

ADMINISTRACIÓN Y CIUDADANOS

CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO (I)

Ab. Esteban Torres Cobo

1. Antecedentes. El Código Orgánico Administrativo (COA) se publicó en el R.O. 31 S2 de 7 de julio de 2017. Sistematiza, en un solo cuerpo legal, las normas que regulan las relaciones entre los administrados y la administración pública central, con lo cual queda en el pasado la etapa en la que había diferentes cuerpos normativos por cada entidad pública. Aporta a la construcción de la seguridad jurídica. En todo caso no deroga expresamente al Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva ni a las normas sobre procedimientos administrativos establecidas en el COOTAD, aunque en las disposiciones derogatorias primera y novena deroga, en forma general, todas las disposiciones relativas a procedimientos y las que se opongan. A pesar de algunas regresiones de derechos (responsabilidad extracontractual del Estado), el COA incorpora avances del derecho administrativo comparado.

2. Ámbito. Sin excepciones, el Art. 2 dispone que el COA regule el “ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”, que se encuentran señalados en el Art 225 de la Constitución. Detalladamente se señala el ámbito material de aplicación del COA (Art. 42) que va desde los procedimientos administrativos hasta la ejecución coactiva. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación se generaliza a los órganos y entidades del sector público, con la sola salvedad para las empresas públicas en cuanto a las normas especiales que las rigen (Art. 43). Por ello, inclusive los GADs no están excluidos de observar el COA. A fin de preparar a la administración para las nuevas exigencias se establece la vacatio legis de 12 meses (Disp. Final)

3. Principios. Extensa es la lista de los principios que debe observar la administración. En general, se destacan los derechos de los administrados. El de proporcionalidad (Art. 16) cuestiona las cargas o gravámenes “desmedidos”. El de juridicidad aclara que la potestad

discrecional se utilizará conforme a derecho (Art. 14). El de interdicción de la arbitrariedad les prohíbe a los funcionarios públicos hacer interpretaciones arbitrarias (Art. 18). El de confianza legítima y seguridad jurídica advierte que las actuaciones administrativas deben someterse a los criterios de certeza y previsibilidad, respetándose las expectativas administrativas que razonablemente haya generado la propia administración (Art. 22). Con los de tipicidad e irretroactividad (Arts 29 y 30) queda claro que las infracciones deben estar tipificadas en la ley (no en resoluciones ni reglamentos), que no cabe la interpretación analógica y extensiva y que las sanciones sólo tienen efecto retroactivo cuando favorecen al infractor.

4. Derechos y deberes de las personas. Se le califica de derecho fundamental al derecho a la buena administración pública, aunque no se desarrolla, con alguna precisión, lo que debe entenderse por buena administración (Art. 31). El derecho al debido procedimiento administrativo (Art. 33) es el resultado del potente desarrollo del derecho constitucional al debido proceso. Entre los deberes está el de abstenerse de conductas abusivas del derecho que aparece cuando la conducta del administrado, fundada en un derecho, causa daño a terceros o al interés general (Art. 40).

5. Personalidad jurídica estatal. Si bien al Estado se le reconoce personalidad jurídica única en sus relaciones internacionales, también se le reconoce personalidad jurídica en sus actos, contratos y demás relaciones sujetas al derecho interno a la administración pública central, las empresas públicas y otras creadas por la Constitución y la ley (Art. 46). Se precisa la representación administrativa y judicial, se llega a establecer los lineamientos generales para el funcionamiento de los cuerpos colegiados y se regula el ejercicio de las competencias con una clara mención a la figura de la delegación dentro de la administración.

6. Delegación al sector privado. Se

ratifica la idea que sólo por excepción se puede delegar al sector privado la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de servicios públicos (Art. 74). La delegación de otras actividades económicas no está sujeta a la excepcionalidad. Se aclara que la “gestión delegada por autorización administrativa es siempre precaria y en ningún caso generará derechos exclusivos para el gestor”, aunque la delegación se formalice en un contrato (Art. 76).

7. Actuaciones administrativas. En el Art. 89 se describen las siguientes actuaciones: acto administrativo (Art. 98), acto de simple administración (Art. 120), contrato administrativo (Art. 125), hecho administrativo (Art. 127) y acto normativo de carácter administrativo (Art. 128). Se le da gran importancia al gobierno electrónico, incluidos los sistemas de archivo digital y electrónico (Art. 95).

índice

Código Orgánico Administrativo (II).....	2
Ejecución de sentencia y medidas cautelares de arbitraje (Merck vs. Prophar: tercera AEP).....	3
Cambio de sexo, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la identidad....	4
Alimentos y apremio personal: privación de libertad y prohibición de salida para obligados principales.....	5
Inconstitucionalidad relativa por omisión legislativa: procedimiento en COIP.....	6
Informe pericial es hecho procesal fundamental (Merck vs. Prophar: tercera casación)	7
Código Seguridad Ciudadana	8

Editora:

María del Mar Barcala

Director del Consejo Editorial:

Luis Fernando Torres

Diagramación:

Rafael López Cobo

Los criterios expresados en Debate Constitucional son de responsabilidad de los articulista y entrevistados y no expresan, necesariamente, la posición de la Corporación Autogobierno y Democracia ni de la Fundación Hanns Seidel.

CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO (II)

Ab. Esteban Torres Cobo

8. Acto administrativo. El COA regula con algún detalle varios temas relacionados con los actos administrativos: retroactividad cuando beneficia al administrado (Art. 102), extinción (Art. 103), nulidad (Art. 104), convalidación (Art. 110), revocatoria y lesividad (Art. 115). Contenido una terminado el procedimiento administrativo (Art. 205).

9. Actos normativos generales. Se prohíbe a las administraciones públicas con competencia normativa que regulen materias reservadas a la ley, establezcan requisitos adicionales a los de la ley para el ejercicio de derechos (Art. 131). Ojalá sirvan estas prohibiciones para que se racionalice la hiperinflación normativa administrativa.

10. Procedimiento administrativo. La regla general es que las reglas del COA se apliquen a los procedimientos administrativos, a los procedimientos especiales y a los de provisión de bienes y servicios, salvo en lo que afecte esta provisión (Art. 134). Define claramente al expediente administrativo y al expediente electrónico (Arts. 145 y 146). Se precisa lo que se entiende por persona interesada en cuanto a que sea titular de derechos, acredite intereses legítimos individuales y colectivos e invoque derechos subjetivos (Art. 149), así como lo que significa tercero interesado (Art. 151). La representación está desarrollada en detalle (Art. 152). Los términos y plazos se precisan debidamente (Art. 158). La notificación es una obligación ineludible de la administración para la eficacia del acto (Art. 164). La etapa probatoria se ajusta a las reglas del debido proceso (Art. 196). El procedimiento termina por acto administrativo, silencio, desistimiento, abandono, caducidad, terminación convencional e imposibilidad de continuar (Art. 201). En el plazo de un mes, desde que termina la etapa probatoria, se debe dictar el acto administrativo (Art. 203). El abandono se da cuando han transcurrido dos meses sin impulso (Art. 212).

11. Actuaciones previas y medidas provisionales. El procedimiento administrativo podrá estar precedido de actuaciones previas para conocer las circunstancias del caso, sin que pueda sobrepasar los 6 meses, so pena de que caduque el ejercicio de la potestad sancionadora o determinadora (Arts. 175 y 179). Las medidas cautelares señaladas en el Art. 180 solamente las puede ordenar un juzgador de contravenciones, cuando no se ha iniciado el proceso. El órgano administrativo puede ordenar medidas provisionales de protección, que deberán ser, en un máximo de 10 días, confirmadas, modificadas o levantadas en la decisión de iniciación del proceso (Art. 181). Una vez iniciado el procedimiento, el funcionario puede ordenar las medidas cautelares descritas en el Art. 189.

12. Silencio administrativo positivo. Si en el término de 30 días no hay respuesta a un reclamo o pedido, surge el acto administrativo presunto que tendrá la calidad de título de ejecución en la vía judicial (Art. 207).

13. Impugnación. Son impugnables en la vía administrativa los actos administrativos, pero no los actos de simple administración (Art. 217). Se desarrollan las nociones de actos que causan estado y actos firmes (Art. 218). Desaparece el recurso de reposición y sólo quedan el de apelación y el de revisión (Art. 219). La ejecución del acto administrativo impugnado puede ser suspendida cuando sea posible que cause perjuicios de imposible o difícil reparación o que pueda ser nulo de pleno derecho (Art. 229). Terminadas las impugnaciones, para la ejecución forzosa se prevé, inclusive, la multa compulsoria (Art. 240).

14. Potestad sancionatoria. El ejercicio de la potestad sancionatoria prescribe al año para infracciones leves, a los tres años para las graves y a los cinco años para las muy graves (Art. 245). Las sanciones prescriben en el mismo plazo de caducidad de la potestad sancionatoria (Art. 246). Al inicio del procedimiento se pueden adoptar medidas cautelares (Art. 251). La carga de la prueba corresponde a la administración pública y el órgano instructor impulsará el procedimiento (Arts. 256 y 257).

15. Ejecución coactiva. Es uno de los mayores avances del COA, con el que se evitará la arbitrariedad de los jueces coactivos. El título de crédito con el que se ejerce el procedimiento coactivo se respalda en títulos ejecutivos, catastros, cartas de pago, asientos y registros contables y cualquier instrumento público que pruebe la existencia de la obligación (Art. 262). Se precisa que el derecho de crédito de la administración también se origina en el acto administrativo cuya eficacia no se encuentre suspendida (Art. 266). Sin orden de cobro no puede el empleado recaudador iniciar el procedimiento coactivo (Art. 262). No cabe impugnación en vía administrativa del acto administrativo que se origina a partir del requerimiento al deudor para el pago voluntario (Art. 263). Cuando la obligación está representada en un título de crédito, el deudor puede reclamar administrativamente en contra de los requisitos del título o el derecho de la administración para su emisión (Art. 269). Se define lo que se entiende por obligación exigible (Art. 267). Se establecen dos fases dentro del procedimiento coactivo: a) preliminar (Art. 271), en la que procede el órgano ejecutor a realizar lo que le corresponde en virtud de la orden de cobro notificada por el órgano competente, pudiendo la orden de cobro efectuarse en el mismo acto administrativo en el que se declara la obligación; en esta fase se dan facilidades de

pago al deudor; b) fase de apremio (Art. 279), en la que se emite la orden de pago inmediato para que el deudor pague o dimita bienes, una vez que ha vencido el plazo para el pago voluntario, pasándose al embargo (Art. 282) y al remate (Art. 295), con la venta directa de bienes (Art. 319) y las tercerías coadyuvantes y excluyentes (Art. 323 y 324). El deudor solamente puede oponerse a la ejecución coactiva mediante la interposición de la demanda de excepciones ante los jueces de lo contencioso administrativo (Arts. 327 y 328), sin que la demanda suspenda el proceso.

16. Responsabilidad extracontractual del Estado. Si bien en el Art. 15 se reproduce la noción de responsabilidad objetiva consagrada en el Art. 11 de la Constitución, en los Arts. 330 y 331 se introduce el concepto de daño debidamente calificado (Art. 334) y del nexo causal entre éste y la acción u omisión de la administración pública (Art. 333), que desfiguran la nitidez de la responsabilidad objetiva. El daño calificado se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas, se dice el Art. 334. La prueba de la diligencia exigible en el caso de acciones u omisiones lícitas, en actividades que no son anormalmente peligrosas, le corresponde a la administración, así como la prueba de las eximentes, mientras el particular afectado debe probar el daño y el nexo causal (Art. 338). Con estas innovaciones conceptuales se le blindó a la administración pública en perjuicio de los ciudadanos. Los eximentes de responsabilidad están adecuadamente señalados (Art. 337). El particular afectado no necesita agotar el reclamo administrativo para acudir a los jueces (Art. 341). Si opta por la vía administrativa tiene el término de 90 días para reclamar (Art. 340). La acción de repetición se sustanciará según el trámite ordinario del COGEP (Art. 344).

17. Aplicación supletoria, reorganización administrativa y reformas legales. En asuntos tributarios y de propiedad intelectual el COA se aplicará supletoriamente (Disp. Finales 3ra y 4ta). En las disposiciones transitorias se establecen normas de obligatorio cumplimiento por parte de las administraciones públicas para modificar los sistemas administrativos. Se reforman varios cuerpos legales, como el COGEP, entre otras cosas, para regular la aplicación del silencio administrativo positivo; la Ley de la Contraloría sobre su capacidad coactiva; la Ley de Empresas Públicas, igualmente, acerca de sus competencias coactivas; el COFJ sobre medidas cautelares y la situación de los depositarios.

18. Derogatorias. En forma general se derogan todas las “disposiciones” que se han venido aplicando a los procedimientos administrativos, sancionadores y de coactiva y las que se opongan al COA, así como la Ley de Modernización de 1993 y algunas normas de ciertos cuerpos legales (COMF, COOTAD).

EJECUCIÓN DE SENTENCIA Y MEDIDAS CAUTELARES DE ARBITRAJE (MERCK vs. PROPHAR: TERCERA AEP)

Ab. Esteban Torres Cobo

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 195-17-SEP-CC de 21 de junio del 2017, dentro del caso No. 2708-16-EP, la Corte Constitucional del Ecuador (CC) resolvió aceptar una Acción Extraordinaria de Protección (AEP) y declarar la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación en un proceso que enfrentó a las empresas farmacéuticas PROPHAR S.A. y MERCK SHARP & DOME (INTER AMERICAN) CORPORATION. Asimismo, dejó sin efecto varios autos dictados por la Unidad Judicial Civil con sede en Quito y dispuso que otra autoridad conociese y sustanciase la fase de ejecución de una sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. La AEP fue una decisión más dentro del comentado juicio por daños y perjuicios instaurado por PROPHAR S.A. que enfrenta a las dos compañías por algunos años. La AEP fue deducida por el Representante Legal de PROPHAR en contra de los autos de 16 de septiembre, 11 de octubre, 25 de octubre y 10 de noviembre de 2016, dictados por la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Mediante auto del 16 de septiembre del 2016 se había dispuesto la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada el 4 de agosto de 2016, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. En esa sentencia se había condenado a MERCK al pago de 41'966.571,70 dólares por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

2. AEP anteriores. La CC conoció, anteriormente, dos AEP en contra de sentencias de la Corte Nacional de Justicia que se pronunciaron, en casación, sobre lo resuelto en el juicio de daños y perjuicios, por incumplimiento contractual, entre MERCK y PROPHAR.

3. Medida cautelar provisional de tribunal arbitral y AEP. La AEP fue presentada por el Gerente General y Representante de PROPHAR en contra de varios autos emitidos por la Unidad Judicial Civil con sede en Quito, bajo el argumento de que ésta judicatura suspendió arbitrariamente la ejecución de una sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia, amparándose en un criterio de la Procuraduría General del Estado respecto de un proceso seguido en el Tribunal de Arbitraje de La Haya. La Unidad Judicial Civil había suspendido provisionalmente la ejecución de la sentencia hasta la emisión de un fallo del Tribunal de Arbitraje de la CNUDMI en virtud del Tratado entre los Estados Unidos y el Ecuador suscrito en agosto de 1993, atendiendo a un "Segundo pedido de Medidas Cautelares PROVISIONALES" del Tribunal. El arbitraje fue iniciado por MERCK (Caso PCA No. 2012-10) argumentando la violación del Tratado entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República del Ecuador sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones debido a la supuesta denegación de justicia.

4. Parámetro de razonabilidad. El requisito de la razonabilidad se encuentra relacionado con el deber que tienen la o las autoridades jurisdiccionales de identificar con claridad las fuentes del derecho, no solo en las que radican su competencia sino también en aquellas en las que soportan sus razonamientos, afirmaciones y resolución final. Según la CC, la jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en Quito no justificó ni se respaldó en alguna fuente de derecho para suspender la ejecución de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia que condenó a MERCK al pago de más de 41 millones de dólares a favor de

PROPHAR S.A. La CC estimó que en ese caso existió un vacío jurídico en el auto emitido por la jueza.

5. Parámetro de lógica. El parámetro de la lógica, se encuentra relacionado con la coherencia que debe existir entre premisas y de estas con la decisión final, de igual manera es importante señalar que el requisito en cuestión se refiere también a la carga argumentativa que debe o deben emplear las autoridades jurisdiccionales indistintamente de la jerarquía que ostenten en los razonamientos realizados. La CC estimó que, como consecuencia del vacío jurídico determinado en el requisito de la razonabilidad, la autoridad jurisdiccional se encontraba impedida de crear un nexo causal lógico y coherente entre una premisa contentiva de la fuente de derecho, inexistente en este caso, con una segunda premisa contentiva de la circunstancia fáctica, siendo en el presente caso, la suspensión de la ejecución de una sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en razón de la existencia de unas "Medidas Cautelares Provisionales" emitidas por un Tribunal de Arbitraje Internacional.

6. Parámetro de comprensibilidad. Según la CC, el parámetro de la comprensibilidad se refiere a la claridad del lenguaje empleado por parte de las autoridades jurisdiccionales, así como también con la manera en que estas realizan la exposición de sus razonamientos y argumentos. La CC encontró, en este punto, que al incumplir los parámetros de razonabilidad y lógica la decisión de la jueza también fue incomprensible. Así, concluyó que el auto de 16 de septiembre de 2016, dictado por la Unidad Judicial con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, vulneró a el derecho al debido proceso en su garantía de motivación.

CAMBIO DE SEXO, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHO A LA IDENTIDAD

Ab. María José López Cobo

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 133-17-SEP-CC, en el caso No. 0288-12-EP, de 10 de mayo de 2017, la Corte Constitucional (CC) aceptó la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) propuesta por la Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y la Naturaleza y por el Coordinador Nacional de Atención Prioritaria de la Defensoría del Pueblo, en contra de la sentencia de 13 de enero de 2012, dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de una acción de protección. Se aceptó la AEP por haberse vulnerado derechos constitucionales en la garantía libre desarrollo de la personalidad e identidad personal que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual y la CC dispuso que la Asamblea legisle en el plazo no mayor de un año disposiciones legales necesarias para regular el procedimiento de cambio de sexo de personas transexuales, observando los criterios vertidos por la CC.

2. Negativa de cambio de sexo en identificación. Señalan que Bruno Paolo Calderón, el 25 de agosto de 2011, acudió a la Defensoría del Pueblo solicitando su intervención, pues la Dirección General del Registro Civil no procedió con el cambio de sexo en su identificación de femenino por masculino, después de haber invocado su derecho a la identidad y autodeterminación personal. Indicaron que el 17 de agosto de 2011, se marginó la partida de nacimiento con el cambio de nombre de Karla Paola Calderón Pazmiño, por el de Bruno Paolo Calderón, pero no se procedió con el cambio de sexo, pese a existir la resolución No. 1754-2011-DPRCICM-DJ de 24 de agosto de 2011 de la Dirección Provincial del Registro Civil de Manabí, por cuanto alegó la Dirección Nacional que no era procedente. Ante la negativa Paolo Calderón interpuso una acción de protección, que fue aceptada por el Juzgado Tercero de Pichincha, y en sentencia de 21 de diciembre de 2011, ordenó a la Dirección General del Registro Civil que proceda con el cambio. Dicha sentencia fue apelada y la apelación fue aceptada, revocando la sentencia venida en grado.

3. Tutela Judicial Efectiva y acceso. La CC indicó que la tutela judicial efectiva no implica, únicamente, el acceso sino también el deber de las autoridades jurisdiccionales a adecuar sus actuaciones a la naturaleza del caso puesto en su conocimiento atendiendo lo que manda el ordenamiento jurídico. En ese sentido la CC realizó un análisis de las vertientes de la tutela judicial efectiva. En cuanto al acceso verificó que a lo largo del proceso de la acción de protección (AP) tanto los accionantes como los accionados tuvieron acceso a los órganos de justicia, primero con la demanda de la AP, luego con la apelación y, finalmente, con la interposición de la AEP.

4. Después de verificar la vulneración de derechos el juez debe revisar la procedencia de la vía ordinaria. La CC en sentencia No. 024-12-SEP-CC, reconoció como vulneraciones a la Tutela Judicial Efectiva y al derecho al debido proceso en la garantía de la motivación “el que la autoridad judicial no cumpla con su deber de fundamentar con ‘argumentos válidos que demuestren que la acción de protección no procede efectivamente’ en el caso puesto a su conocimiento.” En el caso concreto la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, señaló en su considerando Cuarto que el punto central a dilucidarse era verificar si se han violado preceptos constitucionales con la negativa de la marginación de la partida de nacimiento con el cambio de sexo de Bruno Paolo Calderón; sin embargo, en el análisis, dicha Corte hizo referencia a los arts. 84 y 94 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, haciendo énfasis en que al haber disposición legal para resolver el asunto se hace improcedente la vía constitucional, y nada dice sobre si hubo violación de derechos o no. Con ello se concluye que no hubo un análisis coherente con la premisa que se plantearon, omitiendo su obligación constitucional de realizar el análisis de vulneración de derechos. Pasó por alto la sentencia vinculante No. 001-016-PJO-CC que indica “que las autoridades jurisdiccionales tienen el deber de realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos y excepcionalmente cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido” Con ello se establece que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva.

4. Iura novit curia y análisis de otro derecho vulnerado. La CC ante la evidente vulneración al derecho de la tutela judicial efectiva, en su vertiente del debido proceso, le correspondía examinar si la pretensión inicial del legitimado activo fue atendida por la autoridad de instancia de

manera motivada, a pesar de no haber sido alegado este derecho -debido proceso- como vulnerado, en virtud del iura novit curia, de conformidad con el art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5. Test de Motivación: Razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Siendo un deber de toda autoridad motivar sus resoluciones, la CC pasó a analizar la sentencia de la AP dictada por el Juez Tercero de Tránsito de Pichincha: a) Razonabilidad: En dicha sentencia la autoridad hace referencia a las normas sustanciales de la AP, y su objeto, así como a las normas que les da competencia en el caso concreto, con lo que se cumple este parámetro; b) Lógica: La CC realizó un análisis de los argumentos del juez con las conclusiones a las que llega, en las premisas, el juzgador estableció la imposibilidad de adoptar una decisión respecto al caso concreto, por cuanto no se encuentra regulado, así como el hecho de que se haya practicado una cirugía de “readaptación sexual”, no reunea los elementos para una rectificación de su acta de nacimiento, sin embargo terminó aceptando la AP, lo cual no tiene coherencia alguna; y, c) Comprensibilidad: Al no existir lógica es imposible que sea comprensible la decisión. Con este análisis se concluye que dicha sentencia vulneró el derecho del debido proceso en la garantía de la motivación.

6. Libre desarrollo de la personalidad e identidad personal. La CC señaló que la dignidad es un elemento inherente a la existencia humana, en tanto que “dota de sentido a todos los atributos fundamentales, en especial al libre desarrollo de la personalidad (art. 66.5 de la Constitución)”, pues así se puede diseñar un plan de vida y determinarse según las características íntimas de cada uno, “implica la posibilidad de manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a cada persona, los cuales, lo individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad”. En virtud de ello las entidades estatales y los entes públicos y privados tienen la obligación de respetar, garantizar y proteger este derecho, cuyo límite es la afectación del derecho de terceros. Así mismo para la CC la identidad de género forma parte del núcleo duro de la identidad personal, pues a través de dichas expresiones un ente llega a ser lo que desea, fiel a sus íntimos sueños y aspiraciones de vida personal y familiar.” Así mismo señaló la CC que la identidad transexual se basa en los “Principios de Yogyakarta”, donde se la define como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras ...). En el caso concreto nos encontramos con una persona que nació mujer, pero psicológicamente responde a una identidad transexual, asumiendo la identidad masculina de Bruno Paolo, como obra del proceso, para lo cual se practicó una intervención quirúrgica y ya no posee rasgos femeninos.

7. Situación de los grupos transexuales y seguridad jurídica. La CC indicó que si bien se establece que mediante juicio sumario se pueda cambiar el sexo de una persona, eso implica gastos en abogado, tiempo y recursos económicos suficientes, situación que podría durar varios meses mientras deben soportar la discordancia entre su identidad asumida-adquirida y la registrada, por tanto el acudir al órgano judicial no persigue un fin legítimo, sino uno arbitrario que perjudica a un colectivo. Si bien lo aplicado se encontraba en la Ley del Registro Civil, Identificación y Cedulación –vigente a la fecha del proceso–, que ha sido derogada por la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y que se debe respetar la seguridad jurídica, se debe entender que la misma en un estado de derechos se redimensiona en conjunto con el principio de juridicidad, para garantizar la supremacía de la Constitución, debiendo cumplirse acorde a su irradiación con todo el ordenamiento jurídico, por tanto “el cumplimiento que ha de satisfacerse siempre ha de ser el de los preceptos constitucionales que subyacen la preminencia de la Ley.”. Ahora bien ambas normativas establecen el deber de realizar el cambio de sexo, toda vez que se verifique un error en la inscripción, y que dicho cambio debe hacerse en la vía judicial, dejando fuera de las consideraciones el libre desarrollo de la personalidad. En el caso concreto, la CC determinó que tanto en la etapa administrativa, como en la constitucional se vulneraron derechos de la persona trans, al negarse la marginación con el cambio de sexo, toda vez físicamente tiene los rasgos de hombre.

ALIMENTOS Y APREMIO PERSONAL: PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y PROHIBICIÓN DE SALIDA PARA OBLIGADOS PRINCIPALES

Ab. María José López Cobo

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 012-17-SIN-CC, en los casos acumulados Nros. 0026-10-IN, 0031-10-IN y 0052-16-IN, de 10 de mayo de 2017 la Corte Constitucional (CC) aceptó y negó las acciones de Inconstitucionalidad por el fondo propuestas por Alberto Arturo Zelaya Gamboa, Fundación “Padres por Siempre” y Javier Renán Donoso Saldarriaga, en contra de varios artículos de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II y de la disposición transitoria segunda del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA); y, del primer inciso del art. 137 del Código General de Procesos (COGEP), por vulnerar los artículos 11 numerales 2, 4, y 6; 33; 44; 45; 67; 66 numerales 15 y 29 literal c; 69 numerales 1, 3, 4 y 5; 76 inciso primero y numeral 6; 77; 82, 83 numeral 16; 137 segundo inciso y 325 de la Constitución de la República.

2. Argumentos de los accionantes. Los accionantes indicaron que las normas acusadas vulneran el derecho a la libertad, por cuanto el apremio personal del alimentante no es una medida proporcional para garantizar el derecho, por estar el progenitor impedido de generar recursos y por ende cumplir con la obligación, afectando al ejercicio económico. Así mismo, consideraron que el Estado no protege adecuadamente la corresponsabilidad parental de los progenitores, con especial atención a las familias disgregadas; además, afirman que solo el padre y la madre tienen la obligación de prestar alimentos, en la Constitución no se da este encargo a los abuelos, tías o hermanos, únicamente, en el art. 69 numerales 1, 4 y 5 se establece al garante y alimentante subsidiario en el caso de familias disgregadas. Además, señalaron la falta de obligación de rendir cuentas del progenitor encargado de cobrar la pensión porque no se sabe si la invierte garantizando el interés superior del niño.

3. Principios constitucionales aplicables a los niños, niñas y adolescentes. La CC señaló que entre los principios para este grupo, resaltan los siguientes tres, según el Art. 44 de la Constitución: a) Interés superior reconocido internacionalmente en el art. 3 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos; b) Prevalencia de sus derechos o trato prioritario, y c) Corresponsabilidad del Estado: al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, y, por ende, la obligada directa, el Estado debe establecer las condiciones necesarias para este cumplimiento.

4. Obligados directos y subsidiarios de alimentos. Estos artículos tienen por objeto establecer una serie de reglas para el efectivo cumplimiento del derecho a alimentos a los obligados de este derecho, sin hacer distinción entre principales o subsidiarios. En este punto la CC señaló que si bien en los artículos 69 y 83 la Constitución hace referencia al padre y la madre como obligados del derecho de alimentos, no son los únicos llamados, fundamentados en los principios antes señalados, ya que la familia y el Estado responden en función del interés superior del niño, estableciendo este deber a quienes tienen cierto impacto en el desarrollo del menor. Por ello la obligación subsidiaria es residual “siempre y cuando exista ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales.” Además indican la posibilidad de que el obligado subsidiario ejerza por la vía pertinente su derecho de repetición hacia el obligado principal. Por tanto la CC concluyó que las normas acusadas no vulneran los derechos.

5. Derechos de los demandados por pensiones alimenticias. La CC determina que el derecho de alimentos constituye un presupuesto fundamental para el derecho a la vida digna y al desarrollo integral de los niños y adolescentes, siendo un derecho consustancial a la relación parento-filial. De ahí que se establece de entrada una pensión provisional que puede ser contradictoria por el demandado, con lo que se garantiza el derecho a la defensa, de manera que el demandado pueda ser escuchado en el momento procesal oportuno. La CC aclara además que las medidas cautelares son aplicables luego de determinar judicialmente la existencia de la obligación. Finalmente, la CC indica que las normas acusadas están orientadas en el marco del debido proceso a que se reclame el derecho de alimentos y que no se retarde, y, que dentro de dicho proceso, el demandado pueda defenderse con las más amplias facultades, por lo que no vulneran el derecho a la defensa, pues no limitan ninguna de las garantías que lo componen.

6. La prohibición de salida del país es desproporcionada para obligados secundarios. En este punto la CC analiza si con la medida de prohibición de salida del país se vulnera el derecho al libre tránsito, por ello debe resolver la antinomia entre “los derechos a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes y el derecho a la libertad de tránsito de los alimentantes” Para lo cual la CC procede a realizar el test de proporcionalidad, así tenemos: a) Idoneidad.- Para Alexy este principio “excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un

principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir” De manera que cuando se impide la salida del país del alimentante es cuando este motivada, a pesar de no haber sido alegado este derecho -debido proceso- se encuentra en mora de su obligación, con lo que se incentiva la pago de la misma para que recupere con su libertad de tránsito, por lo que es una medida idónea; b) Necesidad.- La CC indica que se supera este parámetro cuando “se comprueba que no existe otra medida que, siendo también idónea, sea menos lesiva para los derechos de las personas...” Para ello la CC indica que en el art. 26 del CONA existen medidas de apremio real, esto es cualquier medida que recaiga sobre el patrimonio del obligado, sin embargo hay casos puntuales en los que las medidas de tipo real no son aplicables, pues pueden haber obligados que no posean patrimonio, o que de poseerlo, su valor no alcance para cubrir la deuda. En estos casos las medidas reales no serían suficientes para garantizar el pago de las pensiones que permiten al alimentado tener una vida digna, por lo que la medida de prohibición de salida del país, es adecuada en estos casos; y, c) Proporcionalidad.- Se refiere al equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. Por ello en este punto la CC indicó que si bien la medida de prohibición de salida del país, es idónea, siempre y cuando sea aplicada a los obligados principales, ya que en el caso de los obligados subsidiarios, si se afecta su derecho al libre tránsito. Con ello la CC estableció que no se superó el test de proporcionalidad toda vez que no es constitucional que esta limitación se imponga a los obligados subsidiarios.

7. Apremio personal y discriminación socioeconómica. Este artículo tiene por objeto la regulación de la medida de apremio personal de privación de libertad en caso de deuda por pensión alimenticia. La CC aplica el test de proporcionalidad. a) Idoneidad. Se indicó que el art. 137 del COGEP y el 23 del CONA, tienen un sentido restrictivo, ya que a pesar de existir otras medidas para hacer cumplir la obligación (prohibición de salida del país y medidas reales), en el caso de incumplimiento de pago, de dos o más pensiones se aplica el apremio personal ipso facto. La CC indica que dos son fuertes elementos para este análisis, en primer lugar se puede producir la pérdida del empleo del alimentante a causa de la privación de libertad, lo que en primera vista no atentaría a la idoneidad, pues si posee empleo debería priorizar recursos, sin embargo hay casos como el de uno de los accionantes, en donde ha incumplido el pago de la pensión por tener una enfermedad catastrófica y no tener los recursos suficientes para solventar los gastos del administrado y su enfermedad, causa por la que el juzgador si debería tener otras alternativas de medida a tomar. En el segundo caso es el limitante a conseguir empleo, lo cual no ayudaría a cumplir el interés superior, concluyendo que no supera por ende la idoneidad, por cuanto no garantiza de manera eficaz el derecho; b) Necesidad. En este punto la CC demuestra con argumentos de accionante y propios que existen otras medidas de apremio menos lesivas como la prohibición de salida del país y las medidas de tipo real, así mismo indican que la privación de libertad del obligado, vulnera el derecho a la no discriminación socioeconómica, por cuanto quienes no poseen bienes se les ordenará la privación de libertad. Con esto se comprueba que hay otras maneras menos lesivas y que debe legislarse con alternativas para quienes no poseen bienes; y, c) Proporcionalidad.- La CC concluye que el apremio por el incumplimiento de pago de pensiones alimenticias, es lesivo para otros derechos por su grado de independencia, como son el derecho a la vida, al trabajo, a la salud, al ejercicio de actividades económicas y principalmente el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niños niñas y adolescentes, por las consideraciones antes anotadas.

8. Inconstitucionalidad sustitutiva sobre apremio personal. La CC sustituyó el art. 137 del COGEP, en resumen, el juez primero deberá conocer las razones por las cuales el alimentante incumplió con el pago, luego de eso el juez podrá establecer el apremio personal total, el apremio personal parcial -de 10 de la noche a 6 de la mañana-, el establecimiento de compromisos de pago, la aplicación de apremio real y la prohibición de salida del país. En definitiva, le corresponderá al juzgador analizar el caso concreto, siendo prohibido el apremio contra obligados subsidiarios, garantes, personas discapacitadas o con enfermedades catastróficas.

9. Inconstitucionalidad condicionada y prohibición de salida. La CC declaró la inconstitucionalidad condicionada de los artículos 25 y 27 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del CONA. Dijo que en el art. 25 se debe entender que “La prohibición de salida del país, como medida de apremio personal se dispondrá únicamente respecto de los obligados principales a satisfacer el derecho de alimentos; y en el 27 que se dispondrá la cesación de la prohibición de salida del país y de la privación de libertad, únicamente sobre los obligados principales del derecho de alimentos, pues es contra los únicos que se las puede ordenar. Se negó la inconstitucionalidad de los demás artículos demandados de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del CONA.

INCONSTITUCIONALIDAD RELATIVA POR OMISIÓN LEGISLATIVA: PROCEDIMIENTO EN COIP

Ab. María José López Cobo

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 001-17-SIO-CC, en el caso No. 0001-14-IO de 27 de abril de 2017, la Corte Constitucional (CC) aceptó parcialmente una Acción de Inconstitucionalidad por Omisión (AIO), propuesta por María Leonor Jiménez y otras, por omisión de cumplimiento del artículo 81 de la Constitución, omisión que se accionó en contra de la Asamblea Nacional y el Presidente de la República en su calidad de colegislador. Se aceptó parcialmente la AIO por haber incurrido en la omisión de instrumentalizar un procedimiento unificado, especial y expedito para los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección contemplados en esta norma constitucional.

2. Naturaleza de la Acción de Inconstitucionalidad por omisión. Para la CC esta acción se encuentra asociada al control abstracto de constitucionalidad, para lo cual indicó que “guarda armonía con varios principios constitucionales; (...) el principio de supremacía constitucional, lo cual implica una aplicación material de los preceptos constitucionales y el sometimiento de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución de la República: entre ellas del poder legislativo a través de su vinculación a lo establecido en el texto constitucional...” (sentencia N.º 001-11-SIO-CC dictada dentro de la causa N.º 0005-10-IO.) Por tanto, la omisión se comete por la inacción legislativa de normar el mandato constitucional –vacío normativo-, con lo que se provoca un vicio de inconstitucionalidad.

3. Argumentos de las accionantes. Las accionantes indicaron que en el COIP “no se establece un procedimiento ‘especial y expedito’ para el juzgamiento de los delitos de ‘violencia intrafamiliar y sexual’, como lo prescribe el artículo 81 de la Constitución de la República del Ecuador.” Además, señalaron que tampoco se encuentran entre los procedimientos “ESPECIALES”. Consecuentemente, concluyen que los delitos de violencia intrafamiliar, sexual y crímenes de odio están sujetos al procedimiento ordinario de juzgamiento, lo que para ellas “marca una diferencia en cuanto a los tiempos del proceso, así como también respecto de costos, revictimización y desgaste emocional de la víctima.”

4. Argumentos de los accionados. La Asamblea Nacional, la Procuraduría General del Estado y la Presidencia de la República coincidieron en que con la expedición del Código Orgánico Integral Penal publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 180 de 10 de febrero de 2014, se cumplió con el mandato constitucional, pues este Código cumple con la obligación formal y material de dar respuesta a dicho mandato, pues el mismo contiene “regulaciones normativas en el ámbito procedimental para el juzgamiento y sanción de delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra

niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección” y, finalmente resalta la existencia de fiscales y defensores públicos especializados.

5. Norma constitucional acusada. La norma constitucional que las accionantes indicaron se infringió es el “Art. 81.- La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.”

6. Fuerza normativa de la Constitución y protección a grupos de atención prioritaria. La CC señaló que a la Constitución se la considera como la “Norma Suprema que prevalece sobre cualquier otra en el ordenamiento jurídico”, por ello “todas las normas y actos provenientes del poder público deberán guardar estricta armonía con los aspectos formales y materiales previstos en ésta”. Además indicó que en la Constitución se establecieron en favor de las personas una serie de derechos, en el bloque de constitucionalidad –tratados y convenios internacionales-, encontrándose dentro de éstos los reconocidos a los grupos de atención prioritaria (vulnerables) considerados así de acuerdo con parámetros como la edad, condición física, estado de salud, discriminación histórica, entre otras. En el caso concreto indicó que la CC ya se ha pronunciado sobre la importancia de que en casos de violencia intrafamiliar, sexual, de género, merecen estas personas una atención prioritaria, por lo que “se debe contar con un adecuado marco normativo de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias, tal como lo señaló la Corte IDH en el caso González (Campo Algodonero) y otras vs. México.”

7. Existencia de un deber claro, positivo y concreto de actuar. La CC indicó que para que pueda existir una omisión el mandato constitucional debe establecer un deber positivo, claro y concreto, por tanto el artículo 81 tiene el deber de “por un lado con la expedición de regulaciones normativas en el ámbito procedimental para el juzgamiento y sanción de crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección” y, por otro “el establecimiento de fiscales y defensoras o defensores especializados para los procedimientos de juzgamiento y sanción” de estos delitos. Concluyó, que de conformidad con el artículo 120 numeral 6 de la Constitución la Asamblea Nacional es la llamada a cumplir con el mandato constitucional.

8. En el COIP existen normas pero no

el procedimiento uniforme y especial: inconstitucionalidad relativa. Aquí la CC indicó que la inconstitucionalidad por omisión puede ser absoluta –no promulgación de una norma o inejecución de un acto determinado– o por omisión relativa –cuando existiendo una regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes-. Por ello el análisis lo realizó en cuanto a la inconstitucionalidad relativa; en este sentido la CC evidenció que el COIP recoge la normativa sustantiva en la que “se establecen principios, derechos especiales que involucran asuntos relacionados con personas -víctimas- que por su condición económica, física o mental” habiendo para estas personas la obligación de una protección especial (art. 4.4); en ese mismo sentido “los procedimientos en donde se encuentren involucradas víctimas de delitos contra la integridad sexual o participen niñas, niños o adolescentes se deberá respetar el derecho a la intimidad de estos y de su familia así como también guardar la debida confidencialidad” (art. 4.20 y 11.4); igualmente, se estableció como derecho de las víctimas de infracciones penales la no revictimización, y además tipificando varias conductas (femicidio, violencia contra la mujer, abandono de persona, actos de odio, etc). En el campo adjetivo el COIP, establece la oralidad y el sistema de audiencias, que serán públicas con la excepción de aquellas que versen “sobre materias de delitos contra la integridad sexual, reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y de aquellas infracciones en donde se encuentre comprometida la estructura del Estado constitucional”. Además existe el art. 57 en el que se establecen reglas especiales para el juzgamiento de delitos de violencia contra la mujer y miembros. Por tanto la CC concluyó que en el COIP existen una serie de prescripciones normativas relacionadas con el mandato constitucional denunciado, sin embargo la CC informa que no existe “procedimiento uniforme, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.”, por lo que lo existente no es suficiente para cumplir con el mandato constitucional. Finalmente la CC indicó que no existe fraude constitucional por el transcurso del tiempo, dado que existe una norma,

9. Decisión. La CC declaró la inconstitucionalidad relativa por omisión del mandato contenido en el artículo 81 de la Constitución de la República en relación al establecimiento de un procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección y, concedió a la Asamblea Nacional el plazo perentorio de un año para que legisle sobre el tema conforme el artículo 120.6 de la Constitución.

INFORME PERICIAL ES HECHO PROCESAL FUNDAMENTAL (MERCK vs. PROPHAR: TERCERA CASACIÓN)

Ab. Esteban Torres Cobo

1. Antecedentes. Mediante sentencia de 4 de agosto de 2016, la Corte Nacional de Justicia resolvió una tercera casación dentro del proceso que enfrenta a las farmacéuticas MERCK SHARP & DOME y PROPHAR S.A. (antes Nifa S.A.) y fijó el monto de la indemnización a pagar por parte de MERCK a PROPHAR en alrededor de 41 millones de dólares. Para determinar el monto, la Corte estimó el cálculo pericial de los costos en los que habría incurrido PROPHAR en la producción de medicamentos que no ingresaron al mercado ecuatoriano por una suma aproximada de 41 millones, más un daño emergente de 50.000 dólares.

2. Breve cronología del caso. El proceso inició con una demanda civil ordinaria por daños y perjuicios por parte de PROPHAR en contra de MERCK por incumplimiento de contrato de promesa de compraventa de un local. Luego de ser resuelta en primera instancia con una condena en contra de Merck, el caso pasó a la Primera Sala de lo Civil, Mercantil Inquilinato de la Corte Provincial de Pichincha que confirmó la sentencia subida en grado, aunque reformó el monto de la indemnización. Ante esto, las dos partes interpusieron un primer recurso extraordinario de casación. Esta casación fue resuelta y, en ese primer momento, se fijó el monto de la indemnización en 1'500.000 dólares. Posteriormente, PROPHAR presentó un recurso extraordinario de protección ante la Corte Constitucional, que resolvió dejar sin efecto la sentencia de casación y devolverla a la instancia anterior para que nuevamente sea resuelta. Así, y en un segundo momento, nuevamente la Corte Nacional de Justicia conoció la casación y emitió un nuevo fallo, fijando en 7'723.471 dólares el monto de la indemnización a favor de PROPHAR. Sin embargo, por segunda vez PROPHAR interpuso un recurso

extraordinario de protección contra la sentencia y la Corte Constitucional, aceptando la acción, ordenó nuevamente que la Corte Nacional de Justicia resolviese la casación. Esta tercera decisión es la que se trata en este artículo. Durante el tratamiento del caso, la Corte Nacional conoció también el inicio de un arbitraje en la Haya por parte de MERCK en contra del Estado ecuatoriano por denegación de justicia, en el que el Tribunal ordenó, entre otras cosas, que se suspendiesen todos los procedimientos y acciones de ejecución de las sentencias que afectaron a MERCK hasta que el Tribunal emitiese su Laudo final.

2. Informe pericial como hecho procesal fundamental. En su tercera sentencia, los jueces de la Corte Nacional de Justicia estimaron un informe pericial efectuado dentro del proceso como la pieza culmen del mismo, a pesar de que las partes cuestionaron su nombramiento. Lo sumaron a los hechos (que consideraron probados) que condujeron al establecimiento de la responsabilidad precontractual, extracontractual proveniente de los hechos propios de la demanda, y que ya fueron calificados previamente por los jueces de instancia. Según la Corte, esos ya fueron valorados y aceptados por ellos y, por lo tanto, no podían volver a ser calificados. Sin embargo, si podían ser revisados al amparo de la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, como lo planteó MERCK.

3. Disección del informe pericial. El informe pericial fue elaborado en consonancia con el "Reglamento de Buenas Prácticas de Manufactura para Industria Farmacéutica". En el mismo se evaluó que los daños podían ser pasados, presentes y futuros. En ese sentido, tomó en cuenta los costos directos de producción tales como materia prima, mano de obra, costos indirectos de fabricación, gastos operacionales, capital de trabajo, punto de equilibrio e índice de inflación.

Adicionalmente, y para el cálculo de la proyección de ventas, el peritaje tomó en cuenta la base de datos de IMS Health Inc., para tomar datos del mercado farmacéutico ecuatoriano. También se basó en datos sobre la propia empresa NIFA S.A., sus ventas y productos.

4. Cálculo del daño emergente. Para el cálculo de daño emergente, por otro lado, el peritaje tomó en cuenta los gastos referentes a avalúos, viajes, movilización, entre otros, que estimaron en 50.000 dólares.

5. Cálculo del lucro cesante. El cálculo del lucro cesante, según la Corte proveniente del impedimento físico que se esperó resolver con la compra gestionada por cerca de un año de los 207 productos farmacéuticos de los que NIFA tenía y tiene registro sanitario en Ecuador, se proyectó en quince años, con base en la supuesta producción que PROPHAR no pudo ingresar al mercado nacional. El peritaje fijó, por este aspecto, una cantidad de más de 204 millones de dólares.

6. Error en el cálculo de la indemnización. La Corte estimó pertinente subsanar un error del Tribunal Ad quem al considerar exagerada a la indemnización y al no haberse aplicado la norma contenida en el artículo 4 de la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano vigente a la época. La Ley establecía, básicamente, que el margen de utilidad para el fabricante o importador de este tipo de medicamentos no debía exceder el 20%. De ese modo, la Corte consideró que al monto del lucro cesante establecido en el informe pericial se le debía aplicar el 20% como valor de la indemnización, por ser ese el máximo de utilidad permitido por la ley. Así, fijó el monto del lucro cesante en 41 millones de dólares y, el daño emergente, en los mismos 50.000 dólares.

CÓDIGO SEGURIDAD CIUDADANA

Ab. Esteban Torres Cobo

1. Antecedentes. El Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público (COESC) se publicó en el R.O. 19 S de 21 de junio de 2017. El Libro Tercero, con el que se crea el Servicio de Protección Pública, es materia de serias disputas a nivel constitucional. El COES, en definitiva, establece los parámetros para el funcionamiento de los sistemas de personal, disciplinarios y la carrera profesional dentro de la Policía Nacional, el Servicio de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Servicio de Protección Pública, el Servicio de Aduanas, el Servicio Penitenciario, la Comisión de Tránsito, las policías municipales, los agentes de tránsito y los bomberos. En general, el esquema del COES es claro y contribuirá a una mejor organización interna de cada institución. El problema radica en la naturaleza y misión del Servicio de Protección Pública.

2. Policía Nacional. Se desarrollan las funciones señaladas en la Constitución para la Policía, dejando

en claro que sumáxima autoridad es el Presidente de la República y la rectoría la ejerce el ministerio respectivo (Arts. 59, 62 y 63). Se establece claramente el tiempo que se debe permanecer para un ascenso, el régimen disciplinario, la estructura de mandos y jerarquía. Se derogan expresamente la Ley Orgánica de la Policía y la Ley de Personal de la Policía.

3. Servicio de Protección Pública.

En el considerando noveno del Código está la justificación para que se cree este servicio. Se dice que se busca liberar recursos de la Policía y contar con un cuerpo especializado de protección a altas autoridades y las sedes en las que se encuentran. En el Art. 2, numeral 2, se le considera entre las entidades que integran el objeto del Código. Entre los arts. 179 y 217 se desarrolla su naturaleza, sus funciones, su organización, la estructura de sus mandos, el régimen disciplinario.

4. Inconstitucionalidad del Servicio.

La principal objeción radica en el hecho que el COES le atribuye al Servicio de Protección Pública

competencias privativas de la Policía para el mantenimiento de la seguridad ciudadana y le organiza con total independencia institucional, a tal punto que cuenta con su propio mando, distinto del policial y militar, y su propia jerarquía. Vagamente se habla de la coordinación entre el Servicio, la Policía y las Fuerzas Armadas. El Libro Tercero del COESC desborda el alcance de los arts. 158 y 163 de la Constitución, en virtud de los cuales la seguridad interna y el mantenimiento del orden público son responsabilidades privativas de la Policía y la seguridad ciudadana está entre su misión esencial. Con el pretexto de proteger a altos funcionarios (jefes de las funciones del Estado), candidatos presidenciales y otros funcionarios expuestos, no se puede crear una entidad que, al final, compita con la Policía, más aún cuando el Servicio de Protección Pública estará integrado por personal armado con equipos de dotación.

Con el apoyo de:



FORO



Foro sobre desarrollo local para promoción de juntas parroquiales realizado en la ciudad de Ambato.

DEBATE CONSTITUCIONAL

La correspondencia dirigirla a la editora

- a) Edificio Metropolitan (of. 910)
Av. Naciones Unidas entre Iñaquito y Núñez de Vela. Quito-Ecuador
Tel. (593)(2)3617611; (593)(2)3617612
- b) Edificio Torresco (of. 1A). Calle Castillo 7-29 y Juan Benigno Vela. Ambato-Ecuador
Tel. (593)(3)2421464; (593)(3)2422001

c) E-mail: info@cad.org.ec
www.cad.org.ec

ISSN 13904310 – ISSN 13904203