

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

**LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO  
ECUATORIANO DERIVADA DE LA EXPEDICIÓN DEL  
MANDATO CONSTITUYENTE No. 1 QUE VIOLA EL  
DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

**JUAN PABLO CRESPO CORREA**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, Enero del 2010

© Derechos de Autor

**JUAN PABLO CRESPO CORREA**

Enero del 2010

*A mi papá, por el ejemplo de esfuerzo y sacrificio,  
a mi mamá, por su apoyo y dedicación,  
a mis profesores por su tiempo y guía.*

## RESUMEN

Esta tesis sostiene que la Asamblea Constituyente de 2008, al expedir el Mandato No. 1 violó el derecho a la tutela judicial efectiva; derecho garantizado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Constitución de 1998 entre otros, normas que imponían los límites implícitos de actuación del Constituyente mientras éste se encontraba en funciones. Se analiza la naturaleza de la Asamblea Constituyente y la naturaleza de los Mandatos expedidos, ya que fue elegida y constituida única y exclusivamente para redactar y expedir una nueva Constitución, más no para legislar. La doctrina y el derecho internacional sostienen que la responsabilidad del Estado se genera a través de un acto proveniente de cualquiera de sus órganos, sin importar su naturaleza. Además, la tutela judicial efectiva y los derechos humanos en general son obligaciones de resultado para los Estados, que la negligencia de proveer todas las herramientas para su correcto ejercicio, constituyen una violación de los mismos. Por tanto, se concluye que el Estado ecuatoriano es sujeto de responsabilidad extracontractual por la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, por tanto podría responder por lo daños ocasionados tanto ante un tribunal internacional como ante uno nacional.

## **ABSTRACT**

This work holds that the Constituent Assembly of 2008 violated the people right to a fair trial, which was protected by international human rights treaties, the Constitution of 1998 among other bodies of law. The nature of the Assembly and of the Mandates that it issued is also studied here, taking into account that the Assembly's only assignment was to elaborate a new Constitution, never to legislate. The State's international obligations argue the State's liability when any of its bodies or officials act on behalf of the State. The international human right treaties clearly state that human rights obligations are obligations of result, and any act that neglects the correct exercise of one this rights, constitutes a violation of international and national law. Therefore, we reach the conclusion that the State is judicially accountable for this violation, whether it is before an international or national court for the damages the expedition of the constitutional mandate has caused.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN .....	1.
--------------------	----

### CAPÍTULO I

#### LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ECUATORIANO

<b>I.1 Elementos de la responsabilidad civil.....</b>	<b>6.</b>
I.1.1 Existencia de un daño.....	6.
I.1.2 La culpa.....	8.
I.1.3 Nexos de causalidad .....	9.
I.1.4 La cuantificación del daño .....	10.
<b>I.2 La responsabilidad civil contractual y extracontractual. Clases de responsabilidad civil extracontractual: objetiva y subjetiva .....</b>	<b>11.</b>
<b>I.3 Principios que dan lugar a la responsabilidad del Estado .....</b>	<b>12.</b>
I.3.1 Principio de responsabilidad de los poderes públicos .....	12.
I.3.2 Principio de seguridad jurídica .....	13.
I.3.3 Principio de confianza legítima .....	14.
<b>I.4 Fuentes Formales .....</b>	<b>15.</b>
I.4.1 La responsabilidad civil en el Código Civil .....	15.
I.4.2 La responsabilidad del Estado en la Constitución Política de 1998 y la Constitución Política de 2008.....	17.
I.4.3 La responsabilidad internacional del Estado.....	18.

### CAPÍTULO II

#### LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 2008

<b>I. La Asamblea Constituyente de 2008.....</b>	<b>22.</b>
<b>I.1 Naturaleza del Poder Constituyente .....</b>	<b>25.</b>
I.1.1 Poder Constituyente Originario.....	26.
I.1.2 Poder Constituyente Derivado .....	27.
I.1.3 Fundamentos Jurídicos .....	29.
<b>II. Las atribuciones de la Asamblea Constituyente .....</b>	<b>29.</b>

II.1 Los “plenos poderes” de la Asamblea Constituyente .....	29.
II.2 La asunción de la Función Legislativa.....	31.
II.3 Naturaleza de los Mandatos Constituyentes.....	33.
II.4 El artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1.....	34.

**CAPÍTULO III**  
**LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL**  
**EFFECTIVA POR EL ARTÍCULO 2 DEL MANDATO**  
**CONSTITUYENTE No. 1**

<b>I. El derecho a la tutela judicial efectiva .....</b>	<b>36.</b>
I.1 Concepto .....	36.
I.2 Naturaleza.....	39.
I.3 La tutela judicial efectiva como derecho fundamental y la responsabilidad del Estado en el marco internacional de los Derechos Humanos.....	40.
<b>II. Marco jurídico del derecho a la tutela judicial efectiva .....</b>	<b>42.</b>
II.1 Derecho Ecuatoriano .....	43.
II.2 Derecho Internacional .....	45.
<b>III. La violación del derecho a la tutela judicial efectiva.....</b>	<b>46.</b>
III.1 Responsabilidad internacional del Estado según la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	47.
III.2 Daño derivado de la expedición del artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1 .....	49.
III.3 Cuantificación del daño.....	52.
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>54.</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>57.</b>

## INTRODUCCIÓN

La historia constitucional del Ecuador se caracteriza por ser un ‘eterno retorno’; concepto del tiempo introducido por el filósofo alemán Nietzsche. Por motivos de la coyuntura política, y en algunos casos por la fuerza del caudillismo (realidad innegable del sistema político ecuatoriano) cada cierto tiempo, se ha roto con una constitución en vigor con el fin de “refundar la Patria”.

‘El eterno retorno de lo mismo’ no plantea una visión cíclica del tiempo sino una repetición de acontecimientos en el mismo orden. Esta concepción filosófica es aplicable a la historia del derecho constitucional ecuatoriano, de tal manera que los tiempos actuales en los que vivimos no son más que una repetición de tiempos anteriores.



La Constitución de 1978 reformada en 1998 es el punto de partida de este análisis. Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1998, el Ecuador ha sufrido varias crisis políticas. La transmisión del poder en enero 2007 inició con la posesión de Rafael Correa como Presidente de la República y la implementación de su proyecto político.

El 15 de enero de 2007, mediante Decreto No. 002, el Presidente Correa convocó a Consulta Popular para que los ciudadanos aprueben o nieguen la instalación de una Asamblea Constituyente para que transforme el marco institucional del Estado y elabore una nueva Constitución.

A raíz de la aprobación de dicha Consulta, se instaló una Asamblea Constituyente, que además de elaborar una nueva Constitución, se extralimitó en sus facultades y expidió una serie de ‘Mandatos Constituyentes’. Uno de estos Mandatos, específicamente el Mandato No. 1, en su artículo 2, estableció limitaciones y prohibiciones a los derechos de toda la población dentro del territorio ecuatoriano. La norma indicada violó el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por la Constitución de 1998 que se encontraba vigente a esa fecha. Esta violación es el objeto de estudio este trabajo.

Al hablar de responsabilidad extracontractual del Estado, automáticamente empezamos a adentrarnos en las bases del Derecho Civil y del Derecho Romano donde se pueden encontrar los orígenes de esta institución. La responsabilidad civil encuentra su antecedente en los efectos de las obligaciones contempladas por el Derecho Romano reguladas en el Libro IV del Código Civil. A partir de aquí, la legislación, la Doctrina y la jurisprudencia han desarrollado exhaustivamente la teoría de la responsabilidad del Estado.

En la evolución y transformación que hace la responsabilidad civil romana al concepto actual de responsabilidad del Estado existen varias ramas del Derecho que se entrelazan, principalmente la de Derecho Civil, Constitucional, Administrativo e Internacional Público.

La idea de Estado de Derecho en los sistemas jurídicos occidentales, sea bajo el “*common law*” o el sistema romano, han favorecido que la legislación

nacional e internacional, la jurisprudencia y la Doctrina desarrollen los mecanismos para limitar el poder, y por tanto, buscar las herramientas adecuadas para que las víctimas de su abuso encuentren maneras de reclamar el daño que han sufrido.

Actualmente, el Sistema de Interamericano de Derechos Humanos es una de las principales herramientas que tienen los ciudadanos que se encuentran dentro de los Estados Miembros de la OEA para buscar la reparación de daños que han sufrido a raíz de hechos provenientes de cualquier órgano de poder público de sus Estados; sin perjuicio que las propias Constituciones y ordenamientos jurídicos internos de cada país contengan los mecanismos esenciales para solucionar éste tipo de situaciones.

¿Qué significa la responsabilidad del Estado? En el capítulo primero establecemos los conceptos y nociones generales de la responsabilidad civil y de la responsabilidad del Estado, de tal manera que podamos responder a esta pregunta. En el capítulo segundo analizaremos el proceso histórico que se llevó a cabo para la instalación de una Asamblea Constituyente en el Ecuador en 2007; cuál es su naturaleza, y si es que la Asamblea se configura como un órgano representante del Estado. También analizaremos cuáles fueron las funciones del constituyente y si es que éste se extralimitó en sus funciones. Aquí entraremos a analizar la naturaleza jurídica de los Mandatos Constituyentes, y en razón de qué fueron expedidos por la Asamblea Constituyente. Por último, el tercer capítulo analiza cuáles son los efectos del Mandato Constituyente No. 1, y qué importancia tienen la Constitución de 1998 y los tratados internacionales de Derechos Humanos en relación a la tutela judicial efectiva. También analizaremos la responsabilidad internacional del Estado en general y en el marco de los Derechos Humanos.

## **CAPÍTULO I**

# **LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ECUATORIANO**

En los orígenes del Estado, se sostenía que el soberano no se equivoca y por tanto no existía responsabilidad en donde existía soberanía. Una vieja expresión del derecho anglosajón según el cual “*The King can do no wrong*” proclama la irresponsabilidad del Estado y sus funcionarios. Mientras las bases del Estado de Derecho presuponen una autolimitación de los poderes públicos con el fin de salvaguardar los derechos de los ciudadanos., la expresión mencionada contradice ésta idea porque impedía que cuando el Estado ocasionara un perjuicio a sus ciudadanos, se le atribuyera responsabilidad por esos actos o hechos.

El principio de la responsabilidad del Estado está indudablemente fundamentado en la existencia de un “Estado de Derecho” en el cual el principio

de constitucionalidad y de legalidad son los pilares básicos que deben ser observados por la Administración Pública, sin necesidad de referirse a una prestación deficiente de los servicios públicos, sino más bien, a que esta inobservancia viola directamente el deber del Estado de proteger a la personas y a los bienes.<sup>1</sup>

La responsabilidad del Estado se encuentra fundada también en el principio de la tutela de los derechos. Así, los daños universales no constituyen un supuesto de reparación, pero cuando estos daños pierden esa universalidad y adquieren el carácter de específicos para algún habitante o para un conjunto identificado de ellos, aunque respondan a la actividad propia del Estado deben ser reparados. Los ciudadanos se encuentran representados por el Estado, y esta representación implica que se realicen todo tipos de actos tendientes al bien común.

El concepto de responsabilidad ha ido evolucionando de la mano del Estado de Derecho. El supuesto fundamental de la responsabilidad del Estado se encuentra en que el Estado ha ocasionado un daño a uno o varios de sus administrados sea a través de sus funcionarios o sus órganos dependientes, y sea cual sea la forma de sus actuaciones, de tal manera que se le incluye al Estado como uno de los obligados a responder por los daños causados a esos administrados o a terceros.

Por tanto, el Estado está obligado a reparar ese daño causado de tal manera que no se vulnere el principio de la necesidad de soportar igualitariamente las cargas públicas simplemente por la vigencia del Estado de Derecho.

Según TAMAYO JARAMILLO<sup>2</sup> en general la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar y por tanto la responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones, la cual encuentra sus raíces

---

<sup>1</sup> E. LÓPEZ FREIRE, “La responsabilidad objetiva en la Constitución Política del Ecuador”, *Temas de Derecho Constitucional*, Ediciones Legales, Quito, 2003, pp. 369-381

<sup>2</sup> J. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I, Legis, Bogotá, 2008, pp. 20

jurídicas en los hechos ilícitos. La obligación de indemnizar que nace de un hecho ilícito consiste generalmente en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito o el cuasidelito.

## **I.1 Elementos de la responsabilidad civil**

### **I.1.1 Existencia de un daño**

La noción de daño es un concepto jurídico abstracto que se lo vincula con la idea de que a raíz de un hecho, existe una afectación patrimonial o no. El daño patrimonial consiste en un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de dominio o posesión de otro, o indirectamente por el mal hecho a su persona, derechos o facultades. El daño, por tanto, es el presupuesto central de la responsabilidad civil. El interés de la víctima en la reparación emerge del daño sufrido, y donde no hay interés no hay acción.

Según REY Y RINESSI<sup>3</sup>, el daño se puede configurar de varias maneras. La principal configuración se traduce en el daño con menoscabo a los bienes. Este daño es puramente patrimonial o cuya significación ha sido evaluada como una violación a un derecho subjetivo.

El daño también puede ser clasificado en base a sus consecuencias. En un sentido amplio se lo considera como la pérdida o menoscabo de un bien jurídico, de un derecho subjetivo, o de un interés. En un sentido más restrictivo, el daño se lo mira como elemento de responsabilidad civil, donde el daño se define por sus repercusiones en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del damnificado.

El ordenamiento tutela el interés y la facultad de actuar de los sujetos. Por tanto el daño puede ser considerado como la afectación al interés tutelado.

---

<sup>3</sup> R.N. REY, Y A.J. RINESSI, “La cuantificación del daño, sus implicancias”, *Revista de Derecho de Daños* 2003-2: *Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 27-74

Cuando se constata que existe un interés, el derecho lo reconoce como tutelable, y cuando una acción de otro sujeto ha afectado ese interés, se está ante la presencia de un daño.

El daño a un simple interés está en sentido muy amplio de protección. Los daños resarcibles no sólo se extienden a los intereses reconocidos sino también a todos los que, no recibiendo una tutela específica, tampoco han sido repudiados por el Derecho.

Los daños de incidencia colectiva se traducen en intereses y/o derechos de un grupo de ciudadanos y que no se individualiza. Estos derechos y/o intereses se pueden presentar en la preservación del medio ambiente, los derechos de los consumidores y usuarios, el derecho a la competencia, derechos de grupos vulnerables y personas discriminadas entre otros.

La convicción de que sólo se puede reclamar un daño a un interés propio no resulta un obstáculo a la resarcibilidad, sino simplemente a una cuestión de legitimación. Esto responde a que el daño tiene una configuración desde el punto de vista de la personalidad del afectado. Por esta razón, desde el punto de vista del sujeto titular de la acción de resarcimiento, el daño debe ser personal del accionante, se trate de una persona individual o colectiva, sea este daño directo o indirecto. Esto significa que incluya a terceros en la medida en que el reclamante deba, a su vez, soportarlos.

Es característico en la configuración de un daño que pueda ser resarcido por el derecho, el que el daño debe ser cierto. Este es un requisito reconocido unánimemente por la Doctrina. Por tanto, debe existir certidumbre sobre el daño, sea presente o futuro.

El daño actual no genera dificultades desde el punto de vista de la certeza porque es sencillamente verificable (tema probatorio). Es el que se puede probar antes de que se dicte sentencia, mientras que el daño futuro es el que no se ha materializado al momento de que se dicte sentencia, pero que es objetivamente previsible: a) cuando existen consecuencias dañosas de un evento ya ocurrido, que no han dejado de manifestarse y por tanto se han de prolongar o agravar (daño continuado o sucesivo); y b) otros que no son la prolongación o

agravamiento del daño actual, sino consecuencias dañosas que directamente se han de manifestar luego de la sentencia.

Por ultimo debe existir una subsistencia del daño. Esto quiere decir que el daño debe subsistir en el tiempo en que se lo computa para alegar su indemnización. Es un presupuesto de certeza, ya que el daño no puede haber desaparecido al momento que se lo pretenda resarcir.

La previsibilidad o no de las consecuencias dañosas se juzga con prescindencia del autor o agente; solamente importa la adecuación objetiva entre el hecho y el evento dañoso. Probado el nexo causal por la víctima se presume la adecuación y quien la niega, afirmando que no se trata de una consecuencia típica, que es fortuita, etcétera, o bien la interrupción del nexo, deberá demostrarlo.

### **I.1.2 La culpa**

En sentido amplio, la culpa incluye un elemento intencional del agente que produce el daño. En el sentido estricto, solamente el dolo es el elemento intencional ya que la culpa es la configuración del cuasidelito. En el cuasidelito, la culpa consiste en la omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza de las cosas, para evitar el daño sobreviniente, el cual se puede traducir en imprudencia o negligencia por ejemplo. También se puede manifestar como un error de conducta, que carece de malicia pero que se considera un comportamiento reprochable, sujeto a una compensación o reparación.

Cuando las actividades propias de la Administración Pública son las causantes del daño, existe una responsabilidad sin culpa, que proviene del quebrantamiento de obligaciones legales o constitucionales por garantía hacia terceros, o por riesgos provenientes de personas o cosas subordinadas.

### I.1.3 Nexos de causalidad

Este elemento es el que vincula a los dos anteriores. Por un lado, se debe constatar la existencia de un daño, y por otro, se debe establecer que el daño es el resultado producido por un hecho o acto en particular sin el cual no hubiera existido el daño. La vinculación entre la causa (hecho o acto) y el efecto (daño) puede ser directo o indirecto. La acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad. Por tanto, se puede afirmar que la relación de causalidad es un presupuesto de la responsabilidad civil.

Existen varias posturas y teorías sobre la relación de causalidad. La postura generalizadora o teoría de la causa próxima, determina que el resarcimiento en que se traduce la responsabilidad, puede comprender a todas las actuaciones del agente, sin límite ni restricción alguna por más indirectas que sean; simplemente basta la demostración de un nexo de causalidad. Se considera también aquella que temporalmente se halla más próxima al resultado, por haberse asociado última a las restantes; condena a resarcir las consecuencias que se manifiestan inmediatamente en el momento del hecho dañoso. La postura particularizadora o teoría de la causa eficiente, establece que la responsabilidad solamente se limita a cubrir ciertas consecuencias, dejando de lado otras, lo que significa que debe existir una determinada relación de causalidad. También bajo una óptica cuantitativa, se considera eficiente la condición que ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado, la más eficaz o activa. Por otro lado, bajo una óptica cualitativa, se considera causa a aquel de los antecedentes en que desde el principio está virtualmente contenido el efecto, por su mayor eficacia interna en el proceso causal.<sup>4</sup> La teoría de la relación causal adecuada establece

---

<sup>4</sup> F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel Diritto Penale*, UTEH, Torino, 1960, pp. 79-104, citado por... J. MOSSET ITURRASPE, “La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Extracontractual”, *Revista de Derecho de Daños* 2003-2: *Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 59-82



que no es causa cualquier condición del evento, sino aquella que es, en general, idónea para determinarlo; de donde se consideran efectos o consecuencias del obrar del agente los que se verifican según el curso ordinario de la vida. La causa adecuada produce efectos atípicos. Las directivas para la determinación de la causa adecuada varían de acuerdo al criterio que se seleccione.

#### **I.1.4 La cuantificación del daño**

Este elemento corresponde directamente a la labor que tiene el juez para realizar un control de mérito sobre la cantidad reclamada en base las pruebas presentadas y producidas durante el proceso. Cuando se trata de factores objetivos de imputación se ha sostenido que los altos costos de esta responsabilidad son directamente proporcionales a los altos precios de las actividades sujetas a la responsabilidad objetiva. Por tanto, la responsabilidad que tiene una afectación pecuniariamente cuantificable genera menos dificultad para el juez que la responsabilidad que tiene un carácter subjetivo, porque en este último caso carece de parámetros objetivos para hacer una evaluación que se traduzca en términos pecuniarios.

Entre los posibles sistemas para la cuantificación del daño proveniente de una obligación extracontractual, pueden provenir previa y directamente de la ley o puede provenir de la cantidad fijada por el juez de acuerdo a la prueba rendida. En la cuantificación judicial, el juez pondera la prueba producida y de acuerdo a ésta fija una indemnización sin necesidad de que se encuentre atado a ninguna previsión legal previa. Uno de los principales problemas de ese sistema de cuantificación son las desigualdades que ocurren cuando casos similares son juzgados de diversa manera. Por tanto, se puede decir que la estimación depende demasiado de la apreciación judicial y eso conduce a diferencias abismales entre las indemnizaciones concedidas por distintos tribunales para daños relativamente semejantes.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> J. C. RIVERA, “Cuantificación legal y judicial”, *Revista de Derecho de Daños* 2001-1: *Cuantificación del daño*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 15-25

## **I.2 La responsabilidad civil contractual y extracontractual. Clases de responsabilidad civil extracontractual: objetiva y subjetiva**

En términos generales, la responsabilidad civil contractual es la que proviene del incumplimiento de las obligaciones que ha generado un contrato, mientras que la extracontractual es la que se origina en una relación jurídica en la que ha estado ausente el vínculo contractual.

La diferencia básica entre estos dos tipos de responsabilidad radica en la carga de la prueba. En la primera, el afectado debe demostrar 1) la existencia de un vínculo contractual, y 2) el incumplimiento de una o varias de las obligaciones contenidas en el contrato. En la segunda, el perjudicado debe probar que el hecho dañoso tuvo su origen en un acto u omisión del agente que ocasionó el daño.

Por tanto, establecida la diferencia entre ambas clases de responsabilidad, es necesario analizar la diferencia, ahora, entre la responsabilidad extracontractual objetiva y la responsabilidad extracontractual subjetiva. La responsabilidad objetiva generalmente se genera sin consideración del elemento intencional por parte del agente – esto quiere decir que no interesará si hubo culpa o dolo en la conducta del agente. Lo fundamental será la existencia y constatación del daño objetivamente considerado, y puede estar previamente contemplado por la ley. En la responsabilidad extracontractual subjetiva, en cambio, dependerá necesariamente de un acto del agente al que se le pueda atribuir culpa o dolo. En este caso, lo determinante no es el perjuicio en sí mismo, sino la conducta del agente.

## **I.3 Principios que dan lugar a la responsabilidad del Estado**

### **I.3.1 Principio de responsabilidad de los poderes públicos**

---

La responsabilidad de los poderes públicos es un principio esencial a todo Estado de Derecho, en virtud del cual el Estado debe responder por los daños y perjuicios que provoque a los ciudadanos.<sup>6</sup> Este principio tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales de las personas y protegerlos de la arbitrariedad, en cualquiera de sus manifestaciones, provenientes del poder público. Así lo afirma el autor RAMIRO SAAVEDRA: “Pero lo que verdaderamente importa es que la responsabilidad en cuanto obligación de reparar el daño causado, es uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico. Constituye en efecto, una de las bases esenciales de toda forma de convivencia social en el mundo contemporáneo. Por ello se ha dicho que toda forma de responsabilidad es una forma de civilización.”<sup>7</sup>

Siguiendo la misma línea, LÓPEZ afirma que “el Estado y las instituciones públicas son consustanciales entre sí: el Estado son los órganos públicos que viven y actúan dentro de sus límites, y, a su vez, el Estado es la organización jurídico-política que no podría actuar sin esos órganos, y que solo puede ejercer la soberanía, autojustificar su existencia, gracias al accionar de todos ellos”.<sup>8</sup>

### **I.3.2 Principio de seguridad jurídica**

El principio de seguridad jurídica se fundamenta en que el ordenamiento jurídico debe producir certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro. Este principio reconocido como un valor del Derecho, tiene como objetivo que tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo que significa que el presupuesto debe ser la existencia de una ley que sea anterior al hecho sancionado y que esta ley describa un supuesto de hecho estrictamente

---

<sup>6</sup> J.M. FÉRNANDEZ MARTÍNEZ (COORDINADOR). “Responsabilidad de los poderes públicos”. *Diccionario Jurídico*, Aranzadi, Navarra, 2002.

<sup>7</sup> R. SAAVEDRA BECERRA, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Gustavo Ibañez. Bogotá, 2003.

<sup>8</sup> E. LÓPEZ FREIRE, “La responsabilidad objetiva en la Constitución Política del Ecuador”, *Temas de Derecho Constitucional*, Ediciones Legales, Quito, 2003, pp. 376

determinado *–lex certa–*. Por tanto, esta seguridad se traduce en que el ciudadano tiene la confianza en que su situación jurídica (derechos, bienes, etc.) no será modificada más que por los procedimientos preestablecidos para reformar el ordenamiento jurídico en general. Este principio evita la arbitrariedad y el abuso del poder de cualquier autoridad, imponiéndole una serie de procedimientos que son la única vía por la cual se puede modificar la situación de un ciudadano. Este principio de seguridad jurídica, según FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, se entiende como un “principio jurídico-político esencial de todo Estado de Derecho que implica la existencia de un derecho cierto.”<sup>9</sup>

De esta necesidad de que exista un derecho cierto, nace el principio de protección de la confianza legítima de los ciudadanos en las actuaciones de la Administración Pública, el cual se traduce en que todas las actuaciones administrativas del Estado deben generar un cierto grado de confianza entre sus ciudadanos, para que sus situaciones jurídicas no se puedan ver significativamente alteradas y por lo mismo, en el caso de ser perjudicados por alguna de ellas, se les pueda compensar por el daño recibido.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA, “la seguridad jurídica es un postulado con una muy amplia proyección, entre la cual puede entenderse sin dificultad que pueda incardinarse el principio de protección de la confianza, pero en modo alguno cabría admitir que esa deducción invista necesariamente de rango constitucional a este último principio en la totalidad de sus aplicaciones.”<sup>10</sup>

### **I.3.3 Principio de confianza legítima**

Como lo afirma FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, “el principio de confianza legítima obliga a las Administraciones Públicas a respetar los principios de buena

---

<sup>9</sup> J.M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, (COORDINADOR), “Responsabilidad de los poderes públicos”, *Diccionario Jurídico*, Aranzadi. Navarra, 2002.

<sup>10</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *Revista de Administración Pública del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia de España*, No. 159, Diciembre 2002, p. 176

fe y de confianza legítima. Plasma el valor de la seguridad jurídica, que se explica en la confianza que genera la actuación de la Administración en los ciudadanos que no puede ser alterada arbitrariamente, incurriendo en otro caso de responsabilidad por los daños y perjuicios causados a los ciudadanos.”<sup>11</sup>

SANZ RUBIALES destaca los postulados jurisprudenciales del derecho comunitario europeo, y establece que:

“Para el Tribunal de Justicia, las normas europeas deben respetar la confianza legítima que los particulares —como consecuencia del comportamiento de las autoridades comunitarias— hayan podido depositar en la estabilidad de una determinada ordenación.

La finalidad del principio de confianza legítima es, [...] proteger los intereses de los particulares *contra las modificaciones imprevistas* de la normativa en la que pudieron apoyar sus actuaciones. Este es, precisamente, el requisito subjetivo para admitir una legítima confianza: que el cambio normativo y, en consecuencia, el perjuicio causado a los derechos o intereses sea «imprevisible» para el operador económico afectado. Por tanto, se apoya en las previsiones que el sujeto jurídico puede tener respecto del comportamiento futuro del legislador.

Este concepto de «previsibilidad» incluye, no sólo la previsión de las consecuencias jurídicas de un determinado comportamiento, sino la simple dificultad para adaptar la actuación personal a las determinaciones legales.<sup>12</sup>

El principio de protección de la confianza legítima de los particulares en el ámbito del Derecho Público limita la actividad del poder público, para impedir que éste destruya sin razón suficiente la confianza que su actuación haya podido crear en los ciudadanos sobre la estabilidad de una determinada situación jurídica.

Pero la confianza legítima juega también un importante papel en la apreciación jurídica de los actos normativos: en la jurisprudencia del Tribunal europeo, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima se manifiestan como principios de derecho (comunitario) constitucional, que se distinguen —

---

<sup>11</sup> J.M. FÉRNANDEZ MARTÍNEZ (COORDINADOR), “Responsabilidad de los poderes públicos”. *Diccionario Jurídico*, Aranzadi, Navarra, 2002.

<sup>12</sup> I. SANZ RUBIALES, “El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia de España*, No. 7, Junio 2000, p. 92

sobre todo, en cuanto a la concreción— de las reglas aplicables a la gestión administrativa. La virtualidad de este principio respecto de las normas jurídicas constituye, sin duda, el aspecto más remarcable de su aplicación en la práctica judicial comunitaria.

## **I.4 Fuentes Formales**

La responsabilidad extracontractual del Estado encuentra sus bases en las siguientes fuentes:

### **I.4.1 La responsabilidad civil en el Código Civil**

*Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.*

Con este artículo inicia el título XXIII del Libro IV del Código Civil el cual establece los principios y fundamentos de la responsabilidad civil. Para el legislador, le es indiferente la causa del daño, sea ésta con intención (culpa o dolo en el delito) o sin intención (cuasidelito). En todo caso el legislador le atribuye a cualquiera de las causas, el efecto de que una vez que se haya comprobado la existencia de un daño, el causante está obligado a indemnizarlo.

Art. 2220.- Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Cuando hay ciertas personas que tienen aptitud para ocasionar daños con su conducta pero que carecen de capacidad y por tanto no pueden contraer obligaciones directamente, la respuesta que ha dado el derecho a estas situaciones, consiste en líneas general, en responsabilizar a los representantes legales u otras personas de quien dependan los incapaces. Análogamente, los principios de responsabilidad civil contenida en estos artículos, y los demás pertinentes del mismo Título, se traducen en la responsabilidad que asume el Estado como “representante legal” de los actos que ocasionen un daño por parte de sus funcionarios y empleados como veremos a continuación.

#### **I.4.2 La responsabilidad del Estado en la Constitución Política de 1998 y la Constitución Política de 2008**

La Constitución Política del Ecuador de 1998 establecía en los artículos 20 y 120 lo siguiente:

Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.

Art. 120.- No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia.

De la misma manera, la Constitución Política del Ecuador de 2008 recoge el mismo principio en el artículo 233:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Fundados en los principios de responsabilidad civil, estos artículos establecen los parámetros generales y garantías para tutelar los derechos e intereses de un ciudadano que se vio afectado por cualquier acto dañoso proveniente de la autoridad. La Administración Pública, al ser un ente con personalidad jurídica propia, necesita de personas naturales para poder llevar a cabo y ejecutar sus funciones en el día de día. Por esta razón, el acto dañoso que pueda ocasionar un funcionario público en el ejercicio de sus funciones no está exento de responsabilidad si no la hace efectiva contra el Estado, sin perjuicio del derecho de repetición que tiene éste en contra del funcionario que haya ocasionado los perjuicios.



### I.4.3 La responsabilidad internacional del Estado<sup>13</sup>

La Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de la ONU sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos establece:

#### Artículo 1

Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos  
Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Este artículo enuncia el principio básico en el que se establece que toda violación del derecho internacional por un Estado, genera la responsabilidad internacional de éste. El hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en un combinación de ambas cosas. La existencia de un hecho internacionalmente ilícito depende, en primer lugar, de la naturaleza de la obligación que presuntamente se ha violado y, en segundo lugar, de las condiciones en que se verifica ese hecho y que se exponen en la primera parte.

La Corte Internacional de Justicia ha desarrollado este principio de tal manera que las relaciones jurídicas que nacen de un hecho internacionalmente ilícito no se pueden limitar a una relación bilateral entre un Estado responsable y un Estado lesionado, sino que su aplicación también puede ser en un sentido amplio, y comprenderían a otros sujetos del derecho internacional como son las personas, puesto que son bienes protegidos por la ley internacional.

#### Artículo 2

Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado  
Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:  
a) Es atribuible al Estado según el hecho internacional; y

---

<sup>13</sup> CRAWFORD, JAMES. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*. Dykinson S.L. Madrid, 2004, pp. 115, 119, 132, 165.

- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Este artículo establece las condiciones para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito del Estado, es decir, los elementos constitutivos de ese hecho. Según la Corte Internacional de Justicia “en primer lugar, debe determinar en qué medida los hechos de que se trata pueden considerarse jurídicamente imputables al Estado [...]. En segundo lugar, debe considerarse si son compatibles o no con las obligaciones que incumben al Estado responsable en virtud de los tratados vigentes o de cualquier otra norma de derecho internacional aplicable.”

#### Artículo 4

##### Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado
2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

El principio de atribución para efectos del derecho internacional es que el comportamiento de un órgano del Estado que actúe en calidad de tal es atribuible a dicho Estado. El término “órgano del Estado” comprende todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado y actúan en su nombre. Esta atribución de responsabilidad está directamente relacionada con el principio de la unidad del Estado que significa que toda acción u omisión de cualquiera de sus órganos debe ser considerada como acciones u omisiones del Estado según el artículo 4. De esta manera, la referencia a ‘órgano del Estado’

tiene un sentido general y amplio, por lo que no se limita a ninguno en especial sino a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualquier función y a cualquier nivel jerárquico.

#### Artículo 12

##### Existencia de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

El artículo 12 establece que hay violación de una obligación internacional cuando el hecho de que se trata no está en conformidad con lo que exige esa obligación “sea cual fuere el origen... de ésta”. Los artículos son de aplicación general, por tanto se aplican a todas las obligaciones internacionales de los Estados, sea cual fuere su origen. Las obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional. Los Estados pueden contraer obligaciones internacionales mediante un acto unilateral. La expresión “sea cual fuere el origen” de la obligación se refiere a todas las fuentes de obligaciones jurídicas reconocidas por el derecho internacional.

La violación de una obligación internacional existe cuando el comportamiento atribuido a un Estado, constituye un incumplimiento de ese Estado de una obligación internacional que tiene a su cargo. Para determinar si un comportamiento dado atribuible a un Estado constituye una violación de sus obligaciones internacionales, habrá que centrarse principalmente en la obligación primaria correspondiente. Es esa obligación la que tiene que ser interpretada y aplicada a la situación, determinándose así la naturaleza del comportamiento exigido, la norma que tiene que ser observada, el resultado que tiene que ser alcanzado, etc. La esencia de un hecho internacionalmente ilícito viene dada por la falta de conformidad entre el comportamiento efectivo del Estado y el que debería haber seguido para atenerse a una obligación internacional determinada.

## **CAPÍTULO II**

### **LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 2008**

#### **I. La Asamblea Constituyente de 2008**

Las Asambleas Constituyentes se han justificado históricamente por ser necesarias en el momento en que se independiza una nación o se funda un nuevo Estado, o luego de la ruptura del ordenamiento jurídico por la fuerza, para que la Asamblea Constituyente redacte una Constitución en la cual se organice la estructura del Estado y se redacten los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Normalmente una Asamblea Constituyente, no reforma o cambia aspectos de la Constitución preexistente, a pesar de que la historia constitucional ecuatoriana diga lo contrario.

Es importante aclarar que a pesar de que la Constitución de 1998 preveía una forma para reformarse a sí misma, desde que fue aprobada no sufrió ningún

tipo de reforma. Sin embargo, lo que no previó la Constitución de 1998 fue la figura de la Asamblea Constituyente. Esto se debe a que esa Constitución pretendía mantener la seguridad jurídica en el Ecuador y mantenerse vigente, contemplando que si había la necesidad de reformarla, en ésta misma se incluían los procedimientos reformativos.

“Algunos elementos explican la debilidad constitutiva del sistema político ecuatoriano, y por tanto la necesidad y existencia del actual proceso constituyente. Identifiquemos dos elementos altamente gravitantes y que se retroalimentan mutuamente: una generalizada percepción de que los derechos sancionados en la Constitución no se materializan, lo que pone en cuestión su vigencia y por tanto el reconocimiento de la legitimidad de la Constitución, y una segunda dimensión que afecta aún más la débil conexión entre derechos y políticas públicas: la vigencia de un concepto restringido e instrumental de gobernabilidad, que es el que domina el diseño institucional, un concepto que ha caracterizado la semántica de los enfrentamientos políticos en la últimas décadas y que se ha configurado en el diseño institucional”.<sup>14</sup>

ECHEVERRÍA hace un análisis político de las razones por las que Correa usó la convocatoria e instalación de una Asamblea Constituyente con el objetivo de expedir una nueva Constitución. Los procedimientos establecidos por la Constitución de 1998 se convirtieron en un obstáculo político para llevar a cabo las ‘transformación institucional del Estado’ de manera inmediata, tal como Correa proponía. De esta manera, la Asamblea Constituyente se convirtió en el arma más potente del Gobierno para introducir el proyecto político de Correa.

ECHEVERRÍA dice que:

[...] “La línea antipolítica de rechazo a la representación encuentra en la postura refundacional y en el concepto plenipotenciario, su mejor carta de presentación; aparece como la mejor pieza de la estrategia electoral con la cual Correa accede al poder. Logrado el objetivo electoral, el segundo paso consistió en armar la estrategia de integración de la Asamblea plenipotenciaria; ahora se trataba de convocarla mediante el mecanismo de la consulta popular, para lo cual no se dudó en

---

<sup>14</sup> J. ECHEVERRÍA, “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en *Plenos poderes y transformación constitucional*, Abya Yala, Quito, 2008, pp. 33

desatender cualquier procedimiento normado por la constitución vigente; se trató del momento más alto de des-institucionalización, de desconocimiento de los procedimientos normados por la constitución vigente para conducir la reforma política. Amparados en el apoyo electoral, se procedió a sustituir a los diputados de oposición por sus alternos afines a la postura gubernamental, a controlar el Tribunal Supremo Electoral y el Tribunal Constitucional. El tercer momento tiene que ver con la implementación de la estrategia refundacional; la consulta popular mayoritariamente aprueba la integración de la asamblea plenipotenciaria con un Estatuto de ambigua formulación, que posibilita iniciar la tarea de la re-institucionalización mediante la promulgación de leyes y mandatos, tarea derivada del concepto plenipotenciario y que nunca fue autorizada por el mecanismo de la consulta popular. La Asamblea funciona como brazo legislativo del ejecutivo, la mayoría progubernamental que la integra da vía libre a toda iniciativa presidencial, la tarea de elaboración del texto constitucional queda en segundo plano y su formulación no será sino la sistematización de las transformaciones institucionales ya establecidas previamente a través de las leyes y de los mandatos aprobados”.<sup>15</sup>

El Presidente de la República Rafael Correa, mediante Decreto No. 2 del 15 de enero de 2007, convocó a una Consulta Popular para la instalación de una Asamblea Constituyente fundándose en el artículo 104 numeral 2 de la Constitución de 1998, y conforme a este Decreto, el Tribunal Supremo Electoral mediante Resolución No. PLE-TSE-2-1-3-2007 convocó

“para que las ciudadanas y ciudadanos ecuatorianos con derecho a voto, domiciliados en el país, se pronuncien afirmativa o negativamente sobre la siguiente pregunta:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?”

## I.1 Naturaleza del Poder Constituyente

En términos generales, el poder constituyente es la facultad con la que se dota a un organismo para fundar una nación nueva mientras que el poder

---

<sup>15</sup> J. ECHEVERRÍA, *Plenos poderes y democracia constitucional: El caso ecuatoriano*, Foro Latinoamericano sobre la Gobernanza, consultado el 6 de octubre de 2009, disponible en <http://www.institut-gouvernance.org/flag/spip.php?article21>

constituido es aquel que nace de lo ya establecido por el constituyente. Por tanto, el poder constituido no puede fundamentar su origen casi en el ámbito de lo divino, sino que naturalmente su origen proviene de lo que previamente creó el constituyente. A esto se debe sumar que el poder constituyente establece una serie de límites bajo los cuales el constituido podrá actuar. El poder constituyente es el que le da forma al constituido; el constituido, al no reconocer al constituyente, pretenderá fundamentar su origen en la fundación de una nación y un Estado nuevo, lo cual nos parece completamente erróneo.

La Constitución, los principios universales del Derecho y los derechos fundamentales sustentados en el Derecho Natural y protegidos por el Derecho Internacional, se convierten en los límites del poder constituyente y del poder constituido. Los derechos fundamentales por tanto, se convierten en filtros efectivos del poder constituyente.

Ahora, es importante aclarar que a pesar de que la Asamblea Constituyente sea elegida por el soberano, no *es* el soberano, además de que su naturaleza se deriva del poder constituido, por lo que todo acto que provenga de la misma es atribuible al Estado, y por tanto sujeto a la responsabilidad del mismo. OYARTE MARTÍNEZ sostiene lo mismo diciendo que:

“Se debe insistir en que el poder constituyente no es el poder soberano –cosa distinta es que, en un sentido originario, su titular sea el soberano–, si bien el poder constituyente no puede ejercerse por la Nación misma, porque tal cosa, entendida literalmente, resulta imposible; por ello, ha de ejercerse por medio de representantes, pero que estos representantes, como forman un poder especial, superior y diferente a los poderes constituidos ordinarios, son unos representantes extraordinarios, los cuales están vinculados por un compromiso, [...] la comunidad no se despoja del derecho de imponer su voluntad, [...] de manera que los delegados o representantes carecen de la plenitud de poderes, y por ello no pueden dedicarse a funciones que corresponden a los poderes ordinarios”.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> R. OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Fundación Andrade y Asociados, Quito, 2007. pp. 164

### I.1.1 Poder Constituyente Originario

“El acto de creación de la Constitución es la máxima expresión de legalidad del Estado moderno y contemporáneo. La Constitución aparece como un esfuerzo para transformar la realidad política y social en una realidad jurídica”.<sup>17</sup>

Desde el punto de vista histórico de la creación de una Constitución, se registran dos momentos: primero, el acto fundacional del Estado que se da a través de un poder constituyente originario, y segundo, el poder constituyente derivado, un poder cuya causa es la necesidad de ajustar el Estado a las nuevas exigencias políticas, económicas y sociales.

El poder constituyente originario es generalmente, el resultado de una nueva realidad estatal, luego un proceso revolucionario o de un cambio profundo en las naciones. Generalmente en este acto constitutivo, el constituyente originario define los procesos para la reforma de la Constitución. El mejor ejemplo de poder constituyente originario es el conformado en 1830, cuando por primera vez, la Real Audiencia de Quito, un territorio bajo dominio de otro Estado, fundándose en el principio de autodeterminación de los pueblos, decidió redactar su primera Constitución donde se establecerían las bases institucionales e ideológicas de un nuevo Estado, libre e independiente; la República del Ecuador.

Por tanto, nos repugna cualquier teoría que pretenda considerar a la Asamblea Constituyente del 2008, como una con poder constituyente originario con carácter fundacional de un Estado cuando la realidad es que éste ya se fundó y venía organizado por casi 180 años.

---

<sup>17</sup> C. VELÁSQUEZ TURBAY, *Derecho Constitucional*, 3ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, pp. 43



### **I.1.2 Poder Constituyente Derivado**

A diferencia del originario, en el momento de reforma al que se hacía alusión en el punto anterior, se origina el poder constituyente derivado, que generalmente la misma Constitución lo atribuye a los órganos existentes de representación nacional como los congresos y parlamentos; aunque también ha sido situado por algunas constituciones directamente en el pueblo a través del plebiscito o referendo.

El poder constituyente derivado tiene un alcance parcial ya que no tiene facultad para transformar los principios que inspiran la Constitución, ni tampoco puede desconocer el marco que lo autoriza y lo contiene.

La expresión del poder constituyente derivado se hace a través del poder de revisión. Este poder proviene de la necesidad que tiene la Constitución de adaptarse a las nuevas realidades del país, y por tanto se establecen mecanismos de reforma de la Constitución, que generalmente están facultados para hacerlos, los organismos de representación nacional. De esta manera se contempla dos tipos de constituciones, las rígidas y las flexibles. Las rígidas se refieren a las constituciones que para su propia reforma, establecen procesos con una gran cantidad de pasos que evitan las reformas demasiado frecuentes, justamente para mantener su supremacía por el sobre el resto del ordenamiento jurídico.

En el caso del Ecuador, la Constitución de 1998 no contemplaba ninguna forma de ‘poder constituyente’, sin embargo, existían mecanismos de reforma de la Constitución, que para muchos, generaban un ‘candado constitucional’. Por esta razón, el Presidente Correa interpretó arbitrariamente, que el artículo 104 numeral 2 de la Constitución de 1998, le otorgaba la facultad de convocar a una Consulta Popular de importancia trascendental, calificativo puramente discrecional y subjetivo, que se traducía en la convocatoria para instalar una Asamblea Constituyente que elabore una nueva Constitución.

El Gobierno de Rafael Correa y sus colaboradores consideraban que la Constitución ecuatoriana de 1998 era una Constitución rígida, dotada de un candado constitucional que establecía mecanismos de

reforma demasiado rigurosos que no permitían una correcta adaptabilidad de la misma a la realidad social. Por tanto, a través del Decreto Ejecutivo No. 2 el Presidente Correa violó los procedimientos de reforma de la Constitución contemplados en la misma, y a través de una incorrecta interpretación de los artículos 171 numeral 6, 104 numeral 2, de la Constitución de 1998, así como del mandato popular de su elección del día 26 de noviembre de 2006, convocó a la instalación de una Asamblea Constituyente violando el marco constitucional a través del cual fue elegido.

La Asamblea Constituyente que redactó la Constitución de 2008 y el resto de Mandatos Constituyentes definitivamente es un poder constituido con el carácter de derivado. Este argumento se sustenta en que antes de la conformación de dicha Asamblea, existía previamente un territorio delimitado, una población ecuatoriana, un orden constitucional y un sistema de administración de justicia que regía sobre ambos, por tanto, es imposible y absurdo pensar que una Asamblea que está rodeada de ciertas realidades, se le pueda considerar dotada de un poder constituyente originario. Además, volviendo a la redacción literal del Decreto No. 2, se convoca para hacer una ‘transformación institucional del Estado’, no para fundar una nación y crear desde cero las bases jurídicas que sustenten a un nuevo Estado ecuatoriano.

### **I.1.3 Fundamentos Jurídicos**

El Decreto Ejecutivo No. 2, dado el 15 de enero de 2007, establece:

Artículo 1.- Convocar a Consulta Popular para el día domingo 18 de marzo de 2007, para el que el pueblo se pronuncie afirmativa o negativamente sobre la siguiente pregunta:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

[...]

Artículo 3.- Disponer que el Tribunal Supremo Electoral organice, dirija, vigile y garantice la Consulta Popular.

## II. Las atribuciones de la Asamblea Constituyente

### II.1 Los “plenos poderes” de la Asamblea Constituyente

Una vez convocada la Consulta Popular mediante el Decreto No. 2 y aprobada la pregunta por la mayoría de los votantes el 15 de abril 2007, la Asamblea Constituyente, el 29 de noviembre de 2007, expidió el Mandato Constituyente No. 1 el cual establece lo siguiente en su artículo primero:

Art. 1.- Del Poder Constituyente.- La Asamblea Constituyente por mandato popular del 15 de abril de 2007, asume y ejerce SUS PLENOS PODERES.

HERNÁNDEZ, ex asambleísta del movimiento de Gobierno, dice que la bancada gobiernista representada en la Asamblea, que ocupaba aproximadamente el ochenta por ciento de los escaños, debía aprovechar de los ‘plenos poderes’ de la misma para implementar su proyecto político.

“No se trata sólo de tener contenidos, de hacer buenas propuestas, porque nos puede pasar que se trabajan las mejoras propuestas, pero si no se logra la mayoría en la Asamblea Constituyente, en vez de ser un paso importante en el esquema jurídico-institucional del país, puede ser un retroceso y una afirmación de las fuerzas conservadoras y retrógradas que han sido responsables de la crisis que vive el país”.<sup>18</sup>

El término de ‘plenos poderes’ generó una gran dificultad en delimitar el alcance y la extensión de las facultades que tenía la Asamblea Constituyente. El constitucionalismo moderno se sustenta sobre una concepción radical de control del poder político desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales de la persona, la cual aparece como una premisa ‘no negociable’; con esta premisa, el constitucionalismo moderno subordina o condiciona al proceso político. Por tanto, la auto-

---

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ, VIRGILIO, “Por qué y para qué una Asamblea con plenos poderes”, intervención en *Memoria de la mesa redonda Asamblea de plenos poderes, ¿para qué?*, 7 de marzo de 2007, EcoCiencia, consultado el 6 de octubre de 2009, disponible en [http://www.femm.org/biodiversidad/MEMORIA\\_DE\\_LA\\_MESA\\_REDONDA\\_Asamblea\\_Constituyente.pdf](http://www.femm.org/biodiversidad/MEMORIA_DE_LA_MESA_REDONDA_Asamblea_Constituyente.pdf)

atribución de ‘plenos poderes’ que hace el constituyente, no puede desconocer los pilares del constitucionalismo moderno, que establecen a los derechos fundamentales como uno de los límites implícitos del constituyente. Sin embargo, a pesar de esta teoría, el constituyente no acató estos principios al elaborar y promulgar el artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1.

Sin embargo, los ‘plenos poderes’ que se atribuyó la Asamblea Constituyente, no son poderes ilimitados. Al contrario; estos ‘plenos poderes’ tenían límites que se encuentran establecidos primero, por los derechos inherentes al ser humano y que por su simple condición de tal, se consideran como normas de obligatorio cumplimiento para todos los Estados; segundo, por la Constitución de 1998, norma suprema que seguía vigente mientras no se haya aprobado la nueva Constitución; y tercero, por todas las normas de Derecho Internacional que fueron aprobadas y promulgadas por el Ecuador a través de tratados bilaterales o multilaterales con otros Estados y/o organismos internacionales que se encontraban vigentes mientras la Asamblea Constituyente se encontraba en funciones.

Además es imperativo recalcar que los ‘plenos poderes’ de los cuales estaba dotada la Asamblea para “que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución” solamente tienen una interpretación; ésta es, que sus funciones eran única y exclusivamente la de redactar y expedir una nueva Constitución, nunca la de legislar. Es por esto que la Asamblea Constituyente de 2008 se extralimitó en sus funciones para las cuales fue elegida.

## **II.2 La asunción de la Función Legislativa**

En el artículo 7 del Mandato Constituyente No. 1, la Asamblea Constituyente determinó que:

Art. 7.- De la Función Legislativa.- La Asamblea Constituyente asume las atribuciones y deberes de la Función Legislativa. En consecuencia declara en receso a los diputados y diputadas principales y suplentes elegidos el 15 de octubre de 2006. Este

receso se inicia el día 29 de Noviembre de 2007, hasta cuando se realice la proclamación oficial de los resultados del referéndum aprobatorio. [...]

Primero, para entender esta asunción de funciones, es importante determinar cómo está conformado el Estado.

El artículo 118 de la Constitución de 1998 establecía que:

Art. 118.- Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
  2. Los organismos electorales.
  3. Los organismos de control y regulación.
  4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
  5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
  6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- Estos organismos y entidades integran el sector público.

A través de este artículo, la Constitución establecía cuáles son los órganos que conforman el aparato institucional del Estado, cuáles de estos actúan a nombre del Estado y por tanto, podrían generar para el Estado la responsabilidad ante un Tribunal. En el Derecho Internacional, es importante establecer que para efectos de atribución de responsabilidad es indiferente de cuál órgano del Estado proviene el acto, ya que según la teoría de la unidad del Estado, cualquier acto que provenga de cualquier órgano del Estado es atribuible a éste.

Dentro de las funciones en que se distribuye el poder del Estado, se encuentra la Función Legislativa; poder público que conforme disponía los artículos 126 y 130 de la Constitución, tenía como función la de legislar al estar representada por el Congreso Nacional.

Art. 126.- La Función Legislativa será ejercida por el Congreso Nacional, con sede en Quito. Excepcionalmente podrá reunirse en cualquier parte del territorio nacional. Estará integrado por diputados que serán elegidos por cada provincia en número de dos, y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que pase de ciento cincuenta mil. El número de habitantes que servirá

de base para la elección será el establecido por el último censo nacional de población, que deberá realizarse cada diez años.

Art. 130.- El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

4. Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatorio.

5. Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. [...]

A raíz de estas atribuciones constitucionales que tiene el poder legislativo, es obligación del legislador respetar y hacer respetar la Constitución y los tratados internacionales y de no hacerlo la norma emitida será inconstitucional, una vez declarada como tal por el Tribunal Constitucional.

Por fuera de los casos en que la Constitución consagra la responsabilidad por la expedición de la ley, pueden ocurrir que aparezcan otros casos, que aunque tienen el elemento genérico, cause daño especial, violando con ello el principio de la igualdad frente a las cargas públicas; y con mayor razón podría darse en el caso en que cuando la ley pueda tener rasgos particulares, lo que se puede presentar excepcionalmente. Por ello se plantea que la jurisprudencia debería admitir la responsabilidad del Estado por el hecho de la leyes, al menos cuando la ley ha sido declarada inconstitucional y a la vez ha causado un daño especial.<sup>19</sup>

De esta manera, la Asamblea Constituyente desde su conformación, basándose en el artículo 1 y 7 del Mandato Constituyente No. 1, se encontraba realizando las funciones de la Función Legislativa y por tanto todos los actos que expidió responden a la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado legislador.

### II.3 Naturaleza de los Mandatos Constituyentes

Entre los varios actos expedidos por la Asamblea Constituyente se

---

<sup>19</sup> L.H. PÉREZ SINITABÉ, *Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado*, Leyer, Bogotá, 2002, pp. 46

encuentran los Mandatos Constituyentes. Como vimos en el punto anterior, estos Mandatos son expedidos a raíz de que la Asamblea Constituyente asumió la Función Legislativa; por tanto, son actos de carácter legislativo por el órgano del cual provienen y por su contenido. Estos Mandatos tienen el carácter de ser actos autoaplicativos; un acto autoaplicativo es aquél que no necesita de otro acto de aplicación por parte de la Administración para que cumplan sus efectos directos sobre el particular; que produce afectación por su sola entrada en vigor, es decir, sin necesidad de otro acto específico de aplicación.

#### **II.4 El artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1**

Art. 2.- De las Atribuciones de la Asamblea Constituyente.- La Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones.

Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente. De igual manera, serán sancionados los funcionarios públicos que incurran o promuevan, por acción u omisión, el desacato o desconocimiento de las disposiciones de la Asamblea Constituyente.

A partir del análisis del Decreto Ejecutivo No. 2 y del artículo 1 del Mandato Constituyente No. 1, los plenos poderes de la Asamblea se circunscriben a la transformación institucional del Estado y a la expedición de una nueva Carta Política; que conlleva la condición *sine qua non*, de la ineludible exigencia que para que aquella transformación y aquella

Constitución entren en vigencia, tienen que encontrar su aprobación en el referéndum.

Sin embargo, esto no ocurre con todos los mandatos expedidos por la Asamblea. Por tanto, de la sola lectura de la primera línea del inciso segundo (“Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico”), nos lleva a suponer que el constituyente pretendía que los Mandatos expedidos, tengan un rango normativo superior que cualquier norma, inclusive a la misma Constitución de 1998 ya que no serían fiscalizados en un referéndum y tampoco podrán ser controlados o impugnados ante ningún órgano del poder constituido como lo establece el segundo inciso.

Este artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1 es el tema central de esta investigación. El inciso segundo del artículo mencionado, establece que “ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos”. Por tanto, por la sola expedición de dicho texto, su promulgación automáticamente genera una violación directa al derecho a la tutela judicial efectiva la cual se analizará en el siguiente capítulo, sin embargo, podemos adelantar, que los estándares constitucionales y del derecho internacional, como el de la tutela judicial efectiva, generan para los Estados obligaciones de resultado, a pesar de que exista un período de transición constitucional, no es justificación para el Estado el alegar la coyuntura política y la necesidad de un cambio, para negar su responsabilidad.



# **CAPÍTULO III**

## **LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR EL ARTÍCULO 2 DEL MANDATO CONSTITUYENTE No. 1**

### **I. El derecho a la tutela judicial efectiva**

#### **I.1 Concepto**

El Tribunal Constitucional español lo define como:

“un derecho reaccional e instrumental, el medio que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas para defender sus bienes y derechos”.<sup>20</sup> “Mirado desde otras perspectiva, es un derecho prestacional de configuración legal, puesto que exige de los poderes públicos la dotación a la Administración de Justicia de medios materiales y personales suficientes para que la tutela judicial pueda hacerse efectiva, y les

---

<sup>20</sup> STC 50/1985, de 29 de marzo.

exige igualmente la regulación, mediante ley, de los distintos tipos de procesos”.<sup>21</sup>

La tutela judicial es el ejercicio de los demás derechos constitucionales, en la que concurren el legislador, el juez y el ciudadano. El primer derecho que se incluye dentro de la tutela judicial efectiva es el de acceso a la jurisdicción que se traduce en la posibilidad de ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional a fin de llegar a una decisión sobre las pretensiones formuladas.

Este derecho a la jurisdicción lo tiene la persona que, en debida forma, se considera víctima de una violación de los derechos reconocidos en la Constitución. Este derecho sería ineficiente si no incorpora el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho.

“Tanto el legislador como el juez deben favorecer el acceso a la jurisdicción. Este es el principio favorable a la acción o principio *pro actione*, mucho más acentuado en el derecho de acceso a la jurisdicción que en el de acceso a los recursos, pues el primero pertenece al núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, mientras que el segundo es corolario del mismo incorporado por las leyes de enjuiciamiento”.<sup>22</sup>

Siguiendo la misma línea, BENALCÁZAR GUERRÓN nos aclara que :

“el derecho a la tutela judicial efectiva puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. Se lo concibe como un derecho de prestación, por cuanto a través de él se pueden obtener del Estado beneficios, bien porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, bien porque exige que el Estado «[...] cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada», de modo que serán de responsabilidad de aquél los defectos y anormalidades en las prestaciones que se le exigen”.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> SSTC 99/1985, de 30 de septiembre; 4/1988, de 22 de enero; 190/1991 de 14 de octubre, y 191/1996, de 12 de noviembre, entre otras.

<sup>22</sup> SSTC 93, 110 y 138/1995 de 7 de febrero, 4 de julio y 25 de septiembre.

<sup>23</sup> J.C. BENALCÁZAR GUERRÓN, “El derecho a la tutela judicial efectiva” en Revista Judicial de DerechoEcuador.com disponible en

Por tanto, podemos decir que la tutela es una expresión del Estado de Derecho. Algunos dicen que es un simple mecanismo de control que convierte a los jueces en policías de la Constitución. Otros dicen que es el acercamiento de la Constitución a lo cotidiano. En realidad es la aplicación de la justicia como método de control de las arbitrariedades de una sociedad intolerante. El derecho de tutela es el –poder de los sin poder-.<sup>24</sup>

Es importante aclarar que dentro del principio de tutela judicial, se encuentra envuelto el derecho a la defensa. En su significado originario, defensa es oponerse al peligro de un daño o, más gráficamente, el rechazo a una agresión. Se ha dicho que desde una perspectiva sociológica, la defensa es un impulso vital que tiende a procurar la permanencia de lo que está creado, frente a las acciones contrarias que pretenden destruirlo. La idea de defensa es una exigencia insuperable y connatural de reacción en el hombre, que implica una actitud o disposición de rechazo a la actuación de otro que pretende obtener algo, que se denomina ofensa, la que pasa a constituirse en su antecedente lógicamente necesario. Vale decir, sin una previa ofensa, no se concibe una defensa. La defensa, en consecuencia, aparece en sus orígenes íntimamente ligada a la posibilidad de acción, de actuación en pos de la tutela de un interés propio, que el sujeto considera digno de protección, pero con la esencial característica de que no se trata de una acción espontánea, sino motivada por la actuación previa de otro, que ha tomado la iniciativa, es decir, que se ha comportado como agresor, que ha cometido una ofensa, que puede ser real o temida, y que, como hemos dicho, es siempre la que motiva y justifica la defensa.<sup>25</sup> Además, el derecho a la defensa puede darnos dentro de juicio, la posibilidad de proceder en el trámite del proceso.

---

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.236.htm>, consultado el 18 de septiembre de 2008.

<sup>24</sup> O.J. DUEÑAS RUIZ, *Acción y Procedimiento en la Tutela*, t. I, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1998, pp. 21

<sup>25</sup> A. CAROCCA PÉREZ, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Ediciones Jurídicas Olejnik y José María Bosch. Barcelona, 1998, pp. 13-14

La tutela judicial efectiva también se traduce en un principio y derecho recogido en las Constituciones modernas, así como en el derecho internacional, que se otorga a los ciudadanos para alcanzar la interdicción de la arbitrariedad, el cual se conoce como debido proceso. El debido proceso es un derecho constitucional

“que actúa en forma universal dentro de todo el sistema jurídico y puede ser invocado por los ciudadanos que se consideran afectados por los órganos del poder. Es un derecho establecido, no a favor del Estado, sino de los sujetos que lo conforman. El debido proceso es el escudo protector de los ciudadanos y del sistema jurídico. Debe ser observado y practicado en los procesos judiciales, legislativos y administrativos para que una sentencia, una ley o una resolución tengan validez jurídica”.<sup>26</sup>

## **I.2 Naturaleza**

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de carácter subjetivo, cuya titularidad la ostenta toda persona, sea natural o jurídica. La tutela judicial efectiva nace en el Derecho Natural y se desarrolla en las constituciones así como en el derecho internacional.

## **I.3 La tutela judicial efectiva como derecho fundamental y la responsabilidad del Estado en el marco internacional de los Derechos Humanos**

La tutela judicial efectiva, al ser un derecho fundamental protegido por el Derecho Internacional, genera para los Estados responsabilidad internacional cuando éste derecho ha sido violentado. La doctrina y la jurisprudencia sobre la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos ha establecido varios principios. Uno de ellos es que toda contravención de las obligaciones internacionales de un Estado, por un hecho o un acto proveniente de alguno de sus órganos y que causen un

---

<sup>26</sup> L. CUEVA CARRIÓN, *El Debido Proceso*. (sin editorial) Quito, 2001, pp. 62

daño, genera la obligación de reparar el daño ocasionado. Otro principio es que un Estado no puede eximirse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales ni de responsabilidad internacional invocando normas de su derecho interno.

La naturaleza de la responsabilidad internacional esta determinada por dos elementos: el elemento objetivo: un hecho internacionalmente ilícito, y un elemento subjetivo: que este hecho ilícito sea imputable a un sujeto de derecho internacional.

Para DEL TORO HUERTA, la responsabilidad internacional del Estado se puede generar por varias razones. Entre esas podemos encontrar tres causales principales.

“Primero, por la adopción de disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones internacionales contraídas, o por la no adopción de aquellas necesarias a la ejecución de estas últimas; segundo, por una acción u omisión del cualquier órgano estatal que sea incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, en lo particular, por las actuaciones de funcionarios gubernamentales, aun habiendo procedido éstos dentro de los límites de sus competencias, bajo la instrucción de propio gobierno o amparados en una supuesta calidad oficial difícil de desconocer; y tercero, por una decisión judicial no recurrible contraria a las obligaciones internacionales del Estado, o la oposición, por parte de autoridades judiciales, a que el afectado promueva en justicia las acciones para su defensa o bien por los obstáculos o retardos procesales injustificados que impliquen denegación de justicia”.<sup>27</sup>

De esta manera, la responsabilidad del Estado se resuelve con la reparación, es decir, con el restablecimiento de las cosas a su estado original o por la justa indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Si bien la obligación general de respetar los derechos humanos es una obligación *erga omnes*, en materia de responsabilidad internacional para

---

<sup>27</sup> DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN, “La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/342/32.pdf> consultado el 19 de noviembre de 2008.

la protección de los derechos humanos, el único sujeto responsable es el Estado, mientras que los individuos se constituyen en sujetos pasivos o titulares del derecho de reparación como consecuencia de la responsabilidad internacional.

El mismo autor nos aclara que existen dos tipos de obligaciones internacionales para el Estado. Unas obligaciones primarias y unas obligaciones secundarias. De esta manera, se configuran perfectamente la calidad de obligaciones *erga omnes* relativas a la protección de los derechos humanos.

La relaciones jurídicas de responsabilidad, también llamadas “obligaciones secundarias”, sobrevienen a la violación o incumplimiento por los Estados de las obligaciones primarias y están sujetas a los principios generales de responsabilidad del Estado por hecho ilícito. En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad internacional deriva del incumplimiento de una obligación primaria, esto es, de la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de los Estados; por ello es que las obligaciones relativas a la responsabilidad internacional son obligaciones secundarias o de reparación. Las obligaciones primarias son obligaciones objetivas, en tanto ‘tienen como propósito la conformación de un orden público internacional que responde a la protección de los derechos del individuo’. De esta forma, la noción de las obligaciones *erga omnes* en relación con los derechos humanos se traduce en que el incumplimiento de una obligación internacional atinente a cualquiera de los derechos protegidos ‘acarrea *per se ipso facto* la configuración o el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado, más allá de la existencia de un daño (material o moral)’. Esta tesis es la que el actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio A. Cançado Trindade identifica como de responsabilidad objetiva o absoluta, que enfatiza el elemento de la diligencia debida por parte del Estado, del control que debe éste ejercer sobre todos sus órganos y agentes para evitar que, por acción u omisión, se violen los derechos humanos consagrados. No hay por qué tener en cuenta el elemento del “daño” o de la “culpa” para determinar la configuración de un acto u omisión internacionalmente ilícito, pues éste *per se* es violatorio de los derechos humanos. Lo que determina la responsabilidad internacional es la *conducta objetiva*

del Estado: la debida diligencia para evitar violaciones a los derechos humanos.<sup>28</sup>

## **II. Marco jurídico del derecho a la tutela judicial efectiva**

Los estándares constitucionales y del derecho internacional, como el de la tutela judicial efectiva, generan para los Estados obligaciones de resultado, aún bajo los supuestos de transición constitucional, por tanto son jurídicamente inadmisibles las justificaciones sobre coyunturas políticas o las necesidades de un cambio, para negar su responsabilidad. Por esto, la tutela judicial efectiva se encuentra muy bien protegida a través de varios instrumentos.

### **II.1 Derecho Ecuatoriano**

#### **II.1.1 Constitución Política de 1998**

“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: [...]

26. La seguridad jurídica.

27. El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones.”

“Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: [...]

---

<sup>28</sup> DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN, “La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/342/32.pdf> consultado el 19 de noviembre de 2008.

17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

### **II.1.2 Constitución Política de 2008**

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

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas.”

“Art. 75.- 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.”

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...]

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

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. [...]



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

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

## **II.2 Derecho Internacional**

### **II.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos**

“Artículo 8

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

### **II.2.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá de 1948**

“Artículo XVIII.

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

### **II.2.3 Pacto de San José de 1969 o Convención Americana sobre Derechos Humanos**

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

“Artículo 25. Protección Judicial

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

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

### **III. La violación del derecho a la tutela judicial efectiva**

El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una garantía judicial fundamental mucho más importante de lo que uno pueda a *prima facie* suponer, y que jamás puede ser minimizada. Constituye, en última instancia, uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también como del propio Estado de Derecho en una sociedad

democrática (en el sentido de la Convención). Su correcta aplicación tiene el sentido de perfeccionar la administración de la justicia a nivel nacional, con los cambios legislativos necesarios a la consecución de este propósito.

Se podría argumentar que, para que el artículo 25 de la Convención Americana pueda tener efectos frente a actos del Poder Legislativo, por ejemplo, se requiere la incorporación de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes. Tal incorporación es indudablemente deseable y necesaria, pero, por el hecho de no haberla efectuado, un Estado Parte no estaría por eso eximido de aplicar siempre la garantía judicial estipulada en el artículo 25. Encuéntrase éste íntimamente ligado a la obligación general del artículo 1(1) de la Convención Americana, el cual, a su vez, atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. (Art. 1 (1) Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.)

Los artículos 25 y 1 (1) de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno. Los artículos 25 y 1 ( 1 ) requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con ésta del derecho interno de los Estados Partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1 (1) de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas

lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1(1) y 2 de la Convención.<sup>29</sup>

### **III.1 Responsabilidad internacional del Estado según la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Sobre el artículo 8 del Pacto de San José, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención "Garantías Judiciales", lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.

Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2.

Lo mismo ocurre al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.<sup>30</sup>

Sobre el artículo 25 del Pacto de San José, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

Como ya lo ha señalado la Corte, el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales (El hábeas corpus bajo suspensión de garantías, *supra* 16, párr. 32). Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su

---

<sup>29</sup> A. A. CANÇADO TRINDADE, Corte I.D.H., Voto Disidente del Juez en 'Caso Genie Lacayo', Resolución del 13 de septiembre de 1997, párrs. 18-21.

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia" (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No 9, párrs. 23-24.

jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. De donde se concluye, a fortiori, que el régimen de protección judicial dispuesto por el artículo 25 de la Convención es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia.

El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención

Los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente).<sup>31</sup>

### **III.2 Daño derivado de la expedición del artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1**

Como habíamos visto en el capítulo anterior, el segundo inciso del artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1 viola directamente el derecho a la tutela judicial efectiva al establecer que “[...] ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos”; así, se está prohibiendo el ejercicio efectivo de dicho derecho, así como en sus diversos contenidos (acceso a la justicia y debido proceso). Los Mandatos son actos que tienen efectos de carácter general y de obligatorio cumplimiento, por tanto, la violación se produce al afectar una expectativa e interés que se encontraba en la esfera no-patrimonial de sus derechos con el simple hecho de su promulgación y entrada en vigencia en el ordenamiento jurídico. El sujeto pasivo del daño se puede configurar en dos maneras: según la tesis amplia, la colectividad en general por el simple hecho de privársele el ejercicio de un derecho

---

<sup>31</sup> Ibid.

fundamental; y según la tesis restringida, los particulares afectados directamente en los cuales se individualiza y se concreta el daño, en tanto en cuanto, cuando uno de éstos pretenda demandar la inconstitucionalidad de cualquier acto expedido por la Asamblea Constituyente, se le niegue el recurso por la prohibición encontrada en la norma mencionada. Esto responde a la teoría establecida por la Doctrina en materia de Derechos Humanos, sobre el daño abstracto y el daño concreto.

El efecto de negar el derecho de impugnar de este Mandato, es de dejar desprotegidos a los ciudadanos, así como la de subordinar la propia defensa de las garantías constitucionales y de Derecho Internacional.

En la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 Serie A No. 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte pronunció que:

[...] “debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (*ver el art. 29.a de la Convención: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención. [...]

En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda

utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.<sup>32</sup>

Siguiendo la línea de la Corte, podemos deducir que no es justificación para el Estado, el alegar una situación extraordinaria como la de instalación de una Asamblea Constituyente y que por la inusual coyuntura política, el Estado pueda transgredir los derechos y garantías protegidas por la Convención y demás instrumentas internacionales.

El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma. Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales.<sup>33</sup>

Además, este artículo perturba los pilares mas profundos de la democracia y del Estado de Derecho al impedir el control de los actos que provienen de la Administración Pública. Por tanto, se elimina la posibilidad de discutir en una instancia judicial, los actos expedidos por la Asamblea Constituyente.

En el capítulo anterior, concluimos que la naturaleza de los Mandatos Constituyentes son actos de carácter legislativos y autoaplicativos. Como ejemplo, en el caso Ruiz Mateos contra España<sup>34</sup>, España fue condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la falta de garantías que éstas leyes autoaplicativas generan para el ciudadano. En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que el derecho a un proceso contradictorio implica, por una

---

<sup>32</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 Serie A No. 6 sobre la expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

<sup>33</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia” (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Ser. A No. 9, párrs. 29-30*.

<sup>34</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia de 23-VI-1993*

parte, la facultad de conocer y poder discutir las observaciones procedentes de la otra parte.

Aplicando análogamente el argumento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al caso que nos concierne, en un acto que proviene de cualquier órgano del Estado que tiene el carácter de autoaplicativo, como son los Mandatos Constituyente, y en el cuál deja en indefensión al ciudadano por no brindar las protecciones, garantías y herramientas necesarias para que exista un proceso contradictorio y equitativo para poder impugnar el acto, automáticamente se genera un daño para con el particular, por lo que el Estado tiene la obligación de repararlo.

De esta manera, la Doctrina ha establecido que la tutela judicial efectiva (o cualquier otro derecho humano) se convierte para el Estado en una obligación de resultado, porque el Estado debe brindar todas las herramientas necesarias para que los derechos de los ciudadanos puedan ser exigibles ante un Tribunal, y si éstas herramientas no logran producir el efecto pretendido, entonces es obligación del Estado indemnizar al particular por esa negligencia en garantizar el efectivo goce de derechos y garantías. Por tanto, mucho más grave es el hecho que el Estado ‘concientemente’ niegue la tutela judicial efectiva a través de un acto legislativo, que en el hipotético caso de que ha sido negligente en garantizar su efectivo goce.

### **III.3 Cuantificación del daño**

Ahora, una de las tareas más difíciles que tiene el juez, es la forma en que el daño debe ser cuantificado y traducido a una cantidad monetaria. En síntesis, es la reparación material la que pretende cubrir la brecha entre la situación anterior a que ocurra el hecho y la realidad del sujeto que ha sufrido un menoscabo. Esta brecha es la que el juez debe ponderar para poder armonizar los parámetros con las situaciones de hecho en base a las pruebas presentadas y alegadas en el proceso.



Existe una frase usual en el Derecho de Daños: “lo que no está en el expediente, no está en el mundo”. Con ella se quiere decir que respecto de la cuantificación del daño, que aún cuando la víctima realmente haya sufrido un daño, aun cuando el perjuicio sea cierto, si en el expediente no existe elementos probatorios de dicho hecho, no podrá el juzgador fallar favorablemente. Sin embargo en el caso de nuestra investigación nos resultaría fácil el tema probatorio; bastaría con la constatación del Registro Oficial donde fue publicado dicho Mandato.

La remisión de la causa dentro de este proceso de cuantificación es esencial para poder hacer una correcta apreciación del monto a resarcirse sin que se deje al arbitrio del juez y por tanto el mismo hecho del juzgador provoque un daño a la persona que ocasionó el daño.

## **CONCLUSIONES**

Históricamente se sostenía que las actuaciones del soberano no acarreaban responsabilidad, sin embargo a raíz de la introducción de la idea de Estado de Derecho, como fundamento del orden constitucional, se ha desarrollado el principio de responsabilidad del Estado fundado directamente en los principios de legalidad y el de tutela judicial efectiva de los derechos. Indudablemente es el Estado de Derecho el que protege a los ciudadanos de la arbitrariedad del poder, introduciendo a través de los textos constitucionales garantías que funcionen como mecanismos para controlar e impugnar todos aquellos actos o hechos administrativos o leyes que pretendan vulnerar derechos.

De esta manera la responsabilidad civil del Derecho Romano, el que estableció que cualquier persona que ha ocasionado un daño a otra, debe

responder por el mismo, es la gran herencia romana que sostiene la institución de la responsabilidad. La correcta diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual como entre responsabilidad objetiva y subjetiva respectivamente, son conceptos claves del Derecho Civil que nos ayudan a comprender de mejor manera la correcta interpretación del instituto de la responsabilidad y cómo un determinado hecho le puede ser plenamente imputable al Estado. Por tanto, los elementos de la responsabilidad del Estado están fundados en la teoría de la responsabilidad del Derecho Civil pero comprende varias características propias, según las reglas del Derecho Público. La doctrina y jurisprudencia del Derecho Constitucional y Administrativo han sido las encargadas de aplicar los principios de responsabilidad a las actuaciones de la Administración Pública, y el Derecho Internacional también ha desarrollado importantes teorías sobre la responsabilidad del Estado como sujeto de derecho internacional.

Además, bajo la protección de los principios universales del Derecho, así como los principios constitucionales, el ciudadano jamás se encontrará indefenso ante el Estado.

En el capítulo primero establecimos que el Estado es responsable por los actos provenientes de cualquiera de sus órganos de poder público. En el capítulo segundo, establecimos que la convocatoria del Presidente Correa a una Consulta Popular para que apruebe la instalación de una Asamblea Constituyente de ‘plenos poderes’, fundándose en la Constitución de 1998 para convocarla, le da el carácter de una Asamblea Constituyente con poder derivado. Los ‘plenos poderes’ tenían límites implícitos en los Derechos inherentes al ser humano, en la Constitución de 1998; y por último, todos los tratados bilaterales y multilaterales internacionales suscritos por el Ecuador que se encontraban vigentes mientras la Asamblea Constituyente se encontraba en funciones, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Establecimos también, que la Asamblea se extralimitó en sus funciones y a raíz de esto es que el constituyente decide expedir los Mandatos Constituyente.

En el capítulo tercero establecimos que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, que se encontraba protegido por la Constitución de 1998, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la Convención Americana

sobre Derechos Humanos entre otros. Concluimos en seguida que el artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1, que prohíbe que cualquier decisión proveniente de la Asamblea Constituyente sea susceptible al control o impugnación por parte de cualquiera de los poderes constituidos, viola el derecho a la tutela judicial efectiva. Luego de analizar la responsabilidad del Estado en el marco internacional de los Derechos Humanos, concluimos que la tutela judicial efectiva es una obligación de resultado de los Estados y que toda contravención de las obligaciones nacionales e internacionales de un Estado, por un hecho o un acto proveniente de alguno de sus órganos generan a su vez, la obligación de reparar el daño ocasionado.

Sobre la cuantificación del daño ocasionado, determinamos que es una de las funciones principales del juez, hacer una valoración de las pruebas presentadas, determinar las normas que han sido violadas por el acto y su correspondiente cuantificación. Por tanto, determinamos que éste es un tema de casuística y que su valoración tendrá que ser analizada caso por caso.

La violación de la tutela judicial efectiva por el artículo 2 del Mandato No. 1 genera un daño en tanto en cuanto ese daño se particularice en una persona; en virtud del reclamo o recurso que una persona presente ante un órgano judicial, y éste se negare a activar el aparato jurisdiccional por la prohibición expresa de la norma mencionada. Por tanto, se configura perfectamente la hipótesis de responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano derivada de la expedición del Mandato Constituyente No. 1 que viola el derecho a la tutela judicial efectiva.

## BIBLIOGRAFÍA

A. A. CANÇADO TRINDADE, Corte I.D.H., Voto Disidente del Juez en ‘Caso Genie Lacayo’, Resolución del 13 de septiembre de 1997, párrs. 18-21.

A. CAROCCA PÉREZ, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Ediciones Jurídicas Olejnik y José María Bosch. Barcelona, 1998, pp. 13-14

C. VELÁSQUEZ TURBAY, *Derecho Constitucional*, 3ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, pp. 43

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia” (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No 9, párrs. 23-24.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia” (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Ser. A No. 9, párrs. 29-30.*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 Serie A No. 6 sobre la expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

CRAWFORD, JAMES. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*. Dykinson S.L. Madrid, 2004, pp. 115, 119, 132, 165.

DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN, “La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/342/32.pdf> consultado el 19 de noviembre de 2008.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *Revista de Administración Pública del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia de España*, No. 159, Diciembre 2002, p. 176

E. LÓPEZ FREIRE, “La responsabilidad objetiva en la Constitución Política del Ecuador”, *Temas de Derecho Constitucional*, Ediciones Legales, Quito, 2003, pp. 369-381

F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel Diritto Penale*, UTEH, Torino, 1960, pp. 79-104, citado por... J. MOSSET ITURRASPE, “La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Extracontractual”, *Revista de Derecho de Daños 2003-2: Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 59-82

HERNÁNDEZ, VIRGILIO, “Por qué y para qué una Asamblea con plenos poderes”, intervención en *Memoria de la mesa redonda Asamblea de plenos poderes, ¿para qué?*, 7 de marzo de 2007, EcoCiencia, consultado el 6 de octubre de 2009, disponible en [http://www.femm.org/biodiversidad/MEMORIA\\_DE\\_LA\\_MESA\\_REDONDA\\_Asamblea\\_Constituyente.pdf](http://www.femm.org/biodiversidad/MEMORIA_DE_LA_MESA_REDONDA_Asamblea_Constituyente.pdf)

I, SANZ RUBIALES. “El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia de España*, No. 7, Junio 2000. pp. 92

J. C. RIVERA, “Cuantificación legal y judicial”, *Revista de Derecho de Daños 2001-1: Cuantificación del daño*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 15-25

J. ECHEVERRÍA, “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en *Plenos poderes y transformación constitucional*, Abya Yala, Quito, 2008, pp. 33

J. ECHEVERRÍA, *Plenos poderes y democracia constitucional: El caso ecuatoriano*, Foro Latinoamericano sobre la Gobernanza, consultado el 6 de octubre de 2009, disponible en <http://www.institut-gouvernance.org/flag/spip.php?article21>

J. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I, Legis, Bogotá, 2008, pp. 20

J.C. BENALCÁZAR GUERRÓN, “El derecho a la tutela judicial efectiva” en *Revista Judicial de DerechoEcuador.com* disponible en <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.236.htm>, consultado el 18 de septiembre de 2008."

J.E. GANDOLLA, “La ardua tarea jurisdiccional de cuantificar los daños”, *Revista de Derecho de Daños 2004-3: Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, pp. 215

J.M. FÉRNANDEZ MARTÍNEZ, (COORDINADOR), “Responsabilidad de los poderes públicos”, *Diccionario Jurídico*, Aranzadi. Navarra, 2002.

L. CUEVA CARRIÓN, *El Debido Proceso*. (sin editorial) Quito, 2001, pp. 62

L.H. PÉREZ SINTABÉ, *Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado*, Leyer, Bogotá, 2002, pp. 46

O.J. DUEÑAS RUIZ, *Acción y Procedimiento en la Tutela*, t. I, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1998, pp. 21

R. OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Fundación Andrade y Asociados, Quito, 2007. pp. 164

R. SAAVEDRA BECERRA, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Gustavo Ibañez. Bogotá, 2003.

R.N. REY, Y A.J. RINESSI, “La cuantificación del daño, sus implicancias”, *Revista de Derecho de Daños 2003-2: Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 27-74

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA 50/1985, de 29 de marzo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA 93, 110 y 138/1995 de 7 de febrero, 4 de julio y 25 de septiembre.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA 99/1985, de 30 de septiembre; 4/1988, de 22 de enero; 190/1991 de 14 de octubre, y 191/1996, de 12 de noviembre, entre otras.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS *de 23-VI-1993*