación por al daño inmaterial, ésta comprende una compensación de carácter monetario o de bienes o servicios equivalentes en valor, por “los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia”.¹⁷⁵

La LOGJYCC establece por otro lado que en la sentencia o en un acuerdo reparatorio, debe constar en forma expresa las obligaciones que deben cumplirse, individualizar quien está a cargo de cada obligación, y además determinar el tiempo, modo y lugar deben cumplirse esas obligaciones. En el caso de que se trate de una reparación económica, se dispone que su determinación debe hacerse a través de un trámite verbal sumario o en la vía contenciosa administrativa, si el obligado es el Estado.

El derecho de reparación por violación de derechos humanos, es además parte de las obligaciones internacionales que tiene el Estado ecuatoriano. En este sentido, con base al art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido obligado a cumplir con el derecho de

175 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 18.

reparar por la violación del derecho a la libertad.¹⁷⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la reparación del daño requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*) que implica el restablecimiento a la situación anterior a los hechos que provocan la vulneración de derechos, si no es posible, deben tomarse medidas que garanticen los derechos vulnerados, impidan que nuevamente se violen, reparar las consecuencias que la violación del derechos provocó; e indemnizar en proporción al daño ocasionado.¹⁷⁷

Para llegar a la resolución de la acción extraordinaria de protección presentada por el accionante, la Corte Constitucional desarrolla sus argumentos con base en preguntas. La primera cuestión que analiza, es cómo está conceptualizada la movilidad humana y particularmente el refugio en la Constitución de la República. Frente a esta pregunta llega a la conclusión que se reconocen una serie de derechos que exigen la protección estatal, entre ellos el de refugio y otros derechos conexos a esta condición, como la no criminalización de las personas refugiadas por el hecho de haber entrado al país sin autorización. No obstante hace notar que este derecho no es absoluto, si se analiza de conformidad con el art. 31, num. 1 de la Convención de Ginebra sobre Refugio, que prohíbe la sanción a las personas refugiadas siempre y cuando acudan inmediatamente para pedir protección. Esta interpretación restrictiva de los derechos, es utilizada más adelante para justificar la sentencia que es objeto de impugnación.

Otra de las preguntas que hace la Corte es cuál es el deber del juez constitucional al encontrar vulneración de derechos. A esta pregunta se responde reconociendo que efectivamente la reparación es una de las obligaciones del juez constitucional al determinar la violación de derechos reconocidos constitucionalmente, y hace referencia al art. 18 de la LOGJYCC, citado en líneas anteriores. Señala además que no existe una forma exclusiva o única de reparar, ya que esto dependerá del tipo de violación del derecho, del daño provocado así como de las circunstancias en que sucedieron los hechos y las pretensiones de la víctima, y concluye que:

En el caso de vulneración del derecho a la libertad, la medida más idónea para la restitución del derecho, como medida de reparación, es precisamente disponer la libertad; y si existiesen otras consecuencias provenientes de la privación de la libertad, podrían disponerse otras medidas que consideren pertinentes aplicándolas al caso concreto.

176 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 4 de septiembre; Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 20 de enero de 1999.

177 Caso Tibi vs. Ecuador, párr. 224.

De esta forma confunde la finalidad del hábeas corpus, que es recuperar la libertad de quien se encuentre privada de ella en forma ilegal, arbitraria e ilegítima, con la reparación que deviene de la vulneración del derecho a la libertad provocada por esa privación ilegal de la libertad. Con la conclusión a la que llega la Corte, abandona el análisis del daño que provocó en el accionante la privación de libertad y la reparación como un derecho reconocido constitucionalmente y una obligación internacional.

La Corte al continuar con su análisis respecto a la pretensión del accionante de obtener una reparación, pretende justificar la omisión que se hace en la sentencia de hábeas corpus sobre esta obligación, responsabilizando de ésta negligencia al propio accionante, retomando la interpretación restrictiva que hace previamente del art. 31 de la Convención de Ginebra sobre Refugio, con el siguiente argumento:

Es verdad que nuestra Constitución, como se ha analizado anteriormente [...] contiene normas de protección nunca antes previstas, entre ellas, la que garantiza a los solicitantes de asilo o refugio la no aplicación de sanciones penales por el hecho de su ingreso o permanencia en condición de irregular. Sin embargo, en el caso de análisis, como queda indicado, el señor [...] no solicitó refugio ni cuando llegó al país [...] ni dentro del período que permaneció en Ecuador, sino únicamente cuando se encontraba privado de libertad [...] La Corte observa que la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia no consideró pertinente establecer otras medidas de reparación y por tanto no las trató en la audiencia ni convocó a una nueva para tratarlas, pues no había solicitud del interesado para el efecto.

Finalmente declara en la sentencia que no ha existido vulneración de derechos constitucionales en la sentencia impugnada, por lo que niega la acción extraordinaria de protección.

Como se observa la Corte Constitucional, el máximo órgano de control constitucional, emite una resolución totalmente contraria al texto constitucional y las disposiciones de la LOGJYCC. En este caso, ni siquiera se evidencia una contradicción entre normas y principios constitucionales que ameriten una interpretación más compleja, la sola subsunción o aplicación literal y la aplicación de una interpretación sistémica ofrecen elementos para establecer que la obligación estatal de reparación no ha sido determinada en la sentencia de hábeas corpus que reconoció la violación del derecho de libertad de una persona refugiada.

Hábeas data

Esta garantía tiene por objeto la protección de la información personal. Según lo dispone la Constitución y la LOGJYCC, a través de la acción de hábeas data se garantiza el derecho de las personas a conocer de la existencia de documentos y tener acceso a ellos, así como a datos genéticos, bancos, archivos de datos personales, e informes que contengan información sobre sí mismas o respecto a sus bienes, y que consten en entidades públicas y privadas. A través del hábeas data también se garantiza el derecho a conocer el uso que se haga de la información personal, y a solicitar la actualización, la rectificación o la eliminación de datos, así como la protección de información sensible sobre la cual se puede requerir a quien la posee, que adopte medidas de seguridad necesarias para protegerla.¹⁷⁸

En la indagación que se realizó para este estudio, se identificó un caso de hábeas data, que pese a no tener una sentencia se incluyó para su análisis. Este caso se origina en el pedido que realiza un ciudadano ruso, para conocer el contenido de la resolución por la cual se revocó su condición de refugiado, pedido que está plenamente amparado en el art. 92 de la Constitución y en el art. 50 de la LOGJYCC que determina que la acción de hábeas data procede “Cuando se niega el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales o jurídicas privadas”.

En la primer providencia el juez ordena al accionante completar la petición de acuerdo a los requisitos establecidos en el art. 67 del Código de Procedimiento Civil, num. 2 que se refiere a la designación del lugar donde debe notificarse al actor y citarse al demandado; y, el num. 7 por el cual se requiere “Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado”. Para cumplir con estos requisitos concede el término de tres días que una vez transcurrido, dicta otra providencia en la cual el juez constitucional niega dar trámite a la acción de hábeas data en los siguientes términos:

En lo principal revisado el contenido del escrito presentado por la parte actora [...] no ha identificado a las personas que dicen conformar la comisión para determinar la condición de los refugiados en Ecuador, por lo que de conformidad

178 CRE, art. 92.

con el Art. 69 del Código de Procedimiento Civil, me abstengo de tramitar la presente causa.

Llama la atención que el juez constitucional se remita a una norma de carácter civil, cuando está vigente normativa que desarrolla específicamente las garantías jurisdiccionales en la cual, no se condiciona a este tipo de exigencias, al trámite del hábeas data.

Análisis de la calidad de las sentencias

Solamente en dos de las sentencias analizadas se hace referencia a los principios de aplicación de derechos contemplados en el art. 11 de la Constitución de la República,¹⁷⁹ sin embargo se limita a una enunciación y transcripción de su contenido más que un desarrollo de los mismos. En estos casos, también se hace mención a disposiciones de algunos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, particularmente la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, y en la sentencia sobre el derecho a la identidad se mencionan normas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En las demás sentencias analizadas no se hace ninguna referencia a los principios de aplicación de derechos del art. 11 de la Constitución, ni a instrumentos internacionales de protección de derechos. En la sentencia relativa a la revocación de la condición de excluido¹⁸⁰, se utiliza jurisprudencia constitucional así como doctrina, sin embargo, se lo hace transcribiendo partes de textos y sentencias, pero sin hacer ningún análisis, de esta forma no se encuentra coherencia entre los fragmentos incluidos y la resolución final. En otros casos, como la sentencia que resuelve la acción extraordinaria de protección, resulta ambigua pues en una parte de su argumentación recoge como un avance el reconocimiento de los derechos de refugio, asilo y movilidad humana; sin embargo, no los recoge ni desarrolla para analizar el daño provocado por la violación de estos derechos y por lo tanto establecer la necesidad de determinar una medida reparatoria.

179 Juzgado 1 de la Niñez y Adolescencia, 2653-2009; y Juzgado 4 de lo Civil de Pichincha, 1048-2011.

180 Unidad Judicial Especializada 3 de la Familia y Mujer, 2792-2012.

En cuanto a los métodos de interpretación constitucional utilizados, no es de fácil identificación. Solo en uno de los casos se dice textualmente que se recurre al método de interpretación “teleológica y literal”.¹⁸¹ De acuerdo a la división doctrinaria de casos fáciles y difíciles, refiriéndose en el caso a aquellos que no requerirían más que la subsunción del caso a la disposición constitucional; y, en el segundo caso, cuando amerita recurrir a alguno de los métodos de interpretación constitucional como la ponderación o el test de proporcionalidad, debido a que en el caso analizado entran en conflicto principios constitucionales, puede concluirse que todos los casos podrían ser calificados como difíciles; sin embargo han sido resueltos como casos fáciles.

De este modo, las sentencias relacionadas al derecho de acceso al sistema financiero y la relativa al derecho a la identidad,¹⁸² podrían haber sido resueltas basadas en el método de análisis de proporcionalidad y de esa forma analizar si las medidas impugnadas perseguían un fin legítimo, si eran necesarias y si eran proporcionales al fin que se pretendía conseguir.

Por otro lado, las sentencias que resuelven la petición del reconocimiento del estatus de refugiados/as, se limitan a hacer un ejercicio de subsunción con disposiciones legales y de carácter procedimental, cuando merecían una interpretación de carácter constitucional. Un ejercicio de ponderación podría desarrollar constitucionalmente el derecho de refugio y el principio de no devolución.

De los casos analizados, se puede concluir de manera general, que el ejercicio de la acción de protección no ha permitido un desarrollo constitucional de los derechos de movilidad humana.

En las sentencias cuya resolución concluye aceptando la acción de protección, si bien se disponen medidas concretas en relación a la pretensión de los accionantes (apertura de cuenta a persona refugiada e inscripción de hijo de padre y madre refugiados), no se realiza un examen del contenido de los derechos vulnerados, pues se limita a una enunciación general, sin entrar a cuestionar de fondo los actos que generaron tal vulneración, y en los que subyacen la discriminación por origen nacional y condición migratoria. Por otro lado, a pesar de que en los dos casos se trata de servicios públicos, no se establece la responsabilidad del Estado.

181 Primera Sala Civil Mercantil, Inquilinato y Residuales 0634-2012.

182 Juzgado 1 de la Niñez y Adolescencia, 2653-2009; y Juzgado 4 de lo Civil de Pichincha, 1048-2011.

En el primer caso por no regular y controlar que los servicios financieros cumplan con lo establecido constitucionalmente, esto es que "la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad".¹⁸³ En el segundo caso, la responsabilidad estatal se configura por actuación directa del Director del Registro Civil y Cedulación mediante la expedición de una resolución que conlleva un tratamiento discriminatorio para la inscripción de hijos/as de personas de otra nacionalidad.

Finalmente en ninguna de las dos sentencias se establece la reparación por el daño ocasionado, tal como lo establece la Constitución y la LOGJYCC.

En la sentencia que se acepta la acción de protección, para garantizar el derecho de reparación de un inmigrante que perdió su documentación en un operativo policial, el juez constitucional se limita a disponer una serie de medidas que si bien conllevan a la recuperación de la documentación, no llegan a configurar medidas de reparación en los parámetros establecidos en la LOGJYCC y en jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, es decir, medidas tendiente a conseguir la restitución integral.

En los casos en que se rechaza la acción de protección, se identifica que el principal argumento jurídico se refiere a los requisitos de procedibilidad contemplados en la LOGJYCC y se hace referencia principalmente a las excepciones establecidas en el art. 42 num. 4 que señala que la garantía es improcedente cuando la impugnación del acto administrativo puede hacerse a través de otra vía judicial; y el num. 5 que establece que la acción de protección no es procedente cuando la pretensión del accionante es la declaración de un derecho.

En uno de los casos analizados y que rechaza la acción, el juez se fundamenta inclusive en una norma que de carácter inferior a la LOGJYCC como es el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva para justificar la autonomía de esta función del Estado, de esa forma concluye que al originarse la resolución de negativa de la condición de refugiado de un órgano de esta función, la acción de protección no es procedente.

Otro aspecto a resaltar es la irrelevancia de la violencia de género como causa de temor fundado en la solicitud de refugio y la inclusión de esta problemática, que conlleva violación de derechos y obligaciones estatales

183 CRE, art. 85, num. 1.

reconocidos constitucionalmente en el análisis de las sentencias que rechazan la acción de protección.

Lamentablemente el carácter subsidiario que le da la LOGJYCC a la acción de protección restringe el objeto mismo de la garantía y ha servido de argumento a los jueces y juezas para limitar su desarrollo jurisprudencial. A esto se debe agregar la amenaza de sanción que pesa sobre los jueces y juezas constitucionales en caso de tramitar casos que conlleven aspectos de “mera legalidad”, es decir que pueden ser resueltos a través de otros mecanismos legales.

En cuanto a la acción extraordinaria de protección, resulta sorprendente que el máximo órgano de control constitucional, es decir la Corte Constitucional, realice una interpretación en extremo restrictiva del derecho de reparación, para lo cual realiza una reflexión confusa sobre la finalidad de la garantía del hábeas corpus y la reparación, llegando a afirmar que la reparación se cumple con la recuperación de libertad a través del hábeas corpus, sin hacer ningún análisis a bajo los estándares internacionales del contenido de la obligación de reparar que tiene el Estado y que ha sido recogido por la LOGJYCC en el art. 18.

Finalmente en relación a la garantía del hábeas data, si bien no se encontró una sentencia, se evidencia en la resolución de negativa de dar trámite a esta acción una interpretación limitada y sometida a la legislación civil en lugar de la constitucional.

Conclusiones

Conclusiones relativas al contexto de las garantías jurisdiccionales

- La información pública que existe sobre garantías jurisdiccionales y movilidad humana, particularmente sobre garantías activadas a favor de personas inmigrantes y refugiadas, es limitada. No es posible conocer con certeza el número de garantías activadas en el período 2008-2012, principalmente porque no se han incluido variables relacionadas con movilidad humana para la construcción de bases de datos. Esto ocurre principalmente con la base de datos en línea de la Función Judicial de Pichincha. En otras instituciones, las bases de datos se encuentran en fase de implementación. Tampoco las ONG han sistematizado la información sobre las garantías jurisdiccionales activadas.
- El contexto de la movilidad humana es complejo, dadas las diferentes dinámicas que tienen lugar de manera simultánea en Ecuador. Frente a este hecho social, si bien la Constitución ecuatoriana ha reconocido derechos y principios específicos para las personas en situación de movilidad, hasta el momento no se ha adecuado la normativa a estos parámetros. Por el contrario, de la revisión de sentencias realizada se observa que, las autoridades administrativas y judiciales, que tienen a su cargo el control migratorio privilegian la aplicación de la normativa inferior, como la Ley de Migración, Ley de Extranjería y el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 por sobre la Constitución. En ningún caso se decide la inaplicación de una norma inconstitucional de estos cuerpos legales, según lo dispuesto por el art. 426 de la Constitución.

Conclusiones relativas al marco doctrinario y normativo

- Las personas en situación de movilidad humana son titulares de todos los derechos humanos reconocidos constitucionalmente, como consecuencia del principio de igualdad y no discriminación y de la adscripción del Ecuador a la teoría monista de protección de derechos, por la cual los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- El derecho de acceso a la justicia y el deber estatal correlativo de brindar una tutela judicial efectiva, constituyen el marco referencial de las garantías constitucionales previstas como mecanismos de protección ante amenazas y vulneraciones de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad humana.
- La realidad cotidiana de las personas en situación de movilidad humana, principalmente refugiadas e inmigrantes, las enfrenta con casos y situaciones de violación de sus derechos, como se evidencia de los informes realizados por organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la defensa de esta población; frente a ello, se han iniciado procesos de exigibilidad de derechos, activando garantías jurisdiccionales, en ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.
- El contenido del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, diseñado con base en la revisión del *corpus iuris* de derechos humanos internacional y regional, establece que los titulares del derecho son todas las personas independientemente de su origen nacional o condición migratoria; su ejercicio se rige a la luz del valor justicia y de los principios de igualdad, independencia, imparcialidad, intermediación y prohibición de indefensión; que los sujetos estatales obligados son jueces independientes e imparciales; que los elementos esenciales del derecho son su aplicación para todas las materias, de manera oportuna, expedita, idónea, protectora y reparatoria.
- La responsabilidad del estado es la de garantizar una tutela judicial efectiva en el momento que las garantías jurisdiccionales se interpongan por parte de las personas en movilidad o por sus representantes legales; la efectividad de la tutela judicial se mide en relación con la adecuada protección del derecho amenazado o vulnerado, cuando en la resolución o

sentencia, el juez determina la existencia de la violación, la responsabilidad del Estado y ordena la reparación integral.

- Para cumplir con su obligación de asegurar la tutela judicial efectiva, el Estado debe garantizar una justicia independiente, imparcial, expedita y orientada a la protección de los derechos humanos de las personas en movilidad.
- Las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución ecuatoriana deben constituirse en mecanismos eficaces y efectivos para la protección de los derechos humanos de las personas en movilidad; sin embargo, desde el desarrollo normativo de las garantías en la LOGJCC se evidencian disposiciones restrictivas e inconstitucionales en contenido y en procedimientos, que atentan contra el objetivo proteccionista constitucional.
- Ante estas disposiciones legales inconstitucionales, la obligación de los jueces es la de inaplicarlas, conforme lo dispone el art. 426 de la Constitución, atendiendo a los principios de supremacía constitucional y el de aplicación de la norma que sea más favorable a la efectiva vigencia del derecho.
- La tutela judicial efectiva estatal debe garantizar que las decisiones judiciales en materia de garantías jurisdiccionales se adopten de manera motivada y que sean argumentadas jurídicamente, de tal manera que se justifiquen adecuadamente; para ello los jueces deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia del derecho y cumplir con su obligación de desarrollar, de manera progresiva, el contenido de los derechos a través de su jurisprudencia.
- Sin embargo, el cumplimiento de la tutela judicial efectiva por parte del Estado se ve limitado por disposiciones de la propia Constitución, como la contenida en el art. 427, que reconoce la interpretación literal, y la remisión a la voluntad del constituyente, contrariando el sistema de interpretación en el sentido que más favorezca la vigencia de derechos. Esta incoherencia y contradicción de la norma constitucional posibilita que los jueces realicen interpretaciones exegéticas, apegadas al texto de leyes que son inconstitucionales, como la Ley de Migración, la Ley de Extranjería y el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012.
- Las sentencias en materia de garantías constitucionales deben cumplir, además de los requisitos formales, los de contenido sustancial que con-

sisten en la adecuada motivación mediante una argumentación jurídica sólida basada en los valores y principios constitucionales, respetando el contenido mínimo de los derechos humanos y procurando su desarrollo; particularmente, los derechos de las personas en movilidad humana, en el caso concreto.

- El modelo de análisis de la calidad argumentativa de las sentencias de garantías constitucionales en materia de movilidad humana se construyó con los elementos de las corrientes doctrinarias de argumentación jurídica que superan el positivismo exegético y se adecuan al modelo neo constitucional del derecho, y permiten evaluar si para llegar a la decisión del caso concreto se ha considerado el contexto, los valores, los principios, los precedentes, la doctrina, los elementos de procedibilidad de la garantía, si los métodos de interpretación se han aplicado adecuadamente a fin de garantizar la efectiva vigencia del derecho.

Conclusiones generales relativas a la activación de garantías jurisdiccionales

- Las decisiones judiciales en materia de garantías jurisdiccionales y movilidad humana, en su mayoría, continúan resolviéndose aplicando una interpretación legalista y no constitucional, basada en valores, principios y derechos constitucionales. Esto hace que se desvirtúe la naturaleza de las mismas.
- A la par de lo anterior, se constata que existe un profundo desconocimiento de los derechos específicos en materia de movilidad humana por parte de los operadores de justicia (incluyendo los jueces y juezas de la Corte Provincial). En materia de refugio, se mira que es muy limitado el conocimiento de los jueces sobre este derecho y en particular de la aplicación del principio de no devolución.
- De la información recabada para este estudio, se han ubicado elementos que evidenciarían formas de interferencia con el principio de independencia judicial; por lo que no se puede descartar que esta situación esté influyendo en el nivel de interposición de las garantías y en el contenido sustancial y calidad de las sentencias.

Conclusiones relativas a la activación de hábeas corpus

- Los hábeas corpus son las acciones que en mayor número han sido activadas y que han sido mayormente aceptadas. Esto pone de manifiesto la existencia de una política de control migratorio que atenta contra los derechos de las personas en movilidad, en particular, de las personas inmigrantes y refugiadas.
- Esta política migratoria de restricción que se pone de manifiesto, tiene un carácter selectivo, ya que hace énfasis en nacionalidades específicas. Así, es posible observar que, las personas de origen cubano, africano y asiático son las principales víctimas de privación de libertad por condición migratoria. En los casos revisados, las privaciones de libertad ilegales y arbitrarias se han prolongado por períodos de hasta nueve meses, sin que exista una respuesta efectiva de las autoridades administrativas o judiciales.
- Si bien la mayoría de acciones de hábeas corpus se interponen a favor de personas sometidas a procesos de deportación, se observa también, que existen otras razones por las que se ha activado esta garantía. Así sucede con el caso de personas sometidas a procesos de exclusión; personas que han cumplido una pena privativa de libertad en el Ecuador y no puede ejecutarse la deportación hacia su país de origen; y una persona refugiada que fuera sancionada penalmente por utilizar un pasaporte falso.
- A pesar de que la mayoría de acciones de hábeas corpus son aceptadas, no se cuestiona la constitucionalidad del procedimiento de deportación. Son excepcionales los casos en los que se declara la violación de otros derechos sobre movilidad humana, que no sea el derecho a la libertad personal.
- Es grave que a pesar de determinar que las privaciones de libertad son ilegales y arbitrarias, ninguna de las sentencias determinan la responsabilidad estatal y menos aún ordenan la reparación del derecho violado. Estas omisiones hacen que, el hábeas corpus pierda su objeto de protección y garantía.
- En las sentencias que niegan los hábeas corpus, subyace la noción del principio de soberanía nacional, la cual, sumada a una interpretación legalista determina que las normas de control migratorio se apliquen por

sobre los derechos y principios constitucionales, en lugar de decidir la inaplicación de los artículos inconstitucionales.

Conclusiones relativas a las acciones de protección, medidas cautelares, acción extraordinaria de protección y hábeas data

- De la información revisada se evidencia que las sentencias de las acciones de protección no desarrollan los derechos de movilidad humana que fueron incluidos en la Constitución de 2008. En los casos en que las acciones se aceptaron, apenas se hace una enunciación formal de disposiciones constitucionales y legales, sin declarar en forma expresa la vulneración de derechos específicos, no se establece la responsabilidad estatal, tampoco se determina una medida reparatoria, tal como lo establece la Constitución y la LOGJYCC. En estos casos se omite un análisis del principio de no discriminación, a pesar de que es evidente que en los actos que originan la vulneración de los derechos, conllevan un tratamiento diferenciado injusto, basado en el origen nacional y en la condición migratoria de los accionantes.
- La mayor parte de las sentencias analizadas rechaza la acción de protección y se sustenta principalmente en los elementos de procedibilidad establecidos en la LOGJYCC y que le dan a la garantía un carácter subsidiario por el cual derivan a otras vías de carácter judicial o administrativa la resolución de la demanda de protección de derechos que motiva las acciones de protección. Bajo este razonamiento, los jueces constitucionales al denegar la garantía, omiten hacer un análisis de los planteamientos que hacen los accionantes, de acuerdo a los principios de aplicación de derechos, previstos en el art. 11 de la Constitución de la República.
- El género como categoría de análisis está ausente en las sentencias analizadas. A pesar de que dos de las acciones de protección se motivaron en situaciones de vulneración o amenaza de derechos de las mujeres, específicamente la solicitud de reconocimiento de la condición de refugio por motivos de violencia sexual y física, los jueces constitucionales no hacen ninguna referencia a esta relación, limitándose simplemente a establecer la subsidiariedad de la garantía.
- En ninguna de las sentencias analizadas, se evidencia el uso de alguno de los métodos de interpretación constitucional. La forma de argumentar

las sentencias, conserva el formato tradicional por el cual se reproduce en forma íntegra, las peticiones de las acciones de protección, las intervenciones en las audiencias, y la inclusión de referencia formal de disposiciones constitucionales. El uso de normativa, jurisprudencia y doctrina en materia de derechos humanos, es escasa, y en el mejor de los casos solo se la menciona sin hacer una relación clara con los derechos cuya protección se demanda.

Bibliografía

Publicaciones y ponencias

- Aguirre, Vanesa, “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador”, en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos*. Ecuador 2009, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), 2009.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Ávila, Ramiro, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008”, en Ramiro Ávila y otros, edit., *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- Calvo, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Carbonell, Miguel, coord., *Argumentación jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México DF, Porrúa, 2011.
- Coalición por las Migraciones y el Refugio, Defensoría del Pueblo del Ecuador (DPE) y Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), “Informe de Verificación sobre las condiciones de detención de personas privadas de la libertad en el marco de operativos de identificación de irregulares en la ciudad de Quito”, Quito, versión digital, 2010.
- Coalición por las Migraciones y el Refugio, “Informe de Movilidad Humana Ecuador 2011. En el País de la Ciudadanía Universal”, versión digital completa, Quito, 2012.
- Dworkin, Ronald, “Is there truth in interpretation? Law, Literature and His-

tory”, ponencia en la Library of Congress, Washington DC, 26 de octubre de 2009, <<http://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>>.

Fava, Ricardo y otros, *Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Una aproximación desde la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Universidad de Lanús, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

----- *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.

Feteris, Eveline, *Fundamentos de la argumentación jurídica, revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Fix-Zamudio, Héctor, *La Constitución y su defensa, en Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1993.

González, Pablo, coord., *Argumentación, lógica y hermenéutica jurídica contemporánea*, Bogotá, Ediciones Universidad Libre, 2011.

Grijalva, Agustín, “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador”, en Julio Echeverría, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya Yala, 2008.

----- “Las garantías de los derechos en 2011”, en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Informe sobre derechos humanos Ecuador 2011*, Quito, UASB-E, 2011.

----- “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador”, en Julio Echeverría, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya Yala, 2008.

Lifante, Isabel, *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Lima, Editores, 2010.

López, Héctor, “Aportaciones de la hermenéutica a la argumentación jurídica”, en Milagros Otero y otro, coord., *Argumentos de la argumentación jurídica, panorama práctico*, México DF, 2010.

López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.

Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Servicios Públicos*, Actos de la Administración Pública, Buenos Aires, 1988.

Otero, Milagros y otro, coord., *Argumentos de la argumentación jurídica, panorama práctico*, México DF, 2010.

Peña, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

- Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1986.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993.
- *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Lima, Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, 2007.
- Tara Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para presentación de casos*, Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), 2003.
- Zabala Egas, Jorge y otros, *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Guayaquil, Edilex S.A., 2012.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997.

Normativa internacional

- Convención para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 2003.
- Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1965.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1984.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984.
- Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.
- Declaración Americana de Derechos Humanos, 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Lineamientos y jurisprudencia internacionales

- Organización de Naciones Unidas (ONU), “Directrices sobre Protección Internacional La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967”, (HCR/GIP/02/01), ACNUR, 2002.
- ONU, “Observación General 13 (32): Administración de Justicia (artículo 14)” (HRI/GEN/1/Rev.9, vol. I), Comité de Derechos Humanos, 1984.

ONU, “Observación General 15, Situación de los extranjeros con relación al Pacto”, Comité de Derechos Humanos, 1986.

ONU, “Observación General 1 sobre trabajadores domésticos migratorios” (CMW/C/GC/1), Comité de protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 2011.

ONU, “Informe del Relator Especial de Naciones Unidas para los Migrantes”, 2011.

Organización de Estados Americanos (OEA), “Audiencia temática sobre la situación de los solicitantes de refugio y refugiados en el Ecuador”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2 de noviembre de 2012, <<http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=20>>

OEA, “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador”, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sentencia de 20 de enero de 1999.

OEA, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Corte IDH, sentencia de 4 de septiembre de 2004.

OEA, “Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras”, Corte IDH, sentencia de 29 de julio de 1988.

OEA, “Caso Godínez Cruz vs Honduras”, Corte IDH, sentencia de 20 de enero de 1989.

OEA, “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, Capítulo III, Derecho al Recurso Judicial y a la Administración de Justicia en el Ecuador”, (OEA/Ser.L/V/II.96), CIDH, 1997.

OEA, “Opinión Consultiva OC-8/87. El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías”, Corte IDH, opinión, 30 de enero de 1987.

Normativa nacional

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial (RO) 449, 20 de octubre de 2008.

Código de la Niñez y Adolescencia, RO 737, 3 de enero de 2003.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento (ROS) 544, 9 de marzo de 2009.

Decreto Ejecutivo (DE) 2428, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, RO 536, 18 de marzo de 2002.

DE 1182, Reglamento para la aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio establecido en el art. 41 de la Constitución de la República, las

normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967, RO 727, 19 de junio de 2012.

Ley de Migración, Codificación, RO 563, 12 de abril de 2005.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, RO 52, 22 de octubre de 2009.

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional del Ecuador, causa 0447-12.

Corte Constitucional del Ecuador, causa 1759-2010.

DPE, Pronunciamiento 003-DPE- DINAPROT-55277-2012.

Juzgado 1 de Garantías Penales de Pichincha, juicio 224.2012.

Juzgado 1 de la Niñez y Adolescencia, juicio 2653-2009.

Juzgado 1 de la Niñez y Adolescencia, juicio 2653-2010.

Juzgado 1 de lo Civil de Pichincha, juicio 1717-2010.

Juzgado 1 de Trabajo de Pichincha, juicio 1070-2011.

Juzgado 10 de Garantías Penales de Pichincha, juicio 0361-2011.

Juzgado 10 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, hábeas corpus 713-2011.

Juzgado 10 de lo Civil de Pichincha, juicio 1356-2012.

Juzgado 12 de Garantías Penales de Pichincha, juicio 095-2010.

Juzgado 2 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, juicio 1587-2010.

Juzgado 3 de Tránsito de Pichincha, juicio 049 -2012.

Juzgado 3 de Tránsito de Pichincha, juicio 355-2011.

Juzgado 3 de Inquilinato de Pichincha, juicio 1179-2011.

Juzgado 3 de Trabajo de Pichincha, juicio 0727-2010

Juzgado 3 de Trabajo de Pichincha, juicio 0146-2011.

Juzgado 3 de Tránsito de Pichincha, juicio 0355-2011.

Juzgado 4 de lo Civil de Pichincha, juicio 1048-2011.

Juzgado 4 de lo Civil de Pichincha, juicio 1048-2011.

Juzgado 4 de lo Civil de Pichincha, juicio 1048-2011.

Juzgado 5 de lo Civil de Pichincha, juicio 1174-2012.

Juzgado 5 de Tránsito de Pichincha, juicio 0278-2011.

Juzgado 6 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, juicio 0269-2011.

Juzgado 6 de Tránsito de Pichincha, juicio 0184-2011.

Juzgado 6 de Tránsito de Pichincha, juicio 271-2011.

Juzgado 7 de Tránsito de Pichincha, hábeas corpus 420-2010.

Juzgado 7 de Tránsito de Pichincha, juicio 0238-2011.
 Juzgado 7 de Tránsito de Pichincha, juicio 0435-2010.
 Juzgado 7 de Tránsito de Pichincha, juicio 0251-2010.
 Juzgado 8 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, juicio 1329-2010.
 Juzgado 8 de lo Civil de Pichincha, juicio 329 -2011.
 Juzgado 9 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, juicio 0837-2012.
 Juzgado 9 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, juicio 0042-2011.
 Juzgado 9 de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, juicio 0042-2011.
 Juzgado 9 de lo Civil de Pichincha, juicio 0899-2010.
 Primera Sala Civil Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, juicio 0634-2012.
 Primera Sala Civil Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, juicio 0375-2011.
 Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, juicio 0804-2011.
 Primera Sala de lo Laboral y de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, juicio 0174-2011.
 Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, juicio 0204-2012.
 Segunda Sala de Garantías Penales de Pichincha de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, hábeas corpus 0118-2011.
 Segunda Sala de lo Laboral y de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, juicio 528-2011.
 Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, juicio 0824-2011.
 Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, juicio 0600-2010.
 Tribunal 2 de Garantías Penales de Pichincha, juicio 147-2011.
 Tribunal 8 de Garantías Penales de Pichincha, juicio 0033-2011.
 Unidad Judicial 1 de Contravenciones del Cantón Quito, causa 0188-2012.
 Unidad Judicial Especializada 3 de la Familia y Mujer, causa 2792-2012.

Comunicaciones

Consejo de la Judicatura, Memorando Circular No. 3524-UCD-2012, 9 de julio de 2012.
 Consejo de la Judicatura, Dirección Provincial de Pichincha, Memorando No. 415-DPP-CJT-JP-DI-2012, 26 de octubre de 2012.

Consejo de la Judicatura, Dirección General, Oficio 2879-DG – CJ 12- SEV,
31 de octubre de 2012.

Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, Oficio circular T1.CI-SNJ-18-1689, de 18 de noviembre de 2010.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (Ecuador)

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, es la agencia de las Naciones Unidas que tiene como mandato la protección de las personas refugiadas en el mundo. Utilizando la Convención de 1951 como su herramienta más importante, el mandato principal del ACNUR es garantizar la protección internacional de aproximadamente 43 millones de personas desarraigadas en el mundo. En Ecuador, inició sus operaciones en el año 2000 por pedido del Estado Ecuatoriano en vista del creciente número de refugiados provenientes de Colombia como consecuencia del conflicto interno en ese país.

Los refugiados son personas que debido a guerras, conflictos internos o por fundados temores de persecución han debido abandonar su país de origen y cruzar una frontera para encontrar protección. Son todas aquellas personas que huyen de su país a causa de un temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social y que no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país de residencia habitual, no puedan o, a causa de dichos temores no quieran regresar a él.

Como parte del cumplimiento de su mandato internacional y de las garantías constitucionales, ACNUR:

- Vela por la protección de las personas refugiadas como nuestro deber, expandiendo el espacio de la protección al favorecer políticas públicas, prácticas administrativas y mediante intervenciones específicas.
- Potencia los derechos de los y las refugiadas en el Plan del Buen Vivir del Ecuador promoviendo un ambiente favorable a la integración local y naturalización de refugiados reconocidos en el país. Asume la responsabilidad de buscar soluciones duraderas que incluyan el uso estratégico del reasentamiento como instrumento de protección y como herramienta de solidaridad, así como una repatriación voluntaria al futuro
- Combate la xenofobia y la discriminación, junto a la sociedad civil y organismos estatales, a través de campañas diseñadas para promover la solidaridad y la convivencia pacífica.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

PROGRAMA ANDINO DE DERECHOS HUMANOS

El Programa Andino de Derechos Humanos es un espacio académico de debate, intercambio de opiniones y experiencias, orientado a contribuir a la construcción de sociedades democráticas y el Estado constitucional de derechos, desde la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los distintos países de América Latina.

Entre sus estrategias se encuentra el trabajo colaborativo con universidades de los países sudamericanos, organizaciones de la sociedad civil, instituciones estatales y organismos internacionales, cuya sinergia enriquece los procesos de formación, investigación y difusión en el continente.

Los programas académicos que brinda el PADH tienen un carácter interdisciplinario y crítico, con enfoque latinoamericano y de reconocimiento de las diversidades en general, y de género en particular, vinculando teoría y práctica. En esta perspectiva ofrece posgrados y cursos de educación continua en Derechos Humanos. Además, por petición y bajo convenio con organizaciones sociales, instituciones estatales o cooperación internacional, el PADH organiza cursos específicos y de corta duración sobre distintos ámbitos de los derechos humanos.

Dispone de un sitio web que se ha constituido en un referente de encuentro y comunicación de los distintos espacios comprometidos con los derechos humanos en la región, a través de la revista electrónica semestral Aportes Andinos y un centro de referencia en línea. El PADH ha generado además una línea de publicaciones, a partir de investigaciones realizadas por docentes y estudiantes, materiales de trabajo producto de procesos de capacitación, y memorias de conferencias regionales y otras actividades académicas realizadas a lo largo de su gestión. La UASB-E, cuenta con un fondo bibliográfico-documental específico sobre derechos humanos, constituido por más de ocho mil registros procesados técnicamente para facilitar el acceso de quienes investigan y estudian en el campo de los derechos humanos.