

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**La función de la acción por incumplimiento como garantía jurisdiccional del
ordenamiento jurídico**

MARTÍN PEÑAHERRERA OLEAS

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

Quito, Mayo 2010

Para mi papá por ser mi ejemplo.
Para mi mamá por ser mi mejor amiga.
Para mi familia por su constante apoyo y paciencia.
Para ti por tu incondicionalidad.

*Agradecimiento especial a mi director, el Dr. Diego Pérez Ordóñez,
por haberme sabido guiar acertadamente durante todo este proceso.*

Resumen

La presente tesina tiene el objetivo de estudiar la naturaleza, alcance y funcionalidad de la acción por incumplimiento dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano frente a la acción de protección. Es menester realizar este estudio, ya que la acción por incumplimiento es una novedad dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano desde su inclusión en el texto constitucional actual.

Se va a desarrollar en esta tesina uno de los principios fundamentales del Derecho Constitucional, el principio de supremacía constitucional, así como también una comparación de las garantías jurisdiccionales de la Constitución de 1998 y la actual. Todo esto, con el fin de lograr un mayor entendimiento sobre la acción por incumplimiento y de sus marcadas diferencias con la acción de protección.

Abstract

This thesis has the objective of studying the nature, scope and functionality of the non compliance action in the Ecuadorian legal system opposed to the protection action. It is important to perform this analysis because the non compliance action is a novelty in our legal system and because of its recent inclusion in the Ecuadorian Constitution.

The present document will start up by developing one of the axial principles of Constitutional Law, the constitutional supremacy principle, then it is imperative to make a comparison between the actual jurisdictional warranties and those contained in the 1998 Constitution. All of this, only to obtain a better understanding of the non compliance action and its differences with the protection action.

Tabla de Contenidos

Introducción	5
Capítulo 1.- El principio de supremacía constitucional y el control constitucional como ejes del constitucionalismo	7
1.1 Concepto e importancia de la supremacía constitucional	12
1.1.1 Teoría del bloque constitucional	13
1.1.2 La supremacía constitucional según la teoría de Kelsen	14
1.2 El principio de supremacía constitucional en la legislación ecuatoriana	14
1.2.1 Evolución del principio de supremacía constitucional a lo largo de la historia constitucional del Ecuador	16
1.2.2 La Constitución de Montecristi y el principio de supremacía constitucional	19
1.3 Marbury vs. Madison como origen del principio de supremacía constitucional y del control constitucional	21
1.4 El control constitucional como forma de garantizar el principio de supremacía constitucional	23
1.4.1 El control constitucional en la carta política ecuatoriana	24
Capítulo 2.- Evolución de las garantías jurisdiccionales en la Constitución de Montecristi frente a la de 1998	
2.1 Definición y tipos de garantías	28
2.2 Aspectos generales de las garantías jurisdiccionales	35
2.3 Titularidad y requisitos para plantear una acción	35
2.3.1 Titularidad de la acción	36
2.3.2 Requisitos para plantear una acción	36
2.4 El derecho protegido	39
2.5 El obligado y la autoridad competente	40

2.6	Cumplimiento de sentencias	41
	Capítulo 3.- La función de la acción por incumplimiento como garantía jurisdiccional del ordenamiento jurídico	43
3.1	Definición y alcance de la acción por incumplimiento	46
3.2	La acción de protección frente a la acción por incumplimiento	50
3.3	La acción por incumplimiento como forma de asegurar la vigencia del Estado de Derecho	51
3.4	La acción por incumplimiento en el derecho comparado	52
3.4.1	La acción por incumplimiento en el derecho colombiano	54
3.4.2	La acción por incumplimiento en el derecho peruano	57
3.4.3	La acción por incumplimiento en el Ecuador	57
3.4.3.1	Fundamento doctrinario y justificación de la acción por Incumplimiento	60
3.4.3.2	Acción por incumplimiento: Floresmilo Villalta contra Guillermo Miño Presidente del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha	63
3.4.3.3	Reglas de procedimiento para la acción por incumplimiento	65
	Conclusiones y recomendaciones	68
	Bibliografía	73

Introducción

La reforma constitucional del 2008 trajo consigo un nuevo término, el garantismo. De acuerdo con SILVA, garantista es un calificativo que se ha adoptado en los Estados constitucionales modernos para proclamar una estructura que protege derechos fundamentales¹. De acuerdo con este punto de vista, la nueva Constitución ecuatoriana es protectora de los derechos fundamentales, y esta es la razón de la inclusión de la acción por incumplimiento como una nueva garantía jurisdiccional. Por esta razón es necesario realizar un estudio de la naturaleza, el alcance y la aplicación de la acción por incumplimiento, para de esta forma tener un entendimiento del motivo para su inclusión en la Constitución de Montecristi.

Para poder analizar la acción por incumplimiento a profundidad, esta tesina se ha dividido en tres capítulos, ya que todos aquellos son importantes para poder llegar a una conclusión sobre el tema de la funcionalidad de la acción por incumplimiento.

El primer capítulo tiene la finalidad de estudiar el principio de supremacía constitucional. Es necesario analizar dicho principio ya que sin duda alguna es fundamental para el Derecho Constitucional. En el capítulo primero se pretende establecer cómo el principio de supremacía constitucional es importante para generar sustento para las garantías jurisdiccionales, en especial para la acción por incumplimiento. Adicionalmente, se va a hacer un estudio sobre el control constitucional, ya que en este tema se ha generado un cambio con relación a la anterior Constitución.

Luego de examinar el principio de supremacía constitucional y el control constitucional, el segundo capítulo de esta tesina se va a encargar de discernir todo aquello relevante sobre las garantías jurisdiccionales en la Constitución de Montecristi en comparación con la Constitución de 1998. Este capítulo es importante ya que se aproxima de cierta forma al estudio de la acción por

¹ SILVA PORTERO CAROLINA, "Las Garantías de los Derechos", En: *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 53.

incumplimiento de manera específica mencionando las otras garantías jurisdiccionales y como éstas operan dentro del ordenamiento jurídico.

El tercer y último capítulo tiene el objetivo de analizar todo aquello relacionado con la acción por incumplimiento. Antes de analizar a fondo lo relativo a la acción por incumplimiento, se debe considerar a la acción de protección para poder hacer una comparación entre las dos acciones y establecer de manera clara sus diferencias doctrinarias y procedimentales. Se va a estudiar lo que la doctrina ha considerado como la finalidad de la acción por incumplimiento y de acuerdo con esto establecer su funcionalidad. Se va a considerar también cómo la Corte Constitucional para el Período de Transición se ha pronunciado con relación a la acción por incumplimiento. Finalmente, es también necesario hacer un estudio de derecho comparado para analizar la aplicación de la acción por incumplimiento en otros países como por ejemplo Colombia y Perú quienes incorporaron a la acción por incumplimiento a sus respectivas constituciones. Es importante analizar el contexto de otras Constituciones en lo que se refiere a la acción por incumplimiento porque de esta forma se puede percibir su operatividad y funcionalidad ya que es una acción nueva dentro de la Constitución.

El Estado, a través de la creación de instituciones y normas busca lograr un equilibrio en la sociedad. Pero su labor tutelar no debe terminar ahí, ya que debe vigilar que las normas expedidas también sean cumplidas. El derecho procesal constitucional en vista de esta necesidad ha creado mecanismos para que las personas puedan exigir el cumplimiento de diversos derechos, que mediante las garantías jurisdiccionales contenidas en forma de acciones dentro de la Constitución pueden ser tutelados; la acción por incumplimiento es uno de estos mecanismos. La Constitución del Ecuador se puede considerar como garantista, ya que se han instituido diversas formas de exigir el cumplimiento de la Constitución y la ley, un ejemplo de esto es la incorporación de la acción por incumplimiento como forma adicional del cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de las autoridades públicas.

La Constitución de 2008 ha incorporado a la acción por incumplimiento como una nueva acción constitucional cuyo objetivo - a efectos de esta tesis - es garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La Constitución de 1979, reformada casi en su totalidad en 1998, no incluía esta figura, y contenía solamente el amparo constitucional, hoy conocido como acción de protección para tratar aquellas transgresiones a derechos constitucionales subjetivos por acciones u omisiones de la autoridad pública.

Al ser la acción por incumplimiento una acción nueva dentro de la Constitución, es necesario entender sus objetivos y limitaciones. También es necesario llevar a cabo un análisis comparativo con la acción de protección, a efectos de evitar confusiones sobre su distinta naturaleza jurídica.

La acción por incumplimiento es un proceso constitucional por medio del cual la persona accionante busca el cumplimiento de una norma jurídica o un acto administrativo que ha sido negado. Esta garantía jurisdiccional empodera a los ciudadanos, del derecho de acudir ante la justicia constitucional para demandar al juez que ordene a la autoridad, órgano o funcionario renuente o remiso, que dé efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una ley, norma o acto administrativo de carácter general². En esta tesina lo que se propone es identificar de forma clara la funcionalidad de la acción por incumplimiento y su operatividad como garantía del ordenamiento jurídico haciendo una distinción con la acción de protección ya que estas dos acciones pueden ser confundidas en su finalidad y en sus efectos.

La Constitución del Ecuador incorpora en su Art. 86 las disposiciones comunes a todas las garantías jurisdiccionales, incluida la acción por incumplimiento y la acción de protección que en la anterior Carta Magna era el amparo constitucional. Analizando este artículo todavía no existe una diferencia práctica entre estas dos acciones. La primera diferenciación que se podría hacer sobre estas dos acciones se

² CASTRO PATIÑO IVÁN, La acción de cumplimiento en el proyecto de nueva Constitución del Ecuador, Documento Pdf, Guayaquil, 2008, p. 10.

encuentra en su literalidad, es decir en la lectura de sus respectivos artículos, el 88 para la acción de protección y el 93 en el caso de la acción por incumplimiento. De esta lectura se puede desprender como diferencia fundamental que, la aplicación de la acción de protección como forma de tutelar derechos se da en caso de violaciones por medio de acciones u omisiones de aquellos derechos reconocidos por la Constitución, mientras que la aplicación de la acción por incumplimiento va más allá, ya que ésta busca garantizar la aplicación de todas las normas que integran el sistema jurídico. Adicionalmente, cabe mencionar que la acción por incumplimiento tiene una dualidad en el sentido que sirve para garantizar lo anteriormente mencionado así como también el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales en temas de Derechos Humanos.

En lo que se refiere al aspecto procesal, cabe mencionar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales contiene todas aquellas reglas pertinentes sobre el procedimiento a seguir en caso de plantear cualquier acción jurisdiccional en caso de transgresión de algún derecho, anteriormente las reglas procesales estaban contenidas en las reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición. La acción por incumplimiento así como también la acción de protección encuentran su aplicación en el mundo del derecho procesal en esta ley orgánica. La diferencia más importante entre la acción de protección y la acción por incumplimiento en lo que a su aplicación procesal se refiere esta en que la acción por incumplimiento de acuerdo con el Art. 436 numeral 5 de la Constitución debe ser planteada ante la Corte Constitucional quienes deberán a su vez conocer y resolver todo lo referente a esta acción, por otra parte son los jueces ordinarios los que están encargados de resolver y conocer aquellas causas relacionadas a la acción de protección.

La Corte Constitucional para el Período de Transición ha intervenido en algunas ocasiones en lo que se refiere a temas relacionados con la acción por incumplimiento. En esta tesina es necesario analizar uno de estos fallos con el propósito de establecer con claridad cómo ha funcionado la aplicación de la acción

por incumplimiento y de esta manera tener un panorama más acertado de cual es su alcance.

Todo aquello que se ha mencionado anteriormente como los temas a tratar dentro de esta tesina es importante ya que va a demostrar que la función de la acción de incumplimiento es dotar a los ciudadanos con una garantía constitucional que permita poner en práctica los postulados teóricos de la Constitución respecto del ordenamiento jurídico. En este sentido se diferencia de la acción de protección, que busca tutelar la vigencia de los derechos constitucionales. Se trata, entonces, de dos acciones constitucionales que buscan objetivos distintos: la vigencia del ordenamiento jurídico y la protección de derechos subjetivos, en cada caso.

1. El principio de supremacía constitucional y el control constitucional como ejes del constitucionalismo

El principio de supremacía constitucional resulta relevante dentro de esta tesina, porque el Ecuador está jurídicamente organizado como un régimen constitucional. Esto quiere decir que la Constitución es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico³ y en ella se ve limitado el poder del Estado⁴ y a su vez establece los Derechos Fundamentales que van a regir al mismo. La Constitución al ser suprema debe garantizar la seguridad jurídica y el imperio de los derechos fundamentales, es por esta razón que dentro de la norma suprema se incorporan a las garantías jurisdiccionales. La acción por incumplimiento es una forma de limitar o hacer funcionar el poder del Estado para la consecución de sus fines y actúa como garantía del cumplimiento de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico y tiene relación con el principio de supremacía constitucional, en el hecho de que el Estado para cumplir con la supremacía debe aplicar su ordenamiento jurídico y la garantía de esta aplicación es la acción por incumplimiento que puede ser interpuesta por cualquier persona como mecanismo de protección a sus derechos.

Partiendo de la idea que la Constitución es la condición de validez y unidad del ordenamiento jurídico se encuentra la justificación para la existencia del principio de supremacía constitucional. Para el tratadista ecuatoriano OYARTE, las normas inferiores encuentran su validez en la Constitución y la unidad del ordenamiento jurídico depende del mismo instrumento al existir normas de diferente jerarquía que encuentran su unidad positiva en la misma Constitución⁵. Respalda la idea de la supremacía constitucional como garantía de la unidad del ordenamiento jurídico GARCÍA DE ENTERRÍA, quien plantea que la Constitución, asegura una unidad del

³ El art. 424 de la Constitución establece que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

⁴ El art. 424 de la Constitución plantea que las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

⁵ OYARTE MARTÍNEZ RAFAEL, "La Supremacía Constitucional", en la obra colectiva dirigida por Morales Tobar Marco, Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Tribunal Constitucional, Quito, 1999, p. 78.

ordenamiento jurídico esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas⁶.

Resulta necesario definir el concepto de ordenamiento jurídico anteriormente mencionado ya que el principio de supremacía constitucional asegura la unidad del mismo. Desde la perspectiva de ESCUIN, el ordenamiento jurídico se define de la siguiente manera:

“La expresión ordenamiento jurídico presenta una pluralidad de sentidos para los diversos autores, que se puede concretar, básicamente en dos:

- 1) El ordenamiento jurídico como sistema normativo que es el conjunto de reglas o directivas a través de las cuales se determina la organización de un grupo social y se realiza la función de resolución de conflictos en la satisfacción de necesidades.
- 2) El ordenamiento jurídico como complejo social organizativo que significa que las normas jurídicas y la realidad social mantendrían un importante proceso interactivo, como consecuencia del cual una misma norma sería susceptible de tener un distinto significado según la sociedad en la que se aplicara⁷”.

Es entonces imperativo que el principio de supremacía constitucional esté presente en el ordenamiento jurídico, ya que éste contiene la organización de un grupo social a través de las normas como fue definido anteriormente, siendo la Constitución la norma suprema dentro del mismo y limitando a su vez a las normas de rango inferior. La supremacía constitucional de esta manera, sería el principio que mantiene unido al ordenamiento jurídico porque pone en posición suprema a la Constitución que a su vez exige conformidad del resto de normas del ordenamiento jurídico.

1.1 Concepto e importancia de supremacía constitucional

El principio de supremacía constitucional ha sido definido por el constitucionalista español TORRES DEL MORAL de la siguiente manera:

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, “La Constitución como norma y el tribunal constitucional”, Civitas, Madrid, 1985, p. 97.

⁷ ESCUIN PALOP VICENTE, “Elementos de derecho público”, Tecnos, Madrid, 1997, p. 19-20.

“La Constitución es la norma fundamental o superior de un ordenamiento jurídico, por lo que las leyes ordinarias, subordinadas a ella jerárquicamente, deben ajustarse a sus prescripciones. Esta supremacía significa que la ley ordinaria debe ser conforme al texto constitucional, de forma que una ley contraria a la Constitución no debe aplicarse, y que debe existir un organismo que permita determinar la constitucionalidad de las leyes y declarar la nulidad o la no aplicación de las que vulneran a la Constitución⁸”.

Esta definición contiene todos los elementos a tratarse en este capítulo como son la supremacía constitucional como principio fundamental del Derecho Constitucional y el control constitucional como forma de garantizarlo. El principio de supremacía constitucional recoge la idea que la carta política ocupa el lugar jerárquico más alto dentro de toda la legislación nacional y de manera general, su existencia se ve justificada en el hecho de que todas las leyes deben adecuarse o no contravenir a la misma, dicho en otras palabras, este principio reconoce que la Constitución Política de un Estado es la ley que contiene los lineamientos que han de regir el contenido del orden jurídico positivo.

De acuerdo con el constitucionalista argentino MATIENZO, la supremacía constitucional es un principio fundamental de todo Estado de Derecho ya que implica la superioridad de la Constitución y no de los hombres o funcionarios encargados de aplicarla⁹. Este es un concepto un poco más filosófico pero que sin duda alguna sirve para establecer la clara subordinación de los poderes estatales a la Constitución. Esta definición guarda mucha relación con la funcionalidad de la acción por incumplimiento en la medida de que ésta busca ser una garantía de la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico.

Desde la perspectiva del tratadista ÁLVAREZ CONDE, no solamente se debe ver a la Constitución como suprema en el ordenamiento jurídico positivo. Este autor plantea la idea de la supremacía constitucional de la siguiente manera:

“La Constitución es una norma cualitativamente distinta a las demás, es una norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico, ya que

⁸ TORRES DEL MORAL ANTONIO, “Principios de Derecho Constitucional”, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 72.

⁹ MATIENZO JOSÉ NICOLÁS, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Tea, Buenos Aires, 1999, p. 208.

incorpora el sistema de valores que ha de constituir el orden de convivencia política. La Constitución es una superley, una norma normarum, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico del cual forma parte¹⁰.

Conforme a esta definición, la creación de un sistema de garantías jurisdiccionales encuentra su justificación en el hecho de que se requieren mecanismos efectivos para salvaguardar aquellos derechos contenidos en la Constitución, norma máxima del ordenamiento jurídico. Son estas garantías entonces fundamentales en un régimen constitucionalista para poder hacer respetar y cumplir los mandatos de la norma suprema.

El jurista BIDART CAMPOS establece que, cuando el constitucionalismo moderno forjó el tipo de constitución escrita o codificada, adosó a la constitución formal el rango de supremacía y el carácter de superley. La Constitución venía a ser entonces la ley máxima que esta por encima de todas las otras. El mismo autor plantea que esta definición de supremacía constitucional hace necesario establecer tres ideas básicas acerca de este concepto:

- a) Que el poder de donde la constitución provenía (poder constituyente) limita, subordina y condiciona al poder del estado (poder constituido)
- b) Que a raíz de esa distinción, la constitución emanada del poder constituyente encabeza un orden jurídico jerárquico y graduado que exige la coherencia de una prelación a favor de la constitución suprema; y
- c) Que cuando ese orden de prelación se fractura, la norma o el acto infractorio de la constitución exhibe un vicio o un defecto de inconstitucionalidad¹¹.

Los conceptos doctrinarios anteriormente citados son concordantes al momento de conceptualizar al principio de supremacía constitucional, resaltando principalmente que las normas de rango inferior del ordenamiento jurídico deben guardar concordancia con la Constitución, razón por la cuál es suprema y también porque de

¹⁰ ÁLVAREZ CONDE ENRIQUE, "Curso de Derecho Constitucional Volumen I", Tecnos, Madrid, 2000, p. 162.

¹¹ BIDART CAMPOS GERMÁN, "Derecho Constitucional Comparado", Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1998, p. 93.

ella emanan los valores fundamentales, considerados pilares dentro de un Estado constitucionalista.

La importancia de las ideas anteriormente mencionadas está en que mediante este principio básico de derecho constitucional, se busca que la Constitución no solamente se limite a los poderes del Estado sino que también las leyes inferiores a la misma sean concordantes o de no ser este el caso se declaren inconstitucionales, es decir que no sólo hay una prelación en el ordenamiento jurídico sino que también se limita al poder constituido. Podría afirmarse que el orden jurídico estatal es un todo cerrado que no admite nada por fuera de la Constitución ni contra la Constitución¹².

Es imperativo mencionar que el principio de supremacía constitucional tiene dos aspectos básicos, el formal y el material, siendo el primero la garantía de inmunidad frente a todas las normas en la medida en que tiene un procedimiento especial para su reforma. La supremacía constitucional desde la perspectiva material se ve manifestada en la exigencia de que todas las normas del ordenamiento jurídico deben ser conformes a la Constitución¹³.

El principio de supremacía constitucional encuentra su fundamento en la necesidad de tener un cuerpo normativo que regule los poderes del Estado así como también los derechos fundamentales que predominan en la organización estatal. Con respecto a las limitaciones de los poderes estatales se puede decir que:

“El principio de supremacía de la Constitución es la más eficiente garantía de la libertad y la dignidad de un individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental. Si los actos emanados de dichos poderes tuvieran la misma jerarquía jurídica de las normas constitucionales, la Constitución y, con ella, todo el sistema de amparo de la libertad y la dignidad humanas que ella consagra, podría ser en cualquier momento dejada sin efecto por los órganos institucionales a los cuales aquélla pretende limitar su actuación¹⁴”.

¹² SÁCHICA LUIS CARLOS, “Derecho Constitucional General”, Temis, Bogotá, 1999, p. 35.

¹³ MOLAS ISDRE, “Derecho Constitucional”, Tecnos, Madrid, 1998, p. 215.

¹⁴ BARRAGÁN ROMERO, GIL, “El control de constitucionalidad”, en Revista Iuris Dictio, año 1 número 2, Abril 2000, p. 81.

Este aspecto de la supremacía constitucional es básico para entender su importancia en un régimen constitucionalista, ya que de esta manera no solamente la Constitución prevalece como instrumento jurídico sobre las demás normas, sino que también se evitan discrecionalidades por parte de los poderes del Estado al tener éstos que adecuar sus actuaciones a lo establecido en la norma suprema. Según OYARTE, todo el poder del Estado nace de la Constitución, por lo tanto, la Constitución es suprema frente a todos los poderes del Estado, pues aquella es la que los determina¹⁵. Los poderes públicos por lo tanto deben justificar sus actuaciones conforme a lo establecido en la Constitución. Las garantías jurisdiccionales son entonces algunos mecanismos que tienen los ciudadanos para exigir un comportamiento adecuado a lo establecido en la Constitución por parte del poder público.

Como parte de la conceptualización e importancia que tiene la supremacía constitucional para un régimen constitucionalista como el ecuatoriano, es necesario mencionar los cuatro fundamentos de la supremacía constitucional desde la perspectiva del tratadista colombiano TOBO, ya que de acuerdo con este autor cada uno de los fundamentos de la supremacía constitucional representa un motivo para su existencia:

- a) Explicación Institucional: de conformidad con esta tesis, como quiera que la Constitución crea los órganos del Estado, señalando, al mismo tiempo, sus funciones y competencias, ninguna de las autoridades así establecidas tiene la facultad para atentar contra el texto al cual debe su existencia.
- b) Explicación basada en la idea del pacto social: la supremacía del texto constitucional se funda en que la Carta Política define los principios y reglas que se imponen a los gobernantes y a los gobernados, señalando los derechos individuales o sociales que el poder público debe respetar y

¹⁵ OYARTE MARTÍNEZ RAFAEL, op. cit. p. 1.

auspiciar para asegurar su realización concreta, como ocurre, entre otros, con el derecho a la igualdad y la libertad de expresión.

- c) Explicación Axiológica: desde este punto de vista, una Constitución es expresión de los valores de un orden, ella adquiere una jerarquía superior en cuanto se manifiesta como la formulación de los valores que tienen vigencia en una comunidad y, al mismo tiempo, es expresión de las fuerzas y elementos sociales que lo representan.
- d) Dimensión Jurídica: desde esta perspectiva, la Constitución es la base en que descansa el resto del ordenamiento jurídico. Toda norma encuentra soporte directo o indirecto en la Carta¹⁶.

De acuerdo con estos cuatro puntos de vista, existen diferentes explicaciones al fenómeno de la supremacía constitucional. Desde la perspectiva institucional, la Constitución es la norma suprema porque de esta forma al ser creados los órganos del Estado por la misma no podrán atentar contra la misma. Según la idea del pacto social, la Constitución encuentra su supremacía en el hecho de que en la misma se definen principios y reglas y los derechos individuales y sociales que son de vital importancia para el funcionamiento de la sociedad. De acuerdo con la explicación axiológica, la fundamentación de la supremacía constitucional se basa en que en ella se expresan valores fundamentales para la sociedad y es un reflejo de la situación en la que se encuentra, es por esta razón que si bien el principio de supremacía constitucional es ampliamente aceptado e implementado en regímenes constitucionalistas el texto supremo es a veces modificado, una realidad que hemos vivido en nuestro país diez y nueve veces.

1.1.1 La teoría del bloque constitucional

Dentro de lo relativo a la supremacía constitucional, es importante hacer hincapié en la teoría del bloque constitucional ya que este principio se ve fortalecido por medio de esta teoría de Derecho Constitucional históricamente, el término bloque de

¹⁶ TOBO RODRÍGUEZ JAVIER, "La corte constitucional y el control de constitucionalidad", Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2004, p. 36-37.

constitucionalidad fue concebido en Francia en el año de 1966, al ser adoptado por una resolución del Consejo Constitucional francés¹⁷. Conceptualmente, el bloque de constitucionalidad puede ser considerado como el conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera de lo textualmente establecido en la Constitución. Para definir la teoría del bloque constitucional, UPRIMNY considera lo siguiente:

“Este concepto hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita¹⁸”.

La teoría del bloque constitucional lo que busca es validar aquellas normas que no necesariamente están incorporadas de manera escrita a la Constitución como aquellos valores que se han desarrollado en otros países como México, Argentina o España a través de la jurisprudencia emitida por los tribunales especializados en materia constitucional.

1.1.2 La supremacía constitucional según la teoría de Kelsen

Para Kelsen, cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho frente al grado inferior y una reproducción del derecho ante el grado superior. Mediante su jerarquización de normas, este tratadista ha logrado establecer un orden de cuerpos normativos dentro del derecho positivo en el cuál la Constitución está en lo más alto, esto quiere decir que para Kelsen también es

¹⁷ OSPINA MEJÍA, LAURA, “Aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia, Revista de Temas Constitucionales, año 1, número 2, julio-septiembre 2006, en <http://www.juridicas.unam.mx/>, pp. 191 Consulta: 12 de febrero 2010.

¹⁸ UPRIMNY YEPES RODRIGO, “Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal”, en <http://dejusticia.org/>, pp. 2 Consulta: 12 de febrero 2010.

imperativa la supremacía constitucional para el funcionamiento óptimo del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con la doctrina de Kelsen, la supremacía constitucional consiste en que la Constitución es la más alta grada jurídico positiva y su misión consiste en regular los órganos y el procedimiento de la producción jurídica¹⁹. Esta definición se puede interpretar como la subordinación de normas inferiores a la Constitución, así como también el apego a la norma suprema que tienen que tener las mismas al momento de su creación. Mediante el principio de supremacía constitucional, cualquier norma que vaya en contra de la Constitución es inconstitucional y por ende no puede operar en el ordenamiento jurídico, desde la perspectiva de Kelsen esto es lo que se busca por medio de la supremacía constitucional.

Con relación a la pirámide de cuerpos normativos positivos de Hans Kelsen y su relación con el principio de supremacía constitucional, María Mercedes Serra establece que el tipo de garantía de la Constitución conforme a aquella estructura piramidal del orden jurídico presupone una determinada concepción de la Constitución. Es decir, se parte de concebirla como un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden²⁰.

Con respecto al control constitucional, Kelsen también es el responsable de la creación del control concentrado aplicado en Austria, ésto como una forma de oponerse al control difuso implementado en Estados Unidos.

1.2 El principio de supremacía constitucional en la legislación ecuatoriana

Así como en cualquier régimen constitucionalista, el Ecuador ha incorporado el principio de supremacía constitucional dentro de la norma suprema a lo largo de su historia constitucional.

¹⁹ KELSEN HANS, "Teoría Pura del Derecho", Losada, Buenos Aires, 1941, p. 99.

²⁰ SERRA MARÍA MERCEDES, "Procesos y Recursos Constitucionales", Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 10.

1.2.1 Evolución del principio de supremacía constitucional a lo largo de la historia constitucional del Ecuador

La integración del principio de supremacía constitucional dentro de las constituciones ecuatorianas, al tener un sistema tan inestable en cuál la Constitución ha sido reformada diez y nueve veces en total es importante reconocer como este principio ha evolucionado hasta llegar a lo establecido en el Art. 424 de la Constitución de Montecristi.

La Constitución del Ecuador de 1897 por ejemplo establece en el art. 132 la supremacía constitucional de la siguiente manera:

“La Constitución es la Suprema Ley de la República, y cuales quiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuvieran en contradicción, o se apartaren de su texto, no surtirán efecto alguno²¹”.

La norma suprema de 1929 define a la supremacía constitucional en el art. 161 así:

“La Constitución es la Ley Suprema de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones, pactos o tratados públicos, que se opusieren a ella o alteraren, de cualquier modo, sus prescripciones²²”.

Cabe notar que hasta entonces, los tratados internacionales todavía no eran considerados dentro de la pirámide jurídica que regía al ordenamiento jurídico ecuatoriano. La noción de los tratados internacionales frente a la supremacía constitucional es importante para entender su evolución en el constitucionalismo ecuatoriano y para entender el concepto de supremacía constitucional que se maneja en la actualidad.

Como parte de la evolución de este principio es importante reconocer como con el pasar del tiempo, las diferentes constituciones que han regido al país han planteado

²¹ Constitución Política del Ecuador 1897

²² Constitución Política del Ecuador 1929

a este principio, en definitiva sin ningún mayor cambio y sin duda alguna estas dos nociones de supremacía constitucional han sido claras al enfatizar la conformidad que las normas de inferior rango deben mantener con la Constitución.

En 1978, el art. 137 de la Constitución plasmaba al principio de supremacía constitucional dentro de su articulado de la siguiente manera:

“La Constitución es la ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones²³”.

Esta Constitución mantiene el concepto que ya se había establecido a lo largo de la historia sobre la conformidad que las normas inferiores deben guardar con la Constitución, incorporando a esta subordinación a los tratados internacionales.

Finalmente, el texto constitucional vigente a partir de 1998 definía a la supremacía constitucional en el art. 272 de la siguiente manera:

“La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos–leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior²⁴”.

En el texto constitucional anteriormente citado, se determinaba que la Constitución es superior a todas las otras normas pero con la novedad de que los jueces o autoridades administrativas estaban obligados a aplicar de oficio a la norma jerárquicamente superior.

²³ Constitución Política del Ecuador 1978

²⁴ Constitución Política del Ecuador 1998

1.2.2 La Constitución de Montecristi y el principio de supremacía constitucional

La reforma constitucional no solamente trajo cambios en lo que se refiere a las garantías jurisdiccionales, el principio de supremacía constitucional si bien no de manera dramática ha variado con relación a lo que se establecía en la Constitución de 1998.

Así, el art. 424 de la Constitución creada en Montecristi establece la supremacía constitucional de la siguiente manera:

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica²⁵”.

Con relación a la supremacía constitucional del artículo 424 de la Constitución ecuatoriana, MARTÍNEZ plantea lo siguiente:

“No hay excepción al artículo, y de hecho el mandato se detalla en los artículos precedentes: el artículo 425, cuando señala a la Constitución como la primera en el orden jerárquico de aplicación de las normas; el 426, que determina que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución, que debe ser aplicable directamente por los jueces y autoridades públicas; y como corolario, la disposición derogatoria, cuando afirma, después de invalidar la Constitución de 1998, que “el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución²⁶”.

Es importante resaltar que el principio de supremacía constitucional se aplica de manera derogatoria del anterior texto constitucional estableciendo que todas las normas jurídicas vigentes permanecen válidas si es que no contraviene a la Constitución.

²⁵ Constitución Política del Ecuador 2008

²⁶ MARTÍNEZ DALMAU RUBÉN, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en la obra colectiva dirigida por Tribunal Constitucional del Ecuador, Desafíos Constitucionales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 282.

El art. 425 de la Constitución recoge en su contenido el orden jerárquico de las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional, siendo la Constitución la norma suprema y aparentemente relegando a los tratados internacionales a un segundo lugar.

Sin embargo es necesario resaltar que el inciso segundo del art. 424 de la Constitución establece lo siguiente:

“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público²⁷”.

Esta es entonces una excepción al orden jerárquico establecido en el art. 425 de la carta política dejando a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos mas favorables que aquellos contenidos en la Constitución en una supremacía sobre la misma.

Dentro de la evolución histórica del principio de supremacía constitucional en el derecho ecuatoriano se hizo mención a la importancia de la inclusión de los tratados internacionales ya que en la actual Constitución se les ha dado un trato preferencial por sobre las demás normas. Para PÉREZ LOOSE, este trato preferencial que se ha dado a los tratados internacionales dentro de la Constitución puede encontrar la siguiente justificación:

“En buena medida, el desarrollo de este nuevo capítulo que vive el Derecho Internacional dependerá del grado de eficacia que tengan sus normas. Es aquí donde las Constituciones nacionales, y en general el Derecho Constitucional juegan un papel crítico. Las Constituciones se ubican precisamente en el vértice de encuentro entre estos procesos normativos²⁸”.

²⁷ Constitución Política del Ecuador 2008

²⁸ PÉREZ LOOSE HERNÁN, “Constitución y Tratados”, en la obra colectiva dirigida por Diego Pérez, La Constitución Ciudadana, Quito, 2009, p. 120.

Justamente se puede ver el reflejo de aquello planteado por este autor en la intención del segundo inciso del art. 424 de la Constitución en donde se busca dar mayor protagonismo y utilidad a los derechos mas favorables reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los tratados internacionales en este caso tienen un carácter supra constitucional o están al mismo nivel de la Constitución. La carta magna en este caso sigue siendo la legitimadora, y ésta ha establecido que el contenido de los tratados internacionales de derechos humanos que beneficien a los derechos tendrán aplicación preferencial por sobre las demás normas del ordenamiento jurídico inclusive planteando la incógnita si es que éstos a su vez podrían llegar a representar una excepción al principio de supremacía constitucional.

1.3 Marbury vs. Madison como origen del principio de supremacía constitucional y del control constitucional

El caso Marbury vs. Madison resulta muy importante al momento de analizar la supremacía constitucional, ya que dentro del fallo del Juez Marshall se encuentra resuelto el conflicto que experimentaban los jueces hasta ese entonces sobre si aplicar una ley o la Constitución si es que entre ellas existía algún conflicto o contradicción. Hoy en día resulta bastante obvia la respuesta pero históricamente este fallo ha resultado ser fundamental para el nacimiento y consolidación del principio de supremacía constitucional y del control constitucional.

Marbury fue nombrado juez de paz por el entonces presidente de Estados Unidos Adams quién al momento de hacer la designación estaba por terminar su mandato. Fue justamente por estar en un momento de transición que no se hizo entrega del nombramiento a Marbury. El conflicto surge cuando el Secretario de Estado del Presidente Jefferson, James Madison se rehúsa a entregar el nombramiento de Juez a Marbury quien a su vez acude a la Corte Suprema para que se obligue a Madison a cumplir con el otorgamiento del mandamiento respectivo a favor del afectado. Marbury demandó a Madison en su carácter de secretario de Estado y responsable

de enviarle su nombramiento. Pedía un writ of mandamus²⁹ para que el gobierno se viera obligado a hacerle llegar el nombramiento³⁰.

Frente a este problema, el Juez encargado del caso, John Marshall debía tomar una decisión sobre la norma aplicable, la Ley Orgánica del Poder Judicial o la Constitución.

El aspecto principal del fallo emitido por Marshall con relación al caso es que los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y que esta es superior a toda ley ordinaria. En caso de que ambas sean aplicables, la Constitución debe ser la elegida para regir. Esto refleja claramente como opera el principio de supremacía constitucional en la práctica, siendo la norma suprema aquella que se debe aplicar en caso de conflicto con otra norma de manera obligatoria por los jueces.

Para CARBONELL, el caso Marbury vs. Madison es esencial para el desarrollo del control constitucional por lo siguiente:

“La elección que tomó Marshall ha marcado por décadas no solamente al modelo americano de control de la constitucionalidad de las leyes, sino también a los desarrollos constitucionales de otros países, México entre ellos. Lo que queda claro a partir de los postulados de la sentencia es que cualquier juez que se enfrente a una norma constitucional debe inaplicarla, estableciéndose de esta manera el control difuso de la constitucionalidad. Para Marshall la facultad de los jueces para determinar cuál es el derecho aplicable –facultad que corresponde a la verdadera esencia del deber judicial - incluía la verificación de la constitucionalidad de las leyes³¹”.

En lo que se refiere al control constitucional, se considera que la decisión del Juez Marshall es la responsable de la instauración del judicial review, o control por un órgano judicial. Al encontrar que una norma contradice a la Constitución, ésta por ser la norma suprema del ordenamiento jurídico es la que debe aplicarse, de acuerdo

²⁹ Writ of mandamus es un término del derecho anglosajón. Por medio del mismo, una Corte superior puede ordenar a una de rango inferior o a un funcionario público al cumplimiento de una norma o un mandato.

³⁰ CARBONELL MIGUEL, “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, Temis, Madrid, 2001, p. 5.

³¹ CARBONELL MIGUEL, op. cit. p. 12.

con Marshall, los jueces son los encargados y tienen la atribución de realizar este tipo de control.

1.4 El control constitucional como forma de garantizar el principio de supremacía constitucional

Toda la lógica del derecho descansa sobre el principio de la supremacía constitucional. El ordenamiento jurídico, por sus características anotadas, debe estar encabezado por un documento de mayor jerarquía y reformable solamente por un proceso más complicado que el de las leyes y otras normas³². Esto hace necesario que conjuntamente con el principio de supremacía constitucional se realice un control constitucional efectivo para garantizar la aplicación adecuada de las normas contenidas en la carta magna, así como también que las normas de carácter inferior no contravienen con lo establecido en la misma. El principio de supremacía de la constitución sobre los demás del orden jurídico, conduce necesariamente al establecimiento de mecanismos de control y nulidad de las actuaciones de los poderes constituidos, contrarios a la normatividad superior de la ley fundamental³³.

El control de constitucionalidad es importante para asegurar la supremacía constitucional porque ésta se hace efectiva por medio del control constitucional ya que se controla que todas las normas del ordenamiento jurídico estén adecuadas a la Constitución, preservando así su supremacía.

La Constitución vigente en el Ecuador trajo consigo muchos cambios, incluyendo al control constitucional, implementando lo que se conoce como el control concentrado de constitucionalidad. Sin embargo, para llegar a esta idea es necesario mencionar todas las formas de control constitucional utilizadas o aplicadas por los

³² PÉREZ ORDÓÑEZ DIEGO, “Temas de Derecho Constitucional”, La Constitución, USFQ, Quito, Octubre 2003, p. 7-8

³³ VALADES DIEGO, Constitución y política, UNAM, México DF, 1987, p. 75.

diferentes ordenamientos jurídicos. Con respecto a las distintas formas de control constitucional, el tratadista ecuatoriano BARRAGÁN considera que su necesidad se basa en lo siguiente:

“Para saber si un acto ha sido válidamente ejecutado por una autoridad pública, si ella ha actuado dentro de su competencia, o si una ley o no compatible con la Constitución, debe haber alguien que lo declare, pues la supremacía sería ineficaz si no hubiera quien la haga efectiva. Desde el establecimiento de la democracia representativa ha habido tres sistemas principales algunos para ejercer el control de la constitucionalidad; se lo ha hecho por un órgano político, por la justicia ordinaria o por un tribunal específico³⁴”.

La doctrina reconoce tres formas de control constitucional:

- a) Control por un órgano político
- b) Control por un órgano judicial
- c) Control concentrado

El jurista español PÉREZ ROYO, establece que el control político se da cuando uno de los órganos políticos del poder público asume el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. El mismo autor define al control judicial como una forma de control concebida en los Estados Unidos en el cuál le corresponde a cualquier juez o tribunal el control de constitucionalidad de un precepto normativo. Finalmente, el control concentrado es aquél en el que el control constitucional queda a cargo de un tribunal o corte constitucional como órgano único de control³⁵.

Cabe resaltar que el control por un órgano judicial también es denominado como control difuso porque el control constitucional se encarga a distintos agentes, y tiene como peculiaridad que de acuerdo con OYARTE puede ser iniciado por vía de acción o también conocido como abstracto o por vía de excepción en cuyo caso sería concreto³⁶. Estados Unidos considera que el fundamento para el control por un

³⁴ BARRAGÁN ROMERO GIL, op. cit. p. 4.

³⁵ PÉREZ ROYO JAVIER, “Curso de Derecho Constitucional”, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 137.

³⁶ OYARTE MARTÍNEZ RAFAEL, op. cit. p. 1.

órgano judicial se encuentra en que las cuestiones constitucionales son eminentemente jurídicas y por esta razón deben ser tratadas por un organismo de carácter judicial y no político.

Actualmente no se reconocen muchas formas de control constitucional por un órgano político. Sin embargo, un ejemplo de un país en cuya Constitución se establece esta forma de control es Francia. En este caso, el control está a cargo del Comité Constitucional, órgano político, encabezado por el Presidente de la República y conformado por el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Consejo de la República y siete miembros elegidos por la Asamblea Nacional.

1.4.1 El control constitucional en la carta política ecuatoriana

La décimo novena carta política en entrar en vigencia en el país ha incorporado grandes cambios en lo referente a su contenido, uno de ellos y sin duda alguna uno muy importante es el del control constitucional.

Anteriormente, la carta política promulgaba en su art. 274 lo siguiente:

“Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido³⁷”.

Esto quiere decir que de acuerdo con la Constitución de 1998 en el Ecuador se practicaba lo que se conoce como control difuso de constitucionalidad, o control por un órgano judicial.

La reforma constitucional hizo que en la actualidad, la Constitución incorpore un sistema de control concentrado de constitucionalidad, lo cual se refleja en lo establecido en el art. 428 que establece lo siguiente:

³⁷ Constitución Política del Ecuador 1998

“Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos mas favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma³⁸”.

La diferencia entre los dos tipos de control constitucional y, el articulado de las dos cartas políticas en definitiva es que anteriormente cualquier juez de oficio o a petición de parte podía declarar inconstitucional a una norma que vaya en contra de la Constitución, asegurando así su supremacía. La actual Constitución, preserva a este principio mediante el control concentrado en el cuál es responsabilidad de los jueces el remitir un expediente con la norma inconstitucional a la Corte Constitucional para esperar su fallo. Con respecto a este cambio, el jurista español MARTÍNEZ considera que se trata de una de las innovaciones de primera magnitud introducidas por el constituyente con el propósito de fortalecer la justicia constitucional³⁹.

³⁸ Constitución Política del Ecuador 2008

³⁹ MARTÍNEZ DALMAU RUBÉN, op. cit. p. 10.

2. Evolución de las garantías jurisdiccionales en la Constitución de Montecristi frente a la de 1998

2.1 Definición y tipos de garantías

Es necesario antes de analizar las garantías jurisdiccionales definir y establecer cuáles son los otros tipos de garantías previstas por el ordenamiento jurídico. Con relación al concepto de garantía, el tratadista mexicano BAZDRESCH considera que:

“En el ámbito jurídico existe primero la noción de la garantía en el derecho privado, que es el pacto accesorio mediante el cual se asigna determinada cosa al cumplimiento de alguna obligación. En el derecho público la noción de la garantía es totalmente diferente de las anteriores, y comprende básicamente una relación subjetiva, pero directa entre la autoridad y la persona, no entre persona y persona⁴⁰”.

Otro concepto de garantía es el que presenta SILVA quien plantea que:

“El término garantía responde a dos características concretas. En primer lugar es de naturaleza procesal, en segundo lugar su fin es hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales. Una garantía es entonces todo mecanismo para hacer efectivo un derecho⁴¹”.

Para completar la conceptualización del término garantía, PRIETO SANCHÍS considera que la importancia de las garantías en el ordenamiento jurídico radica en que:

“Cualesquiera sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos⁴²”.

Este último autor plantea la relación directa entre la existencia de derechos en un ordenamiento jurídico con los medios de garantizar éstos por parte del mismo

⁴⁰ BAZDRESCH LUIS, “Garantías Constitucionales”, Trillas, México DF, 2002, p. 12.

⁴¹ SILVA PORTERO CAROLINA, “Las Garantías de los... op. cit. p. 63.

⁴² PRIETO SANCHÍS LUIS, “El sistema de protección de los derechos fundamentales”, Universidad Carlos III, Madrid, 1999, p. 370.

ordenamiento jurídico; es entonces fundamental que los derechos sean protegidos por garantías para de esta manera asegurar su vigencia y existencia.

Para el análisis del tema de las garantías y posteriormente las garantías jurisdiccionales, el único concepto que presenta alguna utilidad es el de la garantía desde la perspectiva del derecho público; cabe resaltar la relación que existe entre la autoridad pública y la persona, ya que son las autoridades o funcionarios públicos aquellos que están encargados de respetar los derechos de los ciudadanos, quienes a su vez poseen las garantías como medios para accionar y hacer respetar algún derecho menoscabado.

Si bien es cierto que el objetivo principal de este capítulo es analizar las garantías jurisdiccionales, resulta importante de manera introductoria analizar y definir de manera breve al resto de garantías presentes en el ordenamiento jurídico. El tratadista ecuatoriano ÁVILA con el fin de hacer una aproximación al tema de las garantías en la Constitución ecuatoriana ha establecido lo siguiente:

“La garantía, en la Constitución de 1998, se la entiende ligada, fundamentalmente, a la acción judicial y subsumida en el título que reconoce los derechos. En cambio, la Constitución del 2008 le da al tema una relevancia fundamental y lo concibe de manera integral. La garantía corresponde a un título independiente de los derechos y no se restringe a lo judicial⁴³”.

Las garantías jurisdiccionales son objeto de un estudio más profundo a continuación en este capítulo, pero antes es fundamental definir a dos garantías que están contenidas en la Constitución: las garantías normativas y las garantías públicas.

Las garantías normativas se encuentran contenidas en el art. 84 de la Constitución y cuyo contenido dicta lo siguiente:

⁴³ ÁVILA RAMIRO, “Las garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”. En: *Desafíos Constitucionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 93.

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución⁴⁴”.

Básicamente lo que este artículo quiere transmitir con relación a las garantías normativas es que cualquier autoridad pública que tenga la potestad de dictar leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas, como son la Asamblea Nacional, el Presidente de la República o un Municipio debe adecuar la creación de los mismos a aquello consagrado en la Constitución. Bajo ningún concepto una autoridad puede normar en contra de la Constitución ya que existe la posibilidad de que mediante esta actuación se esté afectando algún derecho de los ciudadanos. Esta garantía busca entonces proteger a las personas de potenciales arbitrariedades que podrían surgir con respecto de sus derechos producto de la creación de una ley por ejemplo, o alguna ordenanza municipal que vulnere derechos constitucionales y de tratados internacionales.

Las garantías públicas por otra parte están contenidas en el art. 85 de la Constitución que establece lo siguiente:

“La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.
3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

⁴⁴ Constitución Política del Ecuador 2008

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades⁴⁵”

Las garantías políticas por otra parte, son aquellas que dan la potestad a los ciudadanos de exigir que los proyectos o políticas públicas presentados o implementados por las autoridades públicas sean congruentes con aquellos derechos establecidos en la Constitución. No solamente deben estas decisiones guardar relación con los derechos que la Constitución tiene previstos para las personas, sino que también la ejecución de los planes y proyectos debe buscar la realización y el fomento de estos derechos.

2.2 Aspectos generales de las garantías jurisdiccionales

Como en varios otros aspectos, la Constitución de Montecristi ha introducido cambios en lo referente a las garantías jurisdiccionales. Para poder determinar la funcionalidad y el alcance de la acción por incumplimiento frente a la acción de protección es necesario primero analizar estos cambios y como se concibe a través de la nueva Constitución a las garantías jurisdiccionales. A continuación se pretende estudiar los aspectos principales de este tema con la intención de hacer una comparación entre la anterior y la actual carta política.

Las garantías jurisdiccionales y la condición procedimental de la actual carta política, en cuanto a esta materia, marca sin duda alguna un avance para el cumplimiento del principio de supremacía constitucional, evitando así que éste quede como una simple declaración desprovista de los medios o mecanismos de cumplimiento efectivo de los derechos consagrados en la Constitución. Es por esta razón que era importante tratar la supremacía constitucional como antecedente inmediato a las garantías jurisdiccionales y específicamente a la diferenciación entre la acción por incumplimiento y la acción de protección.

⁴⁵ Constitución Política del Ecuador 2008

La Constitución establece que es el máximo deber del Estado proteger los derechos⁴⁶, este enunciado contenido en la carta política cobra sentido con la existencia de las garantías jurisdiccionales cuya utilidad consiste en que haya un control efectivo de que los actos públicos no violen derechos reconocidos en la Constitución y de haber un daño, que éste sea remediado efectivamente. No existe, en otras palabras, poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido⁴⁷.

Para el tratadista argentino ARMAGNAGUE, el sistema de garantías dentro de la Constitución significa lo siguiente:

“Las garantías son aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo argentino y a todos los hombres de que sus derechos generales y especiales han de ser sostenidos y defendidos por las autoridades, y por el pueblo mismo y se consignan ya porque son inherentes a toda sociedad de hombres libres e iguales, ya porque se ha querido reparar errores o abusos del pasado⁴⁸”.

De lo anteriormente citado se puede inferir que la acción por incumplimiento es una innovación que presenta la Constitución de Montecristi en relación a las garantías jurisdiccionales y que las cartas políticas vigentes anteriormente en nuestro país no la incorporaban dentro de su texto. Esto puede ser un intento de dar mayor garantía a un derecho que anteriormente no se veía protegido como lo es la eficacia del sistema jurídico.

Antes de analizar la funcionalidad y la importancia de la acción por incumplimiento y contrastarla con lo que equivocadamente se puede considerar una acción de protección, es necesario comprender al resto de garantías jurisdiccionales contenidas en la Constitución de manera general, y entender el cambio que se ha dado con relación a la Constitución anterior.

⁴⁶ El art. 11 de la Constitución establece los principios que regirán el ejercicio de los derechos y en el numeral 9 plantea que es el más alto deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución.

⁴⁷ ÁVILA RAMIRO, “Las garantías: Herramientas... op. cit. p. 93.

⁴⁸ ARMAGNAGUE JUAN, “Manual de Derecho Constitucional”, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 222.

Las garantías jurisdiccionales son aquellas instituciones de seguridad creadas a favor de personas, a fin de que dispongan del medio necesario para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho⁴⁹. De acuerdo con esta definición, las garantías constitucionales son los medios que conducen a la protección de los derechos fundamentales de todas las personas⁵⁰. Cabe resaltar que la utilización de una de estas garantías deriva de la necesidad de proteger un derecho específico.

El jurista argentino GOZAÍNI, al definir a las garantías jurisdiccionales considera lo siguiente:

“La voz garantía proviene del término anglosajón warranty que significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar un derecho. Al mismo tiempo, el concepto supone una actividad precisa para dar respaldo a los derechos de las personas, de modo tal que las garantías quedan asimiladas a procedimientos específicos que tienden a estos fines⁵¹”.

De acuerdo con esta definición, existen derechos específicos, en este caso los derechos fundamentales cuya consagración se encuentra en la Constitución que necesitan mecanismos específicos de protección, cuya realización se da a través de la aplicación de las garantías jurisdiccionales incorporadas igualmente dentro de la carta política. El jurista español PISARELLO, apoya esta noción acerca de las garantías jurisdiccionales definiendo que éstas son mecanismos que se han incorporado en la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución⁵². La existencia de las garantías jurisdiccionales es entonces como se ha mencionado previamente una

⁴⁹ FERNÁNDEZ VÁSQUEZ EMILIO, “Diccionario de Derecho Público”, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 355.

⁵⁰ El art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establece que la finalidad de las garantías jurisdiccionales es la de la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y menciona también la reparación integral de los daños causados por alguna violación a los mismos.

⁵¹ GOZAÍNI OSVALDO, “Derecho Procesal Constitucional (Amparo)”, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 87.

⁵² PISARELLO GERARDO, “Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción”, Trotta, Madrid, 2007, p. 37.

consecuencia de la supremacía constitucional y el poder de exigir el cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución⁵³.

Como forma general e introductoria al tema de las garantías jurisdiccionales es necesario hacer mención de cómo éstas han evolucionado tomando en cuenta lo establecido anteriormente en la Constitución de 1998 y la actual. Con relación a este cambio, ÁVILA ha planteado lo siguiente:

“La garantía, en la Constitución de 1998, se la entiende ligada, fundamentalmente, a la acción judicial y subsumida en el título que reconoce los derechos. El capítulo VI de ésta, que se denomina de las garantías de los derechos, enumera cuatro garantías: el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo y la defensoría del pueblo. En cambio, la Constitución del 2008 le da al tema una relevancia fundamental y lo concibe de manera integral. La garantía corresponde a un título independiente de los derechos y no se restringe a lo judicial⁵⁴”.

Esta evolución de las garantías jurisdiccionales anteriormente mencionada es lo que hace que se haya calificado con el adjetivo de garantista a la actual Constitución, ya que se ha incorporado al texto una serie de garantías jurisdiccionales que son nuevas con el fin de ampliar la protección de los derechos. Es entonces imperativo analizar la funcionalidad e importancia de la acción por incumplimiento ya que es una de estas nuevas garantías jurisdiccionales y contrastarla con otra garantía que aparentemente es igual pero en el fondo tutela otro derecho, la acción de protección.

La Constitución anterior, a diferencia de la actual, regulaba las garantías como acciones cautelares, lo cual quiere decir que éstas solamente procedían en caso de que haya una violación grave o inminente de alguno de los derechos protegidos. En la Constitución de Montecristi se reformó este tema procesal elevando a las garantías a ser de fondo, de conocimiento y cautelares. Para CARBONELL, la

⁵³ El art. 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establece que el objeto y finalidad de dicha ley es el de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y garantizar su eficacia así como también la supremacía constitucional. Esto demuestra claramente la estrecha relación que existe entre el principio de supremacía constitucional y las garantías jurisdiccionales como forma o mecanismo para que se cumpla dicho principio así como también los derechos consagrados en la Constitución.

⁵⁴ ÁVILA RAMIRO, “Las garantías: Herramientas... op. cit. p. 92.