

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

1.- DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. DIFERENCIA ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Se advierte que aunque el presente trabajo, en su contexto, está dirigido al estudio de varias instituciones del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, no constituye de más referirse, someramente, a una disciplina jurídica vinculada, íntimamente, con aquellas: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Históricamente, en el desarrollo de la ciencia jurídica, tanto el Derecho Constitucional, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han forjado estrechos vínculos, esto, a gusto de quien realiza la presente investigación, por tres motivos:

a).- Las dos ramas jurídicas se ocupan de la protección de derechos inherentes a los seres humanos, la una mediante pactos o tratados internacionales suscritos entre entes pertenecientes a la Comunidad Jurídica Internacional y, la otra, desde la óptica de la dogmática constitucional, consagrada, clásicamente, en los textos constitucionales que surgen con el apareamiento del constitucionalismo clásico.

b).- Las dos aéreas mencionadas se encargan, asimismo, de establecer, como se verá *a posteriori*, un cúmulo de mecanismos de protección en caso de que los derechos sean vulnerados. Aunque, como se sabe, los sistemas y procesos judiciales de exigencia de dichos derechos son distintos: uno será el proceso a seguir en el ámbito internacional y, otro, el establecido para exigirlos en el ámbito del derecho interno; generalmente, la justicia constitucional.

c).- Los derechos protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son, generalmente y en su mayoría, consagrados en los catálogos de derechos que traen consigo los Códigos Políticos de los Estados, aunque ello lo limita al derecho interno a reconocer más derechos o a mejorar aquellos reconocidos en el ámbito internacional.

En este contexto, bajo esta estrecha relación, el respeto a la dignidad humana ha sido objeto de preocupación por parte de los Estados y de la comunidad de los mismos. Por tanto, tras varios procesos históricos, tales prerrogativas han podido ser consagradas tanto en los textos constitucionales, como en los varios pactos o tratados sobre la materia.¹

En tal virtud, los derechos constituyen una construcción histórica, pues son fruto de un contexto específico y del reconocimiento otorgado por cada sociedad.² Por ello, previo al estudio del tópico principal del presente trabajo, es preciso aludir brevemente a la temática de los derechos humanos y los derechos fundamentales, esto, con el objeto de comprender no solo el estrecho vínculo anotado entre dichas ramas del Derecho, pues no se puede hablar de procesos constitucionales sin hacer referencia al objeto de su protección³; sino, además, para enfatizar en que, so pena de su eventual diferenciación, todos los derechos son susceptibles de protección en el derecho interno cuando aquellos resulten lesionados, lo cual justifica, asimismo, la existencia de la justicia constitucional y que, además, cuentan con mecanismos internacionales para su exigencia una vez agotadas todas las vías internas.

En concordancia con lo anotado, abundan los criterios que se esfuerzan por marcar diferencias entre derechos humanos y derechos fundamentales⁴; por el contrario, otras posturas se decantan por no diferenciarlos y, más bien, asociarlos como sinónimos, dejando diferencia, solamente, entre aquellos y los derechos constitucionales.⁵

A pesar de aquel señalamiento y para efectos del presente trabajo, es preponderante establecer una distinción entre los términos arriba vertidos, cuestión que, en lo posterior,

¹ Sobre la evolución histórica de los derechos humanos véase GONZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

² SELAYARAM, RENATO, *La construcción de los derechos humanos*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 899.

³ Aunque, como se verá, en el caso ecuatoriano, no todo proceso constitucional ha sido instaurado para proteger derechos o, al menos, no de manera directa.

⁴ Al respecto se puede ver BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J. *Concepto y Modelos Históricos de los Derechos Fundamentales*, en *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Editorial Tecnos, 1994.

⁵ Sobre este tópico puede verse NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

permitirá identificar los derechos susceptibles de protección mediante cada una de las acciones constitucionales a estudiar.

La doctrina ha sido enfática en determinar la concepción que debe tenerse respecto a lo que se infiere por derechos humanos. Así, Gerardo ETO CRUZ define a los derechos humanos como aquellas prerrogativas derivadas de la dignidad del ser humano que aparecen como condición de la existencia de la ciencia del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional, señalando, además, que estos denotan la obligación de los Estados que han suscrito pactos y tratados internacionales sobre esta materia, a proteger al ser humano del accionar arbitrario del Estado.⁶

Sobre este mismo punto, el Tribunal Constitucional peruano ha determinado lo que se cita:

“Que los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa, son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales.”⁷

A decir de Antonio PÉREZ LUÑO, los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.⁸

En este sentido, se hace presente que, en primera instancia, los derechos humanos traerían consigo varios aspectos, a saber:

- Los derechos humanos constituyen aspectos inherentes a la naturaleza de los hombres, nacen con aquellos.
- No requieren reconocimiento, sino, únicamente, protección y esto se logra mediante pactos o tratados internacionales sobre la materia, suscritos, claro está, por cada uno de los Estados.

⁶ ETO CRUZ, GERARDO, Derecho Procesal Constitucional: su desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional peruano, México, Editorial Porrúa, 2012, p. 93.

⁷ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia No. STC 0050-2004-AI/TC, p. 71.

⁸ PÉREZ LUÑO, ANTONIO, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Décima Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2010, p. 48.

- Existe una obligación que vincula al Estado a proteger al individuo de su accionar arbitrario; por tanto, para dichos fines, se amparan los derechos humanos, mismos que gozan de mecanismos de protección, tal como se verá. En este sentido, la obligación estatal se traduce en brindar al ser humano los medios suficientes para la defensa y protección de sus derechos.⁹

Por otro lado, varios tratadistas definen a los derechos fundamentales. En este orden de ideas, Gerardo ETO CRUZ expone que los derechos fundamentales representan la concreción de los derechos humanos en el ámbito nacional.¹⁰ En el mismo sentido, Pablo PÉREZ TREMPs define a los derechos fundamentales como aquellos derechos reconocidos por la Constitución de un ordenamiento jurídico estatal concreto y específico; podría, pues, afirmarse que los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados.¹¹ Similar criterio ha mantenido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano al definir a estos como prerrogativas que sirven para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.¹²

De lo señalado se concluye que los derechos fundamentales reúnen los siguientes caracteres:

- Son derechos humanos que han sido consagrados en los textos constitucionales de cada Estado.
- Por ser positivizados en una Constitución no pierden su calidad de derechos humanos para poder ser exigidos en el ámbito internacional, e, inclusive, en el derecho interno.

⁹ Con similar criterio se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez, de 29 de julio de 1988, indica, en su párrafo 164, que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

¹⁰ Óp.Cit., ETO CRUZ, GERARDO, p. 94.

¹¹ PÉREZ TREMPs, PABLO, Los derechos fundamentales: teoría general, en Los Derechos Fundamentales, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 10.

¹² Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia No. STC 0050-2004-AI/TC, p. 72.

- Al ser incluidos en el catálogo constitucional de derechos, la obligación de protegerlos por parte del Estado es más visible respecto de los derechos humanos; por tanto, requieren de un plexo de garantías que, internamente, permitan hacer cumplir y reparar dichos derechos en caso de ser conculcados, entonces, es en este carácter donde se encuentra uno de los fundamentos o razones de ser de las garantías de derechos fundamentales de la cual se ocupa la justicia constitucional.

1.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En principio, el estudio de los derechos comporta interés para el presente estudio, básicamente, porque, a partir de la comprensión de la visión “novedosa”¹³ del constituyente de Montecristi respecto a esta materia, se podrá establecer, *a posteriori*, qué y cuáles de estas prerrogativas son objeto de protección por cada uno de los mecanismos que se estudiarán en los capítulos venideros.

En este sentido, con acierto, Ramiro ÁVILA¹⁴ determina que los derechos fueron, especialmente desde la Constitución de 1998, clasificados dentro de los cuatro clásicos grupos o categorías que la doctrina y los principales instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁵: Los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y los colectivos.

El mismo autor señala, como avance del sistema actual, desprendido de los cánones del denominado constitucionalismo contemporáneo, la importante obra del constituyente de 2008 al reclasificar a los derechos en siete categorías¹⁶: Los derechos del buen vivir,

¹³ Se dice novedosa porque así lo califican los doctrinarios que defienden los postulados del neoconstitucionalismo, cuando, en realidad, el constituyente reubicó los derechos en varias agrupaciones, tomando en cuenta la clásica visión del constitucionalismo en esta materia, es decir, rediseñar el catálogo de derechos y aumentar aquellos que, progresivamente, eran reconocidos jurisprudencialmente o mediante instrumentos internacionales.

¹⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos, Primera Edición, Quito, Corte Constitucional, 2011, p.91.

¹⁵ Principalmente dos instrumentos internacionales en la materia: El Pacto de San José y el Pacto de San Salvador.

¹⁶ ÁVILA habla de un profundo interés por la reelaboración de los derechos puesto que, a su criterio, solamente los derechos civiles y políticos podían ser exigibles judicialmente, mientras que los sociales, económicos, culturales y colectivos, no tenían dicha posibilidad, toda vez que ellos eran objeto de cumplimiento progresivo, el cual se sujetaba a la disponibilidad de recursos económicos por parte del Estado.

derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza¹⁷ y derechos de protección.

1.2.1.- LOS DERECHOS DEL BUEN VIVIR: Son, a criterio del citado autor, el equivalente a los derechos económicos, sociales y culturales. Entre ellos se encuentran el derecho al agua, a la alimentación, al ambiente sano¹⁸, a la comunicación, información, cultura, ciencia, educación, hábitat, vivienda, salud, trabajo y seguridad sociales, todos ellos, derechos que ya constaban en el catálogo del Código Político de 1998, por tanto, nada novedoso dentro del sistema actual, sino solo su cambio de denominación.¹⁹

1.2.2.- LOS DERECHOS DE PERSONAS Y GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA: El constituyente reconoce un cúmulo de derechos específicos para determinados grupos sociales que requieren de especial protección. Ello ocurre con el caso de los derechos de personas adultas, migrantes, jóvenes, mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes,

La postura señalada no es compartida, pues ya, desde antiguo, la jurisprudencia constitucional emanada del extinto órgano de control de constitucionalidad reconoció, como se verá, a estos derechos como objeto de protección de la denominada acción de amparo. Otra cosa, harto distinta, es que los derechos no contaban, a la época, con mecanismos constitucionales amplios, como ocurre actualmente, para su protección, lo cual no implica, en lo absoluto, negar que aquellos, por su naturaleza, estaban sujetos a condicionamientos de orden económico, pues los principios de aplicación de derechos no son propios del neoconstitucionalismo, también fueron propios de constituciones que se regían por los postulados del constitucionalismo social y del Estado de Derecho.

¹⁷ Curiosamente, el constituyente incluye un acápite relacionado con los derechos de la naturaleza, atribuyendo, erróneamente, su titularidad y beneficio por su explotación a las comunidades, pueblos y nacionalidades (arts. 71 y 74 CE). Se considera improcedente la inclusión de este tipo de derechos dentro del sistema de derechos fundamentales o subjetivos constitucionales propios e inherentes a las personas, por lo que, además, sus vías constitucionales de protección, sean garantías o no de derechos, le serán también ajenas a este tipo de derechos. Si bien se ha discutido sobre la inclusión de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución vigente, es de criterio del presente trabajo el rechazo a la postura diseñada por el constituyente, pues se considera que la naturaleza no deja de ser un objeto de protección estatal, para el cual se adoptan medias y políticas que tiendan a sustentar su desarrollo y mantenimiento. Asimismo, lo que no puede ocurrir es que se reconozca a un ente como sujeto de derechos pero se otorgue la titularidad de los mismos a otro distinto, aunque, en el caso de Ecuador, ello obedece a una razón de orden lógico: la naturaleza está imposibilitada de ejercer derechos. Por ello, se estima innecesario tratar esta temática dentro del acápite que ocupa a este trabajo.

¹⁸ Antiguamente, este era considerado derecho difuso por su imposibilidad de detectar el titular del mismo.

¹⁹ En todo caso, como se verá, este tipo de derechos son susceptibles de amparo mediante la acción de protección.

discapacitados, personas con enfermedades catastróficas, privadas de libertad y los consumidores²⁰ o usuarios.²¹

1.2.3.- LOS DERECHOS DE COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES: Estos, al igual que los enunciados anteriormente, son de orden colectivo y fueron, *mutatis mutandis*, recogidos en el texto constitucional de 1998 bajo la misma denominación. Entre ellos se encuentran el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer la identidad del grupo, a la conservación imprescriptible de sus tierras y de las ancestrales, el derecho a ser consultados sobre las cuestiones que afecten a sus intereses, beneficios en materia de explotación de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios, el derecho a mantener sus conocimientos colectivos y ancestrales, a la educación intercultural bilingüe, a mantener contacto con otros grupos o mantenerse aislados, entre otros.

1.2.4.- LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN: Estos son los denominados, clásicamente, derechos políticos, incluso, la Constitución se refiere a ellos como de participación, únicamente, cuando los enuncia (art. 61 CE), luego, en su desarrollo, se refiere a los mismos como derechos políticos (arts. 64, 119, 142, 151 CE). En todo caso, en este grupo se encuentran el derecho a elegir y ser electo, a participar en asuntos de interés público, iniciativa popular normativa, consulta previa, fiscalización popular, revocatoria de mandato, desempeño de cargos públicos y conformación o militancia en organizaciones políticas.²²

1.2.5.- LOS DERECHOS DE LIBERTAD: Este cúmulo de derechos son los que el constitucionalismo clásico optó por llamar derechos civiles²³ y que, a la par, fueron logrados en su reconocimiento con los políticos. La Constitución recoge similar criterio que el mantenido hasta la pretérita Constitución de 1998, es decir, consagra un amplio catálogo en el que constan, por ejemplo, el derecho a la vida, integridad, igualdad,

²⁰ Este tipo de derechos eran difusos según el sistema constitucional anterior, pues resultaba un ejercicio complicado detectar su titular.

²¹ Respecto a estos derechos, al igual que los anteriores, podrán ser susceptibles de protección bajo el mecanismo señalado, pero, con un condicionamiento: que la omisión afecte a los derechos del grupo, lo cual excluye titularidad individual y, por tanto, vincula a su activación bajo legitimación activa colectiva, cuestión que ocurre, con exactitud, en el caso de los derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades.

²² Este tipo de derechos, se estima, pueden ser protegidos, únicamente, de manera individual, por lo que se rechaza legitimación activa colectiva para aquellos, pues, como bien ha señalado la doctrina, su titularidad es de orden personal.

²³ Cfr. SALGADO PESANTES, HERNÁN, Lecciones de Derecho Constitucional, Cuarta Edición, Quito, Ediciones Legales, 2012, pp.20-28.

libertades como la de opinión, culto, religión, sexual, de pensamiento, expresión, tránsito, así como los derechos al honor, al desarrollo de actividades económicas, de mercado, intimidad, inviolabilidad de domicilio, de correspondencia y los derechos de familia, entre otros.²⁴

1.2.6.- LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN: Este tipo de derechos, según ÁVILA SANTAMARÍA, son vínculos o nexos que se activan cuando el titular de cualquiera de los derechos ya ensayados, los activa y pretende su amparo. Forman parte de esta categoría el derecho al debido proceso, al acceso a la justicia, a la seguridad jurídica, a la tutela judicial efectiva, protección especial para víctimas de determinados delitos, aunque, llama seriamente la atención el reconocer a la posibilidad de no prescripción de ciertos delitos internacionales graves e imperdonables como derecho.²⁵

2.- EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES MEDIANTE PRINCIPIOS

Cuando se pretenden aplicar los derechos fundamentales, haciéndolos exigibles y ejercitables frente al Estado o frente a terceros, generalmente, mediante procesos, en el caso que nos ocupa, de naturaleza constitucional, se hace referencia y se afronta el problema de su efectividad; por tanto, se debe comprender que, el grado de aplicación y satisfacción de un derecho depende, en gran medida, de la factibilidad de aplicación de procesos constitucionales cristalizados en acciones, mismas que, indudablemente, deben observar la normativa constitucional y legal que rija y aplique al caso, sin perjuicio de aplicar, también, determinados principios doctrinarios y procesales que coadyuvan a demostrar, de más amplia manera, la vulneración de un derecho fundamental, herramientas que, además, guían el pensamiento del juzgador hacia una decisión justa.

En este sentido, el profesor Hernán SALGADO señala que es importante tener presente que una Constitución contiene principios y valores superiores de la sociedad, los cuales

²⁴ En el caso de estos derechos se estima legitimación activa individual, así como su amparo mediante la acción de protección,; aunque, como se verá más tarde, los derechos que integran este catálogo no son absolutamente amparados por esta garantía, ello, a raíz de lo que señaló la Corte Constitucional en cuanto a los derechos de libertad, integridad física y de protección de datos o inviolabilidad de correspondencia, los cuales, según su jurisprudencia, están excluidos del ámbito de dicha acción por existir otras vías inherentes a aquellos: el hábeas corpus y el hábeas data.

²⁵ En todo caso, este tipo de derechos tienen un mecanismo propio y expreso de amparo: la acción extraordinaria de protección (arts. 94 y 437 CE), por lo que, en principio, se estimaría improcedente la proposición de acciones de protección, por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión para hacer valer estas prerrogativas.

giran, esencialmente, en torno al ser humano; por tanto, en su parte dogmática, junto a los derechos fundamentales, constan los principios y valores de la comunidad, de ahí que, a criterio del citado autor, la justicia constitucional, en todas partes donde impera la democracia, tiene un papel preponderante y trascendental en la protección de los derechos fundamentales, no solo por medio de normas, sino, mediante principios también.²⁶

En tal virtud, los derechos fundamentales no solo se cristalizan mediante garantías que los protegen, sino que, en la práctica procesal constitucional, existen otras herramientas que coadyuvan a dicha tarea: la aplicación de principios.

El esquema de principios en el sistema constitucional actual es similar al sistema que precede a la Constitución de 2008; por tanto, el constituyente no aportó en mayor medida en esta materia, insistiendo, más bien, en mantener algunos principios que, en la realidad, no se hacen presentes porque carecen de contenido material que debe ser llenado por quienes administran justicia.²⁷

Sin perjuicio de lo mencionado, habrá que señalar que, los principios son, como se dijo, herramientas útiles para la protección de la supremacía constitucional, el amparo y la reparación de derechos fundamentales que puedan llegar a vulnerarse o que ya lo hayan sido, efectivamente. No obstante, tanto la Constitución, como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional traen consigo una serie de principios que ayudan a la hora de la proposición de las acciones constitucionales que se analizarán a continuación en este trabajo.

2.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE APLICACIÓN DE DERECHOS

El artículo 11 del texto constitucional señala, como principios constitucionales de aplicación de derechos, entre otros, los siguientes:

²⁶ SALGADO PESANTES, HERNÁN, Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 89.

²⁷ En este aspecto, SALIM ZAIDÁN señala que algunos de los principios constitucionales de 1998 demostraron ser letra muerta y, sin embargo, el constituyente persistió en conservarlos en el nuevo esquema constitucional y los reformuló para dar apariencia de novedad. El neoconstitucionalismo en el Ecuador le apuesta a los máximos dogmáticos, pero no los complementa con mínimos estructurales.

2.1.1.-PRINCIPIO DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS: Señala el numeral 1 de la norma citada que los derechos se pueden ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; quienes deben garantizar su cumplimiento.

Al respecto, se hace presente la legitimación amplia de la que gozan las personas para hacer valer sus derechos fundamentales ante la justicia constitucional. Este principio se plasma, efectivamente, en el artículo 86, numeral 1 de la Constitución al referirse a las normas comunes de procedimiento para el ejercicio de las acciones constitucionales de defensa de derechos. No obstante, en esta misma materia, la Constitución incurre en contradicción, pues en el artículo 440 restringe la aplicación del principio en mención y señala que las acciones constitucionales pueden ser propuestas, solamente, por ciudadanos, en forma individual o colectiva, aspecto que, según la doctrina, genera que esta segunda norma constitucional resulte inconstitucional por contravenir al derecho constitucional metapositivo positivado, por lo que se torna inaplicable al ser contraria al derecho natural que se ha positivado en la Constitución y, al mismo tiempo, inconstitucional, careciendo, entonces de legitimidad en cuanto aquella no posee fuerza vinculante u obligatoria.²⁸

Ahora bien, en cuanto al principio constitucional en referencia, se debe tener presente que el legislador, en el artículo 9, literal a) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señaló que las acciones constitucionales se proponen por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, entendiendo, por personas afectadas, a quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño, entendiendo el cuerpo legal por daño a la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce, criterio con el cual se comparte, pues una acción constitucional propuesta por quien no ha resultado afectado en el ejercicio de sus derechos, sea por acción u omisión, resulta improcedente. Lo aseverado no implica coartar la posibilidad de que terceros propongan acciones

²⁸ Cfr. BACHOF, OTTO, ¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?, Lima, Palestra Editores, 2008. pp.65-66.

constitucionales en representación de quien ha sido víctima de la violación de derechos (arts. 9 y 11 LOGJCC).²⁹

2.1.2.- PRINCIPIO DE APLICACIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN: Este principio se encuentra consagrado en el numeral 3 del artículo 11 de la Constitución y determina que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Con relación a lo enunciado, el profesor Hernán SALGADO señala que este principio refiriere a que, los derechos humanos, una vez reconocidos por el Estado y positivizados en el texto constitucional, no requieren de otras normas para su efectiva aplicación, o *sensu contrario*, un juez o autoridad no puede invocar la falta de un ordenamiento jurídico para aplicar ese derecho fundamental.³⁰

Lo arriba aseverado por el citado profesor es compartido y, por tanto, conduce a establecer con seguridad que la aplicación de derechos fundamentales, dentro de un Estado, no requiere de desarrollo legislativo, pues, las normas internacionales de derechos humanos son aplicables por sí mismas. Ello implica, entonces, la necesidad de comprender a la Constitución como un texto solemne y vigente no condicionado al accionar antojadizo del legislador, pues, su labor se circunscribe a aprobar normas de desarrollo constitucional, quedándole imposible dejar vivas a normas de mero programa dentro del texto constitucional.

²⁹ Al respecto, SALIM ZAIDÁN ofrece un criterio contrapuesto al manifestado y argumenta que el problema consiste en que la Constitución consagra una legitimación activa de acción popular que permite, a cualquier persona, proponer acciones sin necesidad de acreditar su condición de víctima, pero, la mencionada ley, no, pues, presenta una combinación entre legitimación activa subjetiva o personal (cada titular del derecho puede exigirlo) y la legitimación colectiva restringida (comunidades, pueblos o nacionalidades); por tanto, para este autor, la disposición legal no puede aplicarse.

³⁰ Op.Cit, SALGADO PESANTES, HERNÁN, pp. 91-92.

Este criterio ha sido sostenido por la Corte Constitucional, organismo que ha señalado lo siguiente³¹:

“Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, directamente aplicable, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico, lo que para Kelsen significaba que las Constituciones no son solamente reguladoras de la creación de leyes, sino de su contenido material”.

Por otro lado, este principio hace referencia a que el texto constitucional le otorga a cualquier servidor público (judicial o no) y, a cualquier juzgador, la potestad de aplicar e interpretar las normas constitucionales de manera directa y amplia, principalmente, en materia de derechos; no obstante, elimina la posibilidad de que, en el caso del juzgador, se inapliquen normas contrarias a la Constitución, cuestión que sí estuvo prevista en la norma constitucional de 1998, pues, actualmente, la facultad de inaplicación de norma inconstitucional se ha reservado para la Corte Constitucional, mediante la consulta que realizan los jueces, en aplicación del artículo 428 del texto constitucional.

Es imperioso hacer presente que existe diferencia entre lo previsto en los artículos 426 y 428 de la Constitución, pues, una cosa es que la norma constitucional sea aplicada de manera directa e inmediata, a pesar de no contener norma secundaria que la desarrolle y, otra muy distinta, pretender inaplicar una norma secundaria existente y vigente pero que contradice al texto constitucional. En esta confusión ha incurrido la Corte Constitucional al mencionar lo que sigue:

“La actual Constitución es norma suprema, porque según el artículo 424 está por encima del resto de las normas jurídicas y vincula a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades; asimismo, el artículo 426 de la Carta Fundamental habla de aplicación directa de las normas constitucionales y se refiere esencialmente al ejercicio y aplicación directa de los derechos constitucionales, en ausencia de normas para su desarrollo.

³¹ Corte Constitucional ecuatoriana, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, dentro de los casos acumulados N. ° 0008-09-IN y 0011-09-IN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 176 de 21-abr-2010, cuya ponencia pertenece al juez PATRICIO PAZMIÑO FREIRE.

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución³².³³

Asimismo, tal como se establecía en la Constitución pretérita, en esta también se completa este principio con la prohibición de exigir requisitos no previstos en la Constitución o en la ley para el ejercicio de los derechos, señalando, además, que estos serán plenamente justiciables y que no puede alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento, lo cual atisba el criterio antes mencionado respecto a la no necesidad de regulación legislativa interna en esta materia. Lo reseñado ha sido desarrollado en los artículos 426 y 4 numeral 2 de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respectivamente.

Este criterio ha sido sostenido por la Corte Constitucional de la manera que se cita:

“El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, que tiene como su deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, por tanto, su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos fundamentales que son de aplicación directa e inmediata, sin que deban exigirse para su ejercicio condiciones o requisitos que no estén

³² Corte Constitucional ecuatoriana citando a DE OTTO, IGNACIO. *Derecho Constitucional sistema de fuentes* p. 76. Editorial Ariel, Barcelona 1997.

³³ Corte Constitucional ecuatoriana, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, dentro de los casos acumulados N. ° 0008-09-IN y 0011-09-IN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 176 de 21-abr-2010, cuya ponencia pertenece al juez PATRICIO PAZMIÑO FREIRE.

establecidos en la Constitución , o falta de norma para justificar su violación (...)"

En otro caso, la Corte Constitucional manifestó lo que sigue³⁴:

“Los artículos: 11, numerales 3 y 5; 424 y 426 de la Constitución de la República, establecen los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad para la efectiva vigencia de los derechos y las normas de la Constitución, principalmente aquellas referidas a las garantías de los derechos, sin que pueda alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos, justificar su violación o desconocimiento, negar su reconocimiento o desechar las acciones provenientes de su ejercicio.”

Otro aspecto a tomar en cuenta respecto del principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, es el referente a si este principio aplica, únicamente, en materia de derechos fundamentales y garantías, o general, respecto de cualquier norma que forma parte del texto constitucional. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que el principio de aplicación directa de la Constitución se hace extensivo a todo tipo de norma constitucional³⁵:

“No obstante, la Corte Constitucional reitera que la normas de la Constitución de la República son de aplicación directa e inmediata.”

Un último aspecto de análisis respecto de este principio es la distinción necesaria que la Corte Constitucional o quien active la jurisdicción en esta materia deben hacer en cuanto a la imposibilidad de que, en aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, se pretenda extender la potestad jurisdiccional, a la potestad normativa correspondiente, esencialmente, al Parlamento. En este sentido, hay que hacer presente que el principio que se analiza entra en aplicación a falta de norma secundaria que desarrolle la norma constitucional, lo cual no implica que, cuando la norma secundaria

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, dentro de los casos acumulados N. ° 0008-09-IN y 0011-09-IN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 176 de 21-abr-2010, cuya ponencia pertenece al juez PATRICIO PAZMIÑO FREIRE.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 016-10-SCN-CC, dictada dentro del caso No.0018-10-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 272 de 6 de septiembre de 2010, cuya ponencia pertenece al entonces juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

no ha sido emitida, el juzgador constitucional supere este vacío normativo en aplicación de dicho principio, pues, le está prohibido crear o expedir normas aplicando este principio; lo que sí puede ocurrir es que, cuando la norma secundaria no ha sido emitida por órgano competente, la Corte Constitucional enmiende esa omisión legislativa mediante la activación de la acción de inconstitucionalidad por omisión (art.436.10 CE).

2.1.3.- PRINCIPIO DE NO RESTRICCIÓN NORMATIVA: El numeral 4 de la norma en estudio reconoce que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, lo cual, a criterio del presente trabajo, va de la mano con el principio de aplicación directa de los derechos fundamentales, pues, si no se requiere de desarrollo legislativo en materia de derechos fundamentales para fines de su aplicación, mucho menos se podrá restringir su aplicación mediante normas jurídicas infraconstitucionales vigentes.

En todo caso, a criterio del constituyente, el juzgador, a la hora de resolver un conflicto en el que se definan derechos y garantías constitucionales, no podrá oponer norma legal que tenga por finalidad restringir la aplicación de aquellas prerrogativas.

En tal virtud, quienes sostienen los postulados neconstitucionalistas, como Ramiro ÁVILA, señalan que la prohibición de restricción no impide la regulación de derechos mediante ley, pues, las normas de carácter secundario, si es que regulan sobre derechos o garantías, pueden ampliarlos, desarrollarlos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación, pero no pueden, en cambio, disminuir la protección, restringir el derecho o imponer condiciones que tornen al derecho inaplicable.³⁶ De ahí que, si se toman en cuenta las tesis del constitucionalismo y los límites a los derechos fundamentales, la norma legal no podría establecer e imponer límites a los derechos fundamentales; sin embargo, la Constitución sí está llamada a establecerlos, ya que los derechos fundamentales no constituyen categorías absolutas, sino, más bien, relativas. En similar manera de pensar, el maestro Hernán SALGADO indica que debe, el constituyente, en el propio texto constitucional, fijar dicho marco de aplicación, lo cual significa que el legislador tiene ya trazado, de antemano, el espacio

³⁶ Óp.cit., ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, p.73.

donde actuará la ley. En resumen, corresponde a la Ley Suprema determinar los límites o las restricciones que deben tener los derechos y garantías.³⁷

De lo establecido queda claro que, los límites a los derechos vienen previstos en el texto constitucional y que, la regulación y desarrollo de los mismos, se hace efectiva mediante normas infraconstitucionales o secundarias, las cuales, a pesar de que los regulen, no los pueden restringir.³⁸

2.1.4.- PRINCIPIO PRO HOMINE Y PRO LIBERTATE: Respecto a este tópico, Rubén HERNÁNDEZ VALLE señala que el principio *pro homine* implica que el intérprete debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer los derechos protegidos y, de manera contraria, a la norma o interpretación más restringida en las hipótesis en que se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos fundamentales o a sus suspensión extraordinaria. Asimismo, el citado autor explica que el principio *pro libertate* obliga al intérprete a preferir siempre la norma que desarrolle mejor la eficacia jurídica de los derechos de las personas.³⁹

En este sentido, en concordancia con la doctrina, el numeral 5 de la norma constitucional en mención señala que, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Este principio halla su reproducción legal en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La norma citada genera serios problemas a la hora de ser aplicada en casos concretos, pues está claro que, para aplicar una norma constitucional, se hace necesario un

³⁷ Óp.cit, SALGADO PESANTES, HERNÁN, p. 94.

³⁸ Se hace presente que la discusión en torno a la residualidad de la acción de protección se fundamenta en una eventual violación a este principio, pues, señalan algunos autores, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el acápite relativo a la procedencia de la citada garantía, incluyó restricciones legales no previstas en la Constitución (arts.40.3 y 42.4 LOGJCC).

³⁹ Cfr. HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, México, Editorial Porrúa, 2005, pp.59-60. En el mismo sentido, véase el similar tópico en otra obra del autor citado: Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional, Lima, Editores Jurista, 2006, pp.46-50.

ejercicio interpretativo de la misma, mucho más cuando existen varias normas que reconocen y amparan un derecho. De esta manera es que no solo se aplicará la norma más favorable a los derechos de la persona, sino que, previo a dicha actividad, habrá que aplicar también el canon constitucional de interpretación que más favorezca a la vigencia de aquellos derechos en discusión.

El artículo 427 del texto constitucional trae consigo los mecanismos de interpretación constitucional; no obstante, en caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos, de ahí que, a criterio del presente trabajo, el principio pro ser humano se aplica, exclusivamente, en caso de duda sobre la aplicación de normas al caso concreto, pues, cuando no exista duda, el juez aplicará la norma que estime conveniente, lo cual trae consigo un aspecto a tomar en cuenta: la interpretación subjetiva por parte del juzgador en caso de no existir duda. Al respecto, Salim Zaidán señala que el problema radica en que aquello propicia una liberalidad interpretativa, señalando que el contenido normativo de los derechos muchas veces es claro y los jueces terminan interpretándolos de manera distinta al resolver un caso, fuera de los límites y alcances preestablecidos.⁴⁰

Sin perjuicio de lo señalado, en el evento de que los derechos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos sean más favorables a la persona que los derechos consagrados en la Constitución, el juzgador tendrá que decidir aplicar los primeros (arts. 424, inciso 2 y 426, inciso segundo), lo cual constituye, desde nuestro punto de vista, una excepción clara al principio de supremacía constitucional (art. 424). Incluso, téngase presente que, por mandato fundamental, los tratados internacionales de derechos humanos que sean ratificados por el Ecuador, deben observar, entre otros, el principio pro ser humano (art. 417 CE).

2.1.5.- PRINCIPIO DE CLÁUSULA ABIERTA: Dentro de la norma constitucional que se estudia, entre los principios enunciados, el numeral 7 trae consigo similar disposición a la del artículo 19 del Código Político de 1998: el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de

⁴⁰ Zaidán, Salim, *Neoconstitucionalismo: Teoría y Práctica en el Ecuador*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2012, p. 59.

derechos humanos, no excluye los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

En este sentido, Hernán SALGADO manifiesta que, en el ámbito de los derechos fundamentales se acepta, unánimemente que, el reconocimiento de los derechos se dé con plena amplitud, pues, aquellos, no pueden ser enunciados taxativamente, lo cual conduce a pensar que, en un momento dado, ni la Constitución, ni los tratados internacionales sobre derechos humanos contienen todos los valores esenciales de los derechos, por lo que es necesario consagrar que, a más de los derechos expresamente reconocidos, pueden existir otros.⁴¹

Por otro lado, el objeto de este principio, según Salim ZAIÁN, no es que el juez cree derechos⁴², sino que, el legislador, conforme evoluciona la sociedad y crecen las exigencias y necesidades de protección, incorpore, a los catálogos vigentes de derechos, nuevas prerrogativas. De ahí que la Constitución deje esta norma o cláusula abierta, optando por la posibilidad de que se vayan incorporando derechos que nazcan de la propia dignidad de los sujetos de derechos, sean estos individuales o colectivos. No obstante, por lo enunciado, se evidencia la imposibilidad de aplicación de este principio por parte del juzgador, pues, como se vio, este principio queda, exclusivamente, en manos del legislador, por lo que no constituye un principio de aplicación de derechos.⁴³

⁴¹ Óp. Cit., SALGADO PESANTES, HERNÁN, p. 94.

⁴² Al respecto, se estima que, en aplicación de dicho principio, si existiesen derechos no creados, pero sí reconocidos por el juzgador en sentencia, los cuales no consten en los catálogos de derechos consagrados en la Constitución o instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que debería hacer el juez es remitir el fallo, como en efecto debe ocurrir en materia de garantías de derechos, a la Corte Constitucional, la cual, luego de seguir el procedimiento establecido en la ley, seleccione y revise el fallo para que, si la circunstancia lo amerita, se dicte jurisprudencia vinculante en la materia, determinando las reglas y parámetros de aplicación de aquellos derechos reconocidos por el juez (arts. 439. 6 CE, 25 LOGJCC, 13, 14, 15 y 16 RSPCCC).

⁴³ A pesar de aquella cláusula abierta, existen otros mecanismos que permiten, a su vez, incluir o añadir nuevos derechos al catálogo elaborado por el constituyente, esto es, mediante enmienda o reforma constitucional, en ambos casos, siempre que aquel ejercicio no suponga restricción o limitación a los derechos y garantías que ya constan en el texto original, siguiendo las reglas previstas en la norma constitucional y sometiendo dicha iniciativa al control de constitucional por parte del órgano especializado (arts. 441, 442, 443, 444 CE).

2.2. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PARA LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Gerardo ETO CRUZ indica que, la importante entidad de los procesos constitucionales, en tanto instrumentos protectores de la supremacía normativa de la Constitución y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, dota a los principios procesales de una gran fuerza normativa que, en ese punto, establece una marcada diferencia con los procesos ordinarios en los que la trascendencia de su aplicación es de menor grado⁴⁴.

Tomando en cuenta lo antes anotado y, si se evidencia la variabilidad que tiene el orden jurídico nacional, se puede entender con claridad que este se divide en varias ramas de acuerdo al tipo de proceso sobre el cual verse el conflicto jurídico, así, surge el Derecho Procesal Constitucional, el cual se sustenta en principios que lo hacen único y distinto del resto de procesos pertenecientes, especialmente, a la jurisdicción ordinaria. De esta forma, los artículos 2 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regulan algunos principios procesales en los que se apoya la justicia constitucional, entre ellos, lo siguientes:

2.2.1.- PRINCIPIO DISPOSITIVO: La ley de materia manifiesta que, salvo norma expresa en contrario, los procesos se inician por demanda de parte, lo cual, en principio, evitaría que los jueces constitucionales inicien procesos de tal naturaleza, de oficio; aunque, como la misma norma lo reconoce, existen salvedades, principalmente, las previstas en los numerales 3 y 8 del artículo 436 del texto constitucional, es decir, la declaratoria de inconstitucionalidad de normas conexas, dentro de los casos sometidos a la Corte Constitucional y, el control de constitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción, cuando exista suspensión de derechos, dejando, el resto de procesos constitucionales, a iniciativa de parte.

Aunque en materia constitucional, en realidad, no existen partes procesales, pues, al contrario, lo que existe es un acto impugnado (judicial, administrativo, normativo o particular) que puede incurrir en dos cuestiones: 1.- oponerse a la Constitución, lo cual lo torna en inconstitucional o, 2.- vulnerar derechos fundamentales; un accionante que activa la vía constitucional y un juzgador que resuelve la petición de aquel, no se puede

⁴⁴ Óp. Cit. ETO CRUZ, GERARDO, p.151.

esgrimir que, en aplicación irrestricta de esta regla dogmática, la jurisdicción constitucional se activa, de oficio, por el juzgador de dicha materia, pues, como manifiesta el profesor Rafael OYARTE, el sistema de control de constitucionalidad se activa previo requerimiento, es decir, se debe accionar ante la jurisdicción constitucional, pues ésta no actúa de oficio (salvo excepciones como las anotadas).⁴⁵

De ahí que, tanto la acción de protección, la acción por incumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión, objeto del presente estudio, deben ser activadas a instancia de parte, pues no hay manera de que el juez constitucional entre a conocerlas ni resolverlas de oficio, lo cual ha sido señalado por el ex Tribunal Constitucional ecuatoriano⁴⁶, al señalar que el órgano de control constitucional no puede extender su análisis a actos no impugnados de forma expresa por el accionante.⁴⁷

⁴⁵ OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, La acción de amparo constitucional: jurisprudencia, dogmática y doctrina, Segunda Edición, Primera Reimpresión, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2006, p. 20.

⁴⁶ A lo largo del presente estudio se citarán varios fallos del extinto Tribunal Constitucional del Ecuador. Por lo tanto, cabe realizar un análisis sobre su efecto vinculante con respecto de las actuaciones del órgano que lo reemplazó: la Corte Constitucional, pues esta Magistratura resultó ser contradictoria a la hora de aceptar o no a las resoluciones del ex Tribunal Constitucional como precedentes vinculantes. En este sentido, en un primer pronunciamiento, la Corte Constitucional, en Sentencia No. 003-09-SIN-CC, dictada dentro del Caso No. 0021-2009-IA, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009, negó dicha posibilidad, señalando lo que sigue:

“5.- ¿Son obligatorias las resoluciones (pasadas en autoridad de cosa juzgada) contenidas en las Resoluciones con la Constitución de 1998?”

Respecto a este tema, es necesario dilucidar el alcance de la obligatoriedad del precedente respecto a las resoluciones del extinto Tribunal Constitucional, relativas a la Constitución Política de 1998.

El constituyente de Montecristi plasmó en la Constitución del 2008, que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (art.1); que los derechos son plenamente justiciables, sin que pueda alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento (art. 11, num. 3); que el Estado es responsable de error judicial, violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso (art. 11, num. 9); la responsabilidad de las ecuatorianas y los ecuatorianos de practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos (art. 83, num. 9); que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, sin que se pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades (art. 169).

Efectivamente, el cambio de normativa constitucional representó un cambio de estructura jurídica, pues los principios filosóficos que inspiran la nueva Constitución difieren en gran medida con los que informaban a la Constitución Política de 1998, por lo que las resoluciones del ex Tribunal Constitucional que no eran sentencias jurisprudenciales y carecían de carácter vinculante y obligatorio, así como las referencias doctrinarias del marco constitucional de 1998

han desaparecido. Por estas razones esta Corte no está obligada a someterse a las referidas resoluciones.

En ese sentido, la Corte estima que los principios que sustentan las Constituciones de 1998 y 2008 son irreconciliables, no pueden mantenerse, ni aun poniendo en práctica los métodos más sofisticados de interpretación constitucional, pues los fundamentos filosóficos que inspiraron a las sentencias mencionadas y aquellos fundamentos que sostienen la ingeniería constitucional vigente, tienen un génesis tan opuesto, que el primero pregona el rol mínimo del Estado y de la dimensión estructural de la dinámica del mundo de la vida y por el contrario, magnifica la dinámica social sometida a las fuerzas del mercado y de la libre oferta y demanda y a los designios del hombre como agencia individual que se superpone a la dimensión colectiva del desarrollo.

Al respecto, la evolución del pensamiento científico-doctrinario, así como del pensamiento jurídico-político de una nación como la ecuatoriana, transita hacia la emergencia de un nuevo paradigma que cambia sustancialmente la realidad y las características nucleares de los hechos y situaciones en las que en un momento se basaron las sentencias, sujetas a crítica.

Las resoluciones del ex Tribunal Constitucional, que adquirieron la dimensión de *ius iudicata*, si bien podrían estar de acuerdo con la Constitución Política de 1998 y con las tesis económicas que dominaron en la década de los noventa, podrían devenir en incongruentes bajo los principios jurídicos constitucionales actuales. En ese sentido, la no obligatoriedad de precedente respecto de las resoluciones del ex Tribunal Constitucional pasadas en autoridad de cosa juzgada, de ningún modo es una resolución arbitraria de esta Corte, pues por el contrario, se trata de sustentarse sobre la base de sostener la supremacía de la constitución vigente y corregir eventualmente el error de derecho y la injusticia del resultado.

El *error de derecho* se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, *la injusticia del resultado* se viene expresando con anterioridad a la emergencia del nuevo paradigma constitucional y dice relación con la apostasía o huida del derecho público, particularmente el administrativo y constitucional, hacia la parcela del derecho privado, huida que resulta en la inobservancia de parámetros de control ejercidos por la entelequia Estado como guardián del interés público y la desnaturalización de variables jurídico tributarias, que terminan beneficiando a los actores del quehacer privado y que perjudican a los intereses de la comunidad estatal.

Finalmente, sobre esta materia, cabe señalar que la Corte Constitucional se remitirá a las siguientes sub reglas: 1) al existir un marco constitucional diferente al de la Constitución Política de 1998, es deber de la Corte Constitucional sostener la Supremacía de la Constitución vigente , a través de la jurisprudencia y la obligatoriedad del precedente constitucional; 2) cualquier noción de obligatoriedad del precedente de las resoluciones del ex Tribunal Constitucional no son obligatorias; y, 3) son obligatorios únicamente los precedentes constitucionales emitidos en relación a la Constitución vigente.

En otro fallo, en cambio, la Magistratura no tuvo obstáculo alguno para aplicar y aceptar el carácter vinculante de las resoluciones emitidas por el órgano que la precedió. En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia No 016-12-SIN-CC, dictada dentro del caso No. 0039-11-IN, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 743 de 11 de julio de 2012, basó su decisión en aplicación de un pronunciamiento previo del ex Tribunal Constitucional:

2.2.2.- PRINCIPIO DE PROSECUCIÓN: Este principio conlleva una doble función: La primera, como señala el maestro Rafael OYARTE, implica que, iniciada una acción constitucional, no se puede desistir de aquella⁴⁸. Ahora bien, respecto a la regla general establecida por el principio en mención, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece una excepción: el desistimiento expreso, por razones personales, o tácito por inasistencia del accionante a la audiencia pública sin causa justificada, cuando la presencia del mismo es necesaria (numeral 1 del artículo 15 de la LOGJCC). La segunda, porque le corresponde al juez impulsar, de oficio, los procesos constitucionales hasta llegar a su conclusión, pues, una vez aceptada la competencia por parte de aquel, no puede renunciar a la misma, pues una vez iniciado el proceso, el órgano de control debe actuar de oficio y en forma rápida, por lo que no se puede alegar falta de gestión de las partes para que el procedimiento permanezca paralizado (art.4, numerales 4 y 5, LOGJCC).⁴⁹ Esta prohibición de renunciar a su competencia implica que el órgano de control no puede inhibirse de conocer los casos sometidos a su conocimiento, pero, cuando exista mérito, el juez puede excusarse de conocer el caso (arts. 175 y 176 LOGJCC); no obstante, aquello no implica renunciar a la competencia, pues quien resuelve la causa es el órgano colegiado, no el juez que lo integra, por lo que la prohibición de renuncia de competencia se prevé para la Magistratura; ello ocurre con las acciones por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión, pues en el caso de la acción de protección, la cual se tramita fuera del órgano de control, el juez está

“Como muy bien han mencionado tanto el legitimado activo como el presidente de la Asamblea Nacional, esta Corte y el ex Tribunal Constitucional han realizado pronunciamiento en temas similares previamente conocidos, en el sentido de que existe inconstitucionalidad por vulneración al contenido del artículo 232 de la Constitución de la República, cuando la ley establece que entre los miembros del directorio de las entidades que ejerzan potestad estatal de control y regulación, actúan personas que tengan intereses en las áreas que van a ser controladas o reguladas o terceros que los tengan.”

En todo caso, es del parecer de quien realiza este estudio que, efectivamente, cabe aceptar como precedentes vinculantes a los fallos del ex Tribunal Constitucional, siempre que aquellos no se opongan a normas constitucionales vigentes o que, más bien, guarden armonía con el sistema constitucional actual, para lo cual, la Corte Constitucional deberá aplicar, entonces, la regla *stare decisis et quieta non movere*, pues, en caso de que exista conflicto entre dichas resoluciones y las normas constitucionales vigentes, será la Corte Constitucional la que, en calidad de intérprete auténtico de la Constitución, desarrolle, jurisprudencialmente, las reglas a aplicarse conforme a las normas fundamentales, argumentando las razones por las cuales se aparta de los precedentes (arts. 429, 436.6. CE y 2.3 LOGJCC).

⁴⁷ Resoluciones del ex Tribunal Constitucional No. 0015-2002-TC y No. 0029-2002-TC.

⁴⁸ Óp. Cit., OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, p. 27.

⁴⁹ ESCOBAR FORNOS, IVÁN, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, México, Editorial Porrúa, 2005, pp.37-38.

impedido de de inhibirse de conocer el caso, pero puede, asimismo excusarse; sin embargo, a diferencia de lo anotado anteriormente, para este último caso, la ley no prevé causas de excusa para jueces ordinarios que resuelven procesos constitucionales (art. 7 LOGJCC).

2.2.3.- PRINCIPIO DE DIRECCIÓN DEL PROCESO: En general, el espíritu de este principio debería enfocarse no solamente en la consecución de la audiencia pública dentro del proceso constitucional, sino, además, debería proponer al juez como el supremo director de todo el proceso, desde el inicio hasta la emisión del dictamen o sentencia. En este aspecto, la ley de la materia señala que este deberá dirigir los procesos de forma activa, controlando la actividad de los participantes y evitando las dilaciones innecesarias. De ahí que, en función de este principio, el juez está facultado para interrumpir a los intervinientes, para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, así como prolongar o acortar la duración de la audiencia.

Gerardo ETO CRUZ señala que, bajo este principio, el juez asume un papel determinante en el proceso constitucional, y no se limita a observar la actividad procesal, sino que es quien la encamina hacia el resultado del proceso e, inclusive, promueve, con los mandatos judiciales correspondientes, los actos procesales necesarios a fin de impulsar el proceso, esclarecer los hechos, formarse convicción de ello y resolver el conflicto⁵⁰.

2.2.4.- PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA: Este principio reconoce que los procesos constitucionales tienen dos instancias, lo cual implica que, mediante de activación de un recurso vertical, exista un tribunal superior que revise el fallo emitido por el inferior; no obstante, prevé una salvedad: que haya norma legal que exprese lo contrario.

Respecto a la materia que ocupa el interés del presente trabajo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional resulta ser poco clara al momento de aplicar la restricción o salvedad que prevé el principio en análisis: que algunos procesos constitucionales como la acción de inconstitucionalidad por omisión o la acción por incumplimiento no cuenten con la posibilidad de recurrir del fallo de primera instancia, con un juzgador constitucional superior.

⁵⁰ Óp. Cit. ETO CRUZ, GERARDO, pp.151-152.

Sin embargo, aunque la ley nada diga al respecto, en aplicación del principio de definitividad, consagrado en el artículo 440 de la Constitución y 95 de la citada ley, los fallos emitidos por la Corte Constitucional son definitivos y no admiten recurso en su contra, por lo que, en el caso de emitirse una sentencia que resuelva una acción por incumplimiento o de inconstitucionalidad por omisión, no cabe contra ellas recurso alguno, cuestión que no ocurre con la acción de protección, garantía respecto de la cual, contra la sentencia de primera instancia, cabe, ante Corte Provincial de Justicia, recurso de apelación, el cual sí es resuelto en última y definitiva instancia, esto porque dicha garantía se tramita fuera de la jurisdicción constitucional propia (la Corte Constitucional), pues se procesa dentro de la jurisdicción ordinaria, cuyos jueces se invisten de jurisdicción y competencia constitucional cuando conocen este tipo de causas (art. 24 LOGJCC).

Ahora bien, resulta lógico que los dos procesos constitucional restantes (acción por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión) no cuenten con doble instancia, pues, al ser tramitados dentro de una única sede, como es la Corte Constitucional, la cual no cuenta con jueces inferiores ni superiores, no existe posibilidad alguna de apelar los fallos emitidos por el Pleno de dicho organismo; sin embargo, como se manifestó, la ley, respecto a estas acciones, no prevé salvedad alguna ya que no manifiesta, de forma expresa, la imposibilidad de apelar aquellos fallos. El error se evidencia, de manera más clara, respecto de la acción por incumplimiento, proceso que fue introducido en el acápite alusivo a las garantías jurisdiccionales, en el texto constitucional y, asimismo, en la ley de la materia, en el artículo 24, al referirse a las normas comunes a los procedimientos de garantías jurisdiccionales, se reconoce el derecho de apelar el fallo de primera instancia; no obstante, el legislador no introdujo la excepción a esta norma común: que la acción por incumplimiento, al ser un proceso tramitado, directamente, en la Corte Constitucional, no cuenta con la posibilidad de interposición de recurso vertical.

2.2.5.- IURA NOVIT CURIA: Al respecto, el profesor Rafael OYARTE estima que, con la petición de inconstitucionalidad o la activación de las garantías constitucionales, el juez constitucional no se somete a lo que las partes le señalan. De este modo, la petición solo da competencia al juez constitucional, el mismo que, sin sobrepasar lo impugnado, al tratarse de un proceso contra un acto (o una omisión), puede fundamentar su decisión en

cualquier precepto constitucional vulnerado, aunque no se invoque expresamente por el peticionario⁵¹.

En este sentido, respecto de este principio, en materia de garantías constitucionales, la Corte Constitucional manifestó lo que sigue⁵²:

“Si bien es cierto que las consideraciones citadas previamente serían suficientes para atender los argumentos esgrimidos por las partes y desechar la acción extraordinaria de protección interpuesta, no lo es menos que en virtud del principio *iura novit curia*, -el juez conoce el derecho- esta Corte está plenamente facultada para analizar y pronunciarse sobre una serie de aspectos no argüidos por las partes y que podrían devenir en vulneraciones a derechos fundamentales.”

En materia de acción por incumplimiento, la Corte Constitucional ha tenido similar criterio⁵³:

“Al respecto, cabe señalar que en aplicación de la regla de interpretación constitucional *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y aplicación directa de la Constitución, el juez constitucional a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, está facultada para fundamentar su fallo en disposiciones constitucionales no señaladas por las partes o en estimaciones no fundamentadas en derecho.”

No obstante lo señalado, en sentido más amplio, ETO CRUZ manifiesta que, dentro de los poderes que tiene el juez constitucional a la hora de tramitar y decidir en el seno de un proceso constitucional, se encuentra, de modo muy especial, el de suplir las deficiencias formales en que hubiera incurrido el demandante a la hora de interponer su demanda (suplencia en la queja deficiente) y del calificar correctamente el acto lesivo, según el derecho fundamental que se hubiera vulnerado⁵⁴. Al respecto, se hace presente

⁵¹ Óp. Cit. OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, pp.24-26.

⁵² Sentencia No. 010-09-SEP-CC, dictada dentro de los casos No. 0125-09-EP y 0171-09-EP (acumulados), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 637 de 20 de julio de 2009, cuya ponencia pertenece al juez PATRICIO PAZMIÑO FREIRE.

⁵³ Sentencia No. 002-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0005-08-AN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009, cuya ponencia pertenece a la jueza RUTH SENI PINOARGOTE.

⁵⁴ Óp. Cit. ETO CRUZ, GERARDO, p.160.

que tal teoría podría traer consecuencias negativas en su aplicación, esto, debido a que se le estaría otorgando al juez constitucional la facultad de ser juez y parte del proceso constitucional, de decidir con cierta arbitrariedad y a su gusto las causas que este juzgue deficientes en su planteamiento; de ahí que se desdibuja, completamente, la finalidad que persigue el principio en análisis, porque una cosa es resolver una causa, aplicando normas constitucionales no propuestas o invocadas por el accionante y, otra, harto distinta, resolver un proceso constitucional corrigiendo las omisiones de la demanda del accionante o, peor aún, arbitrariamente, calificando el acto lesivo que el juzgador constitucional estime que vulnera derechos fundamentales o atenta contra la primacía de la Constitución. Este criterio, entonces, resulta ser inaplicable en el caso del sistema de justicia constitucional ecuatoriana, toda vez que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sí prevé la posibilidad de inadmitir y rechazar aquellas demandas que no cumplan con los requisitos formales exigidos en su texto siempre que la demanda incompleta persista a pesar de que el juez ordenó que aquella sea mejorada por el accionante (arts. 42, 55, 56, 79 y 80 LOGJCC).

Por lo anotado, a pesar de que la regla *iura novit curia* faculta al juez constitucional a resolver el caso que se somete a su conocimiento en base a normas constitucionales no invocadas por el accionante, este no implica que el juez pueda extender su competencia para resolver más allá de lo pedido, reformar o corregir las pretensiones ni esclarecer el acto impugnado, salvo el caso de que, en aplicación de su atribución prevista en el artículo 436, número 3 de la Constitución, decida, de oficio, declarar inconstitucional una norma conexas, cuestión que en nada se relaciona con el principio en análisis.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha sido zigzagueante al aplicar este principio en materia de control abstracto de constitucionalidad, pues, en unos casos ha aplicado, correctamente, el postulado y, en otros similares, lo ha hecho de manera totalmente errónea. De esta manera, la Magistratura, dentro un fallo resolutorio de una acción de inconstitucionalidad, dijo lo que se cita⁵⁵:

“En cuanto a la forma, el legitimado activo no demanda su inconstitucionalidad; sin embargo, corresponde a esta Corte realizar un control integral de la

⁵⁵ Sentencia No. 003-11-SIN-CC, dictada dentro del caso No. 0002-11-IN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 656 de 8 de marzo de 2012, cuya ponencia pertenece a la ex jueza NINA PACARI VEGA.

constitucionalidad de los actos normativos de carácter general impugnados, para lo cual se consideran lo siguientes elementos.”

El criterio vertido por la Corte Constitucional en el fallo citado, se merma y desdibuja en otro en el cual solamente se impugna un acto normativo por vicios de fondo y no de forma. Al respecto la Magistratura indicó⁵⁶:

“El planteamiento que contiene la acción pública de inconstitucionalidad propuesta, como quedó dicho, toca el fondo de la disposición impugnada y, siendo de esta manera, debe entenderse que en tal caso la Corte Constitucional debe pasar revista al contenido de aquella, al meollo de la misma, sin desviar la atención hacia aspecto de orden formal, que se contraen a estudiar y resolver, básicamente, los procedimientos para su dictamen.”

2.2.6.- PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES: El Estado, en calidad de ente jurídico-político está atribuido de varias características que le son inherentes, en esencia, la de poseer la capacidad de decidir y obligar a que, quienes se sujetan a su soberanía, cumplan con aquello. Este fenómeno, dentro de la Teoría del Estado, ha sido denominado potestad de *imperium* o poder. Este atributo o elemento constitutivo del Estado le permite, a su vez, cumplir con sus cometidos, entre ellos, la satisfacción del bien común, para lo cual debe dividirse en funciones que, a criterio de Vladimiro NARANJO MESA, ejercen las diversas actividades estatales.⁵⁷

En este sentido, la tesis que fuera elaborada en la modernidad por MONTESQUIEU, no es sino la forma clásica en la que un Estado se manifiesta para distribuir y controlar el ejercicio del poder que, aunque uno solo, ha sido asignada a distintos órganos públicos, en virtud de su naturaleza y el régimen de competencias asignado, principalmente, por la Constitución.⁵⁸

La tendencia, a raíz del surgimiento de la teoría citada, fue la de incluir, dentro de las constituciones nacientes a raíz del constitucionalismo, tres funciones del poder público,

⁵⁶ Sentencia No. 016-12-SIN-CC, dictada dentro del caso No. 0039-11-IN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 743 de 11 de julio de 2012, cuya ponencia pertenece al juez PATRICIO PAZMIÑO FREIRE.

⁵⁷ NARANJO MESA, VLADIMIRO, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Séptima Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1997, p.245.

⁵⁸ Cfr. LOEWENSTEIN, KARL, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p.54.

cada una con un marco de actuación definido: el ejecutivo, el legislativo y el poder jurisdiccional. No obstante, la idea del mutuo control mediante el sistema de pesos y contrapesos-propia del constitucionalismo clásico- resultó ser insuficiente, cuando, en el accionar del poder público se cometían arbitrariedades que vulneraban los cánones constitucionales ya sea por transgresión directa a aquel texto solemne o ya sea por violación de derechos fundamentales. Así, con la tesis kelseniana del control concentrado de constitucionalidad, a finales de 1920, se plantea la idea de que exista un órgano que funja de guardián y garantía de la Constitución: el Tribunal o Corte Constitucional, ente que, además, cuente con suficiente grado de independencia y autonomía del resto de funciones que son controladas por aquel.⁵⁹

De esta manera, a partir de la Constitución de 1998, se dota al extinto Tribunal Constitucional de independencia. Este proceso fue mantenido en el texto constitucional vigente, creando una Corte Constitucional que resulta ser independiente del resto de funciones del poder público, inclusive, del judicial. Es en este contexto en el cual la Magistratura se constituye en el único ente capaz del controlar que toda actividad del Estado se someta a lo manifestado por la Constitución en materia de ejercicio de competencias y de respeto irrestricto al catálogo de derechos y libertades en ella consagrado (arts. 429 y 430 CE).⁶⁰

Respecto al principio de separación de poderes la Corte Constitucional ha manifestado lo que sigue⁶¹:

“En este sentido, cabe señalar que en el Estado contemporáneo ya no existe la separación absoluta de los llamados “poderes”. El poder público, es decir, el poder del Estado, es uno solo y se manifiesta a través de funciones que son confiadas por la Constitución a órganos diferentes, autónomos entre sí, pero integrados en la unidad de propósitos y razones de la organización política

⁵⁹ Se hace presente que, en la historia constitucional ecuatoriana, hasta 1992, este principio resultaba ser incumplido, esto, debido a que, dentro de la ex Corte Suprema de Justicia, existía la Sala de lo Constitucional y, además, un Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyas decisiones no eran definitivas, pues, en materia de interpretación y control de constitucionalidad, quien decidía en última instancia era uno de los órganos controlados: el Congreso Nacional.

⁶⁰ La idea de independencia de la Corte Constitucional, en el caso ecuatoriano, es criticada por ciertos autores, ello, básicamente, al referirse al sistema de designación de sus miembros (art. 434 CE).

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-12-SIN-CC, dictada dentro del caso No. 0067-11-IN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 670 de 27 de marzo de 2012, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VIETRI OLVERA.

dentro de la cual realizan o desempeñan sus respectivas funciones. De aquello se desprende el actual imperativo de colaboración armónica, que no demerita la independencia funcional.”

2.2.7.- PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: El reconocimiento de las constituciones como normas supremas no resulta novedoso dentro del desarrollo del Derecho Constitucional. En tal virtud, la Constitución está compuesta por un conjunto de normas que no sólo deben servir para ser declamadas o invocadas líricamente, sino, fundamentalmente, para prevalecer sobre cualquier otra norma legal. Por tanto, para asegurar la vigencia efectiva de la Constitución, se ha consagrado en los textos constitucionales y en la doctrina, el principio de la supremacía de la Constitución.⁶²

En Ecuador, este principio inspiró el artículo 73 de la Constitución de 1830, pero sin la claridad ni la precisión requeridas. En igual forma se repitió en algunas constituciones sucesivas, hasta que, en la Constitución de 1897, por primera vez, se estableció en forma categórica, en el artículo 132, el principio de la supremacía constitucional.

Actualmente, el artículo 424 de la Constitución consagra el principio de la supremacía constitucional, dejando, al texto constitucional, como cuerpo supremo respecto del resto de normas y actos, con la excepción de aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos que consagren derechos más favorables que los reconocidos por aquel.

A criterio de Álvaro ECHEVERRI, la supremacía de la Constitución comprende dos aristas:

- a) La primera, una superioridad de contenido o material en virtud de la cual, ninguna otra norma que forme parte del orden jurídico puede contraponerse a lo que señala el texto constitucional, de ahí que existan mecanismos de control de constitucionalidad, generalmente, mediante la denominada acción pública de inconstitucionalidad (arts.436.2 CE y 74 LOGJCC).

⁶² A criterio del profesor RAFAEL OYARTE, la Constitución es suprema porque esta constituye y conforma el poder o autoridad, determina la forma y naturaleza del Estado, organiza su funcionamiento, limita el poder estatal y, porque, además, como norma solemne promulgada, se erige como valor superior que dota de validez y unidad el resto de normas que forman parte del orden jurídico.

b) La segunda arista refiere a la superioridad formal, la cual implica que la Constitución es la que crea los procedimientos para la creación, reforma y derogatoria de normas que integran el orden jurídico, al menos, la más importantes, como ocurre con las leyes orgánicas, leyes ordinarias y los tratados internacionales⁶³, mismas que deben ser dictadas por órganos competentes, es decir, entes con competencia normativa, aunque, como es evidente, la Constitución no crea procedimientos para la emisión de ordenanzas, reglamentos, acuerdos y resoluciones, lo cual no constituye obstáculo para que estos pueden incurrir en violación a la norma fundamental (arts.132 a 140 CE). Por otro lado, forma parte de la supremacía, la rigidez constitucional, expediente que conlleva el establecimiento de procedimientos y órganos específicos y especiales para efectuar los denominados cambios constitucionales, sean estas enmiendas o reformas (arts.441 a 444 CE).⁶⁴

Respecto al principio de supremacía constitucional en el aspecto material, la Magistratura se ha pronunciado de la siguiente manera⁶⁵:

“Asimismo, esta Corte, reiterando el principio de supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución, en fallos anteriores, ha señalado que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, so pena de carecer de eficacia jurídica, conforme lo previsto en el artículo 424 de la Constitución de la República.”

Aunque, se debe señalar, la supremacía constitucional de carácter formal no ha sido expresamente analizada por la Corte Constitucional, pues, en ejercicio del control

⁶³ Se hace presente que en el caso de las leyes orgánicas y ordinarias existe ausencia de diferenciación formal y material respecto de estas, lo cual genera confusión (arts. 132 y 133 CE). En el caso de los tratados internacionales, a diferencia de lo que ocurría con el Código Político de 1998, la Constitución actual omitió establecer el trámite de aprobación interna de dichos instrumentos.

⁶⁴ Cfr. ECHEVERRI, ÁLVARO, Teoría Constitucional y Ciencia Política, Cuarta Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1990, p.252.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-12-SIN-CC, dictada dentro del caso No. 0067-11-IN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 670 de 27 de marzo de 2012, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VIETRI OLVERA.

abstracto de constitucionalidad ha hecho alusión tácita a la misma en el siguiente sentido⁶⁶:

“No cabe duda de que se cumplió con el procedimiento correspondiente para la elaboración y promulgación de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, es decir, se cumplió con el trámite constitucional y legal para su elaboración y promulgación.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-12-SIN-CC, dictada dentro del caso No. 0067-11-IN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 670 de 27 de marzo de 2012, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VIETRI OLVERA.

CAPÍTULO II

LAS OMISIONES EN EL SISTEMA NORMATIVO Y ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

1.- LAS OMISIONES

1.1. CONCEPTO

Las constituciones, como bien ha señalado la doctrina, se deben concebir como un cuerpo normativo completo y orgánico, fundamento supremo de unidad y validez del orden jurídico de un Estado. De ahí que este conjunto de reglas, de orden supremo, contenga varios tipos de normas, las cuales, dependiendo de su contenido y naturaleza, importan, en mayor o menor medida, al campo de estudio que ocupa al presente trabajo.⁶⁷

⁶⁷ Al respecto, VLADIMIRO NARANJO MESA, en su obra *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas* divide a las normas constitucionales en tres grupos. Así, las primeras, son normas de orden organizativo, en las cuales se consagran lineamientos esenciales del Estado, la forma que adopta, su sistema de gobierno, su régimen político, su división territorial, la distribución del poder en ramas o funciones, procedimientos para designar altos funcionarios y gobernantes y, en general, las condiciones de organización y funcionamiento del poder del Estado; de otro lado se encuentran las normas constitucionales declarativas que son aquellas en las cuales se reconocen y se amparan derechos, brindando mecanismos o vías jurisdiccionales de protección de los mismos y, por último, hace referencia a las normas constitucionales neutras que son aquellas que, por la importancia de la materia que regulan, el constituyente ha considerado necesario y conveniente incorporarlas dentro de la Constitución a fin de hacerlas más estables y dotarles de categoría suprallegal, como ocurre con el caso de las normas relativas a la familia, propiedad o, en general, a normas de carácter social o económico, distintas a las organizativas y declarativas. Asimismo, una clasificación más profunda y específica la ofrece IVÁN CASTRO PATIÑO en su obra *La Inconstitucionalidad por Omisión, Teoría General, Derecho Comparado, Reforma necesaria en la Constitución ecuatoriana*. Este autor toma como base la propuesta general de NARANJO MESA y subdivide a los grandes grupos de normas constitucionales. Así, en el caso de las normas declarativas, a criterio del citado autor, se contienen a su vez normas contentivas de principios y el preámbulo de la Constitución, mientras que las normas organizadoras e instituyentes se clasifican en normas de estructura, que organizan los elementos del Estado, en especial, el poder con enfoque en el territorio, también refieren a la población y la distinción de sus habitantes; normas de atribución de competencia que pretenden otorgar un ámbito y materias dentro de las cuales actúan los órganos del Estado y normas de procedimiento que regulan el cómo han de actuar los entes del poder público. Sin embargo, CASTRO PATIÑO añade dos grupos de normas constitucionales: En primer lugar, las programáticas que son reglas constitucionales no autoaplicativas y que requieren de ley o reglamento para su funcionamiento. Las normas programáticas, a su vez, se clasifican en tres grupos en base a varios criterios, de ahí que por su imperatividad, es decir, según otorguen facultad o impongan obligación al poder constituido, estas serán optativas o permisivas y de cumplimiento obligatorio; por sus destinatarios, es decir si el encargo constitucional se dirige a la legislatura o a otros poderes públicos, se dividen en normas dirigidas al legislador o normas dirigidas a otras autoridades, en cambio, por su discrecionalidad, esto es, según requiera ser más o menos regulado el

En concordancia con lo mencionado, a decir de Iván CASTRO PATIÑO, independientemente del tipo de norma constitucional a la que se haga referencia, íntegramente, toda la Constitución posee fuerza normativa; por tanto, en palabras de Víctor BAZÁN, la Constitución, toda, obliga y vincula⁶⁸, pues, de lo contrario, el texto constitucional quedaría en letra muerta y no pasaría de ser un cuerpo normativo de papel, en palabras de Ferdinand LASALLE.⁶⁹

Por lo dicho, se hace presente que, la Constitución, y todo lo que aquella contiene, a manera de derechos fundamentales y obligaciones para el Estado o para los particulares, puede ser conculcada e inobservada mediante dos vías: la acción y la omisión.

La vía de la omisión, como su nombre supone, implica un ejercicio inactivo por parte de quien está obligado a cumplir con un mandato previsto, en este caso, en el texto constitucional; inacción que, como se verá más adelante, se refleja en atentados contra derechos fundamentales, contra el cumplimiento de normas legales, actos administrativos o decisiones emitidas por organismos internaciones de derechos humanos, la supremacía y eficacia normativa de la Constitución.

En relación a lo anotado en el párrafo precedente, la doctrina constitucional ha sido clara y ha propuesto dos conceptos generales respecto a la teoría de la omisión en el control de constitucionalidad. En este sentido, los doctrinarios concuerdan en que la omisión puede concebirse de forma amplia y de forma restringida.

encargo de desarrollo constitucional, estas se dividen en normas que solo encomiendan regular un tópico o normas emiten directrices para dicha regulación. El segundo grupo de normas constitucionales que propone el autor al que se viene citando refiere a las de orden operativo que son aquellas que se aplican directamente, es decir, sin necesidad de norma secundaria, lo que no implica que no se la pueda regular o reglamentar. Este tipo de mandatos se clasifican también de acuerdo a algunos criterios. En este sentido, el primero de ellos refiere a normas según el tipo de conducta que establecen, así pueden ser permisivas cuando autorizan una conducta al Estado o a los particulares o preceptivas, las cuales imponen deberes de acción u omisión, así también pueden ser prohibitivas cuando impiden ciertas conductas y punitivas cuando sancionan. El segundo criterio se relaciona con la posibilidad de ser limitadas, lo cual las convierte en irrestrictas, que implican al imposibilidad de que a estas normas se las limite o regule con normas secundarias o bien pueden ser normas de eficacia restringida cuando se trata de cláusulas que permiten regulación por motivos de bien común

⁶⁸ CASTRO PATIÑO IVÁN, *Inconstitucionalidad por Omisión, Teoría General, Derecho Comparado, Reforma necesaria en la Constitución ecuatoriana*, , Guayaquil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, p.53.

⁶⁹ LASALLE, FERDINAND, *¿Qué es una Constitución?*, Bogotá, Panamericana Editorial, 1994, pp.14-19.

1.1.1.- CONCEPTO AMPLIO DE OMISIÓN: La concepción amplia de la omisión refiere a la inercia o inacción de los deberes u obligaciones constitucionales obviadas no solo por el Parlamento, sino que, de forma general, cualquier ente o funcionario público puede, por su inactividad, vulnerar el texto constitucional, cuando aquella genera incumplimiento en una tarea impuesta por la Constitución.

Autores como Francisco FERNÁNDEZ SEGADO se decantan por esta postura al señalar que, cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del Estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Cuando su abstención implica o involucra un daño o un gravamen para una persona, dicha persona debería estar legitimado para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones⁷⁰.

En la misma línea, Néstor Pedro SAGÜÉS señala que la omisión se plantea tanto en cuanto hayan actos individuales impuestos por la Constitución, como respecto al no dictado de las normas generales⁷¹.

Igualmente, Germán BIDART CAMPOS, al hacer referencia a la omisión, establece que no hay zona alguna de reserva que el Ejecutivo, el Congreso, o la Administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan⁷².

Asimismo, Jorge MIRANDA afirma que la omisión resulta de la inercia o del silencio de cualquier órgano del poder, el cual de practicar, en cierto tiempo, el acto exigido por la Constitución⁷³.

Similar idea ofrece María Sofía SAGÜÉS, pues concibe a la omisión como la constante reticencia de los poderes constituidos a efectivizar los mandatos constitucionales.⁷⁴

⁷⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, La inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de Tutela de los Derechos de Naturaleza socio económico?, en La Inconstitucionalidad por Omisión, Santa Fe Bogotá, Editorial Temis, 1997, p.10.

⁷¹ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, Elementos de Derecho Constitucional, Volumen II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p.111.

⁷² BIDART CAMPOS, GERMÁN, Algunas Reflexiones sobre las Omisiones Inconstitucionales en la obra Inconstitucionalidad por Omisión, Santa Fe Bogotá, Editorial Temis, 1997, p.3.

⁷³ MIRANDA, JORGE, Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, Coimbra, Editorial Coimbra, 1993, p.338.

⁷⁴ SAGÜÉS, MARÍA SOFÍA, Las garantías del control de la inconstitucionalidad por omisión en Garantías y Procesos Constitucionales, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2009, p. 390.

1.1.2.- CONCEPTO RESTRINGIDO DE OMISIÓN: Esta concepción, por otro lado, manifiesta que, la omisión, como fraude o vulneración a la Constitución, se hace evidente, únicamente, cuando el Parlamento no ha cumplido con su tarea de dictar las normas infraconstitucionales que la Norma Suprema ha ordenado sean emitidas; es decir, bajo esta concepción, el único órgano omiso de la Constitución es el legislativo, con lo cual se elimina la posibilidad de que otros poderes públicos, entes o autoridades del Estado incurran en dicha falta.

Esta tesis es apoyada por autores como José Joaquín GÓMEZ CANOTILHO cuando asimila la omisión de la Constitución a la omisión legislativa en el cumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos⁷⁵.

Bajo la misma concepción, Luis AGUIAR DE LUQUE señala que la omisión se produce por la violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto⁷⁶.

Sobre el mismo tópico, José Julio FERNÁNDEZ sostiene que la omisión se produce por la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación⁷⁷.

Tomando en cuenta los dos conceptos que la doctrina ofrece, la Corte Constitucional ha establecido una diferencia entre lo que se entiende por omisión simple y la omisión legislativa inconstitucional⁷⁸:

La diferenciación que se produce entre la simple omisión –entendiéndose aquella como el dejar de hacer algo teniendo la obligación jurídica de hacerlo– y la omisión constitucional legislativa, radica en que esta última

⁷⁵ GÓMEZ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUÍN, Derecho Constitucional, Lisboa, Editorial Coimbra, 1993, p.1809.

⁷⁶ AGUIAR DE LUQUE, LUIS, El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión en Revista de Derecho Político, Madrid, 1987, p.25.

⁷⁷ FERNÁNDEZ, JOSÉ JULIO, La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General, Derecho Comparado: el caso español, Madrid, Editorial Civitas, 1998, p.81.

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso 0005-10-IO, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 378 de 4 de febrero de 2011, cuya ponencia pertenece al entonces juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

no consiste en el simple no hacer, sino que se hace extensiva al no hacer algo, que de forma concreta se estaba constitucionalmente obligado.

1.2. ELEMENTOS PARA UN CONCEPTO PROPIO

Se hizo presente, en líneas anteriores, que el concepto de omisión, en el sistema ecuatoriano resulta ser, incluso, más extenso que el criterio conceptual amplio que se revisó, pues, la omisión en materia constitucional no implicaría, únicamente, la violación por inacción de normas constitucionales por parte de poderes públicos obligados a cumplir con aquellas, sino que se extiende a otros campos en los cuales no necesariamente se involucran normas de rango constitucional, sino que la omisión de un particular o de la autoridad pública vulnera derechos fundamentales, o, incluso, actos infraconstitucionales además de aquellos emitido en materia de derechos humanos.

En este contexto, el maestro Rafael OYARTE establece que la omisión consiste en no hacer algo a lo que se está obligado, es decir, incumplir un deber⁷⁹. No obstante aquello, el mismo autor enfatiza en que, si el ordenamiento jurídico, como expresión de ordenación de potestades, confiere una atribución a un órgano del poder público, éste debe ejercerla dentro de los presupuestos contemplados por la norma jurídica. Entonces, para incurrir en omisión, debe existir un órgano o persona que incurre en mora de actuación en virtud de su inactividad, afectando al interesado⁸⁰.

Ahora bien, la omisión, en el caso ecuatoriano, no solo puede serle imputada a la Administración Pública, sino que, además, en esta situación pueden incurrir particulares, principalmente, en el caso de las acciones de protección y por incumplimiento, siempre de conformidad con lo previsto en las normas constitucionales y legales de la materia (arts. 88 CE 40.2; 41.4 y 53 LOGJCC). Se niega, absolutamente, la posibilidad de que, mediante inconstitucionalidad por omisión, se requiera, como legitimado pasivo, a un particular, sino, únicamente, a órganos del poder público obligados a cumplir con un mandato constitucional (art. 436.20 CE).

En este sentido, Laura RANGEL HERNÁNDEZ refiere que, la omisión es la abstención de hacer o decir, es la falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. Así, la misma autora, citando a Marco

⁷⁹ Óp.Cit., OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, p.103.

⁸⁰ Ib.Id., OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, pp.103-104.

Antonio DÍAZ DE LEÓN, señala que la omisión es una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, en un no hacer.⁸¹

De acuerdo con lo señalado, se proponen analizar los siguientes elementos como condición previa a la elaboración de un concepto propio sobre la omisión aplicable al sistema ecuatoriano:

1.2.1.- ABSTENCIÓN O INACCIÓN DE CUMPLIR ALGO: Este resulta ser el primer elemento definitorio de una omisión. La abstención o inactividad implican, a la vez, un incumplimiento o desacato a la Constitución, sea porque a través de ellos se vulneran derechos fundamentales y humanos, como ocurre con la acción de protección por omisión; sea porque no se cumplen con normas integrantes del sistema jurídico, actos administrativos de orden general, sentencias o informes en materia de derechos humanos, como es el caso de la acción por incumplimiento, o; porque se produce violación constitucional al no cumplir con un precepto contenido en aquella, en el tiempo que prevé el constituyente, o la Corte Constitucional, cuando ha verificado la omisión, lo cual comporta una eventual inconstitucionalidad por omisión total o parcial, como se estudiará más adelante.

En virtud de lo señalado, tales abstenciones o inacciones deben causar un perjuicio al interesado; sin embargo, aquel perjuicio debe tener relevancia constitucional para que, mediante las vías descritas, se active la jurisdicción constitucional y se amparen aquellos derechos afectados. No constituyen omisiones con relevancia constitucional, aquellos asuntos en los cuales, la conducta del ente o persona omisa, constituyan afecciones a cuestiones de mera legalidad, pues, la relevancia constitucional se refleja en el conflicto de legitimidad que se produce cuando existe omisión o incumplimiento.

1.2.2.- OMISIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE MANDATOS CONSTITUCIONALES: Se dejó establecido que la omisión se traduce en un incumplimiento o un desacato a un deber al que se está obligado a hacer. Se dijo, además, que aquel instituto debe tener relevancia constitucional para poder activar la jurisdicción propia de dicha materia. Sin embargo, la omisión debe ser, por un lado, en Ecuador, violatoria de mandatos constitucionales

⁸¹ RANGEL HERNÁNDEZ, LAURA, Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México, Editorial Porrúa, México, 2009, p.25

heteroaplicativos, lo cual implica que debe tratarse de mandatos programáticos, esto es, que requieran de norma secundaria para lograr su eficacia en la realidad; aunque, en el caso ecuatoriano, de acuerdo a la regulación constitucional de la inconstitucionalidad por omisión que, como se verá, es el mecanismo procesal idóneo para lograr el cumplimiento de mandatos constitucionales, se deja abierta la posibilidad de demandar el acatamiento de otros mandatos de naturaleza fundamental que no necesariamente contengan una orden de normar sino también mandatos heteroaplicativos que impongan una obligación de hacer algo, es decir, resulten imperativos. Asimismo, como ya se revisó, también puede hacerse referencia a mandatos constitucionales concretos, pues, los abstractos no establecen, con precisión, aquello que debe ser cumplido.⁸² En todo caso, la doctrina incluye a esta tipología de normas dentro de los mandatos constitucionales de eficacia aplazada.⁸³ Los mandatos constitucionales que no forman parte de este tipo de omisiones son aquellos que se denominan autoaplicativos, los cuales, por su naturaleza, como ya se indicó, operan y se aplican por sí solos, sin necesidad de que un tercer vinculado al mandato haga algo por viabilizar su eficacia.

Ahora bien, la omisión que se produce por incumplir un mandato constitucional, en virtud de lo previsto en la norma fundamental, podría en Ecuador incitar la proposición de diversas acciones constitucionales; por lo que, se puede afirmar con certeza que, en este aspecto, la norma constitucional deja un campo amplio al confundir, principalmente, las acciones por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión:

“Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.”

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

⁸² Sobre la tipología de mandatos constitucionales, *Vid. Supra*, pp.31-32.

⁸³ Respecto al mismo tópico, *Vid. Infra*, p.135.

5.- Conocer y resolver, a petición de parte, las **acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía,** así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.”

“10. **Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales,** dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley. (Las negrillas y el subrayado me pertenecen).”

De las normas constitucionales transcritas se puede afirmar que, la omisión a la que se ha venido haciendo referencia, puede confundirse entre dos acciones constitucionales que, por su naturaleza (como se estudiará en lo posterior), son distintas; no obstante, el constituyente las confunde, pues, al hablar de que la acción por incumplimiento pretende garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, cualquiera sea su naturaleza o jerarquía, se incluye, en este concepto, a los mandatos y normas constitucionales, mismas que también pueden ser incumplidas por la vía de la inconstitucionalidad por omisión.

El predicamento constitucional argüido fue solucionado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: Si mediante la proposición de una acción por incumplimiento se pretende exigir el acatamiento de mandatos constitucionales, dicha acción propuesta se torna improcedente (art. 56.2 LOGJCC). No obstante, se hace presente que esta solución legal no se prevé en la Constitución.

Por tanto, como se verá, cuando se produce omisión de normas constitucionales, bajo las tipologías ya analizadas y que imponen un obligación de hacer, en este caso, de legislar o de acción, dirigida a un órgano del poder público, se abre la posibilidad de activar la jurisdicción constitucional por la vía de de la acción de inconstitucionalidad

por omisión, tornando improcedente a cualquier otra acción constitucional que se proponga con dicho fin.

1.2.3.- OMISIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: Es incuestionable que los instrumentos internacionales que versen sobre derechos humanos forman parte del sistema de fuentes creado por la Constitución (arts. 424 y 425 CE); sin embargo, resulta curioso que, tanto el constituyente como el legislador, no hayan otorgado carácter de fuente a las sentencias o informes en materia de derechos humanos, pues, si se analiza la Constitución, no incluye, en su escala jerárquica de aplicación normativa, a la jurisprudencia.

No obstante lo mencionado, la justificación de la incorporación de estas sentencias al orden jurídico interno y de la creación de un proceso constitucional que propenda a vincular, a quien corresponda, a cumplir o a evitar la omisión de cumplir con una sentencia dictada, en esencia, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deviene de la obligación de todo Estado de adoptar medidas constitucionales y legislativas internas para garantizar el cumplimiento y protección de los derechos reconocidos en ese instrumento (arts. 1 y 2 de la CADH).

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorga la facultad a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para, en caso de que sus informes sean puestos a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o en base a ellos no se adopten medidas suficientes por los Estados parte, efectuar recomendaciones pertinentes y fijar un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada, pues, si transcurrido el plazo, ello no ha ocurrido, la Comisión decide si publica o no dicho informe (arts.44 y ss CADH). Si dicho informe es publicado y contiene una obligación clara, expresa y exigible de hacer o no hacer algo, su cumplimiento está resguardado por un mecanismo constitucional: la acción por incumplimiento.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta resuelve, en sentencia, casos de violación de derechos humanos sometidos a su conocimiento. En tal virtud, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece expresamente la obligatoriedad del contenido de los fallos emitidos por la Corte, sí

señala que cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en dicho instrumento, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados; asimismo, si ello fuera procedente, puede disponer que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Incluso, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, puede tomar las medidas provisionales que considere pertinentes (art. 63.1 y 2 CADH). Además, sí manifiesta que los Estados parte se comprometen a cumplir con lo decidido por la Corte, lo que implica una obligación de hacer clara, expresa y exigible (art. 68.1 CADH).

De ahí que, en aplicación de lo anotado, el constituyente haya diseñado un mecanismo constitucional que viabilice la aplicación y cumplimiento de dichos informes o sentencias: la acción por incumplimiento (art. 93 y 436. 5 CE). Se hace presente que, hasta la actualidad, la Corte Constitucional no ha conocido ni resuelto acciones por incumplimiento en las que se solicite ordenar el cumplimiento de una sentencia o informe en materia de derechos humanos.

1.2.4.- OMISIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE ACTOS NORMATIVOS: Si bien la Teoría General del Derecho, de la mano de la pirámide kelseniana, ha contribuido a explicar y desarrollar los distintos tipos, naturaleza y jerarquía de actos normativos⁸⁴, no es menos cierto que estos, como son la propia Constitución, las leyes orgánicas u ordinarias, los

⁸⁴ Al respecto, una propuesta netamente doctrinaria sobre la tipología de normas o actos normativos se encuentra en la obra “Teoría General del Derecho” de NORBERTO BOBBIO, autor que las clasifica en normas generales cuando ellas se dirigen a una clase de personas, normas abstractas cuando regulan cierta clase de acciones, las normas particulares se producen cuando su destinatario es un individuo en específico, denominadas por el autor como mandatos, con carácter especialmente imperativo; asimismo se encuentran las normas concretas que son aquellas que regulan un acción particular, a las cuales el autor las llama órdenes y que son contentivas, generalmente, de una obligación susceptible de ser cumplida. Todas estas categorías de actos normativos son considerados por BOBBIO como normas positivas o afirmativas, pero, frente a aquellas, se encuentran las normas negativas, las cuales se subdividen en tres categorías: las primeras refieren a prescripciones contrarias a normas positivas, es decir aquellas que prohíben de forma categórica un conducta, por lo que son normas prohibitivas, las segundas son normas permisivas negativas, las cuales, en cambio, exceptúan a algunos del deber de hacer, permitiéndoles a aquellos la posibilidad de no hacer, mientras que las normas permisivas positivas exceptúan a algunos del deber de no hacer, permitiéndoles, en cambio, hacer algo. Otro criterio clasificatorio de normas hace referencia a aquellas de orden categórico y de orden hipotético. Las primeras son aquellas que establece que una determinada acción debe ser cumplida, mientras que las otras señalan que cierta acción debe ser ejecutada si se verifica una determinada condición, las cuales, en todo caso, se reflejan en sanciones.

reglamentos y las ordenanzas, resoluciones, decretos y demás actos del poder público, comparten, entre sí, características materiales⁸⁵ que los identifican unos con otros, características que, de modo general, son las que se citan:

- A) GENERALIDAD:** Todo acto normativo tiene alcance y sentido general, es decir, se aplica a todos los sujetos o casos cuya conducta o circunstancia se adapta a los supuestos fácticos previstos en la parte hipotética del mismo, lo cual quiere decir que no se emiten para ser aplicados a una determinada persona. Ello convierte al acto en universal, lo cual pretende evitar exclusiones arbitrarias, es decir, evitar que la norma no se aplique cuando, en realidad sí corresponde hacerlo respecto a la conducta de una persona que se acople al supuesto hipotético previsto en la norma.
- B) ABSTRACCIÓN:** Los actos normativos son abstractos, lo que implica la no regulación de situaciones jurídicas concretas.
- C) OBLIGATORIEDAD Y COACCIÓN:** Ello quiere decir que el cumplimiento de un acto normativo no está sujeto a la merced o voluntad de quien está vinculado a observarlo; por lo que, si no se lo cumple, se aplica coactivamente, es decir, por la fuerza. Este es, según la doctrina, el elemento imprescindible para la detección del incumplimiento de un acto normativo, pues este impone, imperativamente, mandatos de acción o de abstención a los poderes públicos e, incluso, a las personas.⁸⁶
- D) PERMANENCIA:** Un acto normativo no se agota con su cumplimiento, ni pierde vigencia por su no cumplimiento, pues, como señala Rafael OYARTE, si bien el desuso de la norma, que ocasiona su falta de eficacia, puede determinar su eventual derogatoria, ello no implica que la norma no sea válida⁸⁷.

⁸⁵ Se hace referencia a la compatibilidad de elementos materiales porque, en la forma, cada acto normativo, dependiendo de su naturaleza y jerarquía, deberá cumplir con un procedimiento de emisión y con un órgano o autoridad competente para dictarlo.

⁸⁶ REY CANTOR, ERNESTO y RODRÍGUEZ, MARÍA CAROLINA, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, Segunda Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pp.97-99.

⁸⁷ Cfr. OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, *Mecanismos de Impugnación de los Dictámenes del Procurador General del Estado*, en *Revista de Derecho* No. 6, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, p.6.

En virtud de lo señalado, cualquier acto normativo, sin importar su naturaleza o jerarquía, por ser obligatorio en su observación y cumplimiento, debe contar con mecanismos jurídicos que sancionen o conminen a cumplirlos a quien omita hacerlo. Por ello, para dichos efectos, el constituyente instauró varios mecanismos que garantizan el cumplimiento de actos normativos frente a omisiones, como ocurre con el caso de las normas constitucionales en materia de inconstitucionalidad por omisión y el resto de actos normativos en el caso de la acción por incumplimiento. Sin embargo, se considera que, en virtud de la configuración constitucional de este último instituto, no todo acto normativo debería ser sujeto a aquel en caso de ser incumplido, sino, únicamente las normas particulares y concretas de orden mandatorio y normas de orden prohibitivo y categórico, pues estas son las que imponen obligaciones de hacer o no hacer a sus destinatarios, excluyéndose de este entonces a normas hipotéticas, generales y abstractas.⁸⁸

En todo caso, la Magistratura ha sido clara al analizar la negligencia en el cumplimiento de obligaciones previstas en actos normativos:⁸⁹

“En aquel sentido, el actuar con negligencia al momento de dar cumplimiento a una disposición normativa, ha de configurar el no acatamiento de la disposición normativa y por ende el incumplimiento de la norma impugnada.”

1.2.5.- OMISIÓN E INCUMPLIMIENTO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ALCANCE GENERAL Y DE ALCANCE INDIVIDUAL: Los actos administrativos tienen lugar cuando la Administración Pública, en ejercicio de sus funciones específicas, decide, mediante resoluciones de carácter general o particular, sobre algún derecho o interés.⁹⁰

En similar criterio, Roberto DROMI reconoce que las decisiones administrativas no se expresan solo a través de operaciones materiales, sino mediante declaraciones

⁸⁸ *Vid Supra*. Pie de página No.82.

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia N° 004-13-SAN-CC, dictada dentro del caso N° 0015-10-AN, cuya ponencia pertenece al juez ANTONIO GAGLIARDO LOOR. El fallo citado no está publicado en el Registro Oficial, pero puede encontrárselo en www.corteconstitucional.gob.ec.

⁹⁰ SECAIRA DURANGO, PATRICIO, Curso Breve de Derecho Administrativo, Primera Edición, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p.179.

intelectuales de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efectos jurídicos directos o indirectos.⁹¹

En este sentido, es obligación de la Administración Pública la exteriorización de su voluntad mediante actuaciones dentro de las áreas en las cuales tiene competencia decisoria y resolutive. Por ello, si expresa su voluntad, surge al mundo jurídico un acto administrativo el cual debe ser cumplido, sea por los administrados cuando surte efectos individuales, sea por funcionarios subordinados para el caso de los que surtan efectos generales, por lo que, si surge una obligación de cumplirlos inmediatamente son emitidos.

Frente al escenario anotado, se puede presentar el evento de que la Administración no actúe de conformidad con la Constitución y orden jurídico aplicable al ámbito de su competencia, con lo cual se configura una omisión de emitir un acto.

A) EL INCUMPLIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER INDIVIDUAL:

El acto administrativo con carácter individual es la declaración unilateral de voluntad de la autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que ocasiona efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos, es decir, que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales.⁹²

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva trae consigo una definición de acto administrativo⁹³:

“Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”

En tal virtud, todo acto administrativo goza de características que viabilizan la

⁹¹ DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, Novena Edición, Buenos Aires, Editorial Ciencia y Cultura, 2001, p.247.

⁹² MORALES TOBAR, MARCO, El Acto Administrativo, en Derecho Constitucional: para fortalecer la democracia ecuatoriana, Quito, Tribunal Constitucional y Fundación Konrad Adenauer, 1999, pp. 99-100.

⁹³ Artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

ejecución práctica y real de su contenido. Estos atributos implican la presunción de validez o legitimidad, la firmeza, exigibilidad u obligatoriedad y la ejecutoriedad. Por validez se entiende la presunción que hace el orden jurídico de que el acto emitido por la Administración ha seguido el procedimiento previsto y ha sido expedido por autoridad competente, salvo que, quien lo impugne, demuestre lo contrario; la firmeza implica que el acto no puede ser modificado por algún mecanismo de autocontrol en sede administrativa; la exigibilidad implica la obligación de cumplir lo previsto en el acto por parte de quien es el vinculado con la resolución o decisión adoptada y la ejecutoriedad implica la posibilidad de que sea la Administración la que ponga en marcha actuaciones que faciliten el cumplimiento del contenido del acto por aquella emitido.⁹⁴ Sin embargo, si el acto administrativo no es cumplido por quien está vinculado a ello, en virtud de la presunción de validez y obligación de cumplimiento inmediato de la que gozan, la Administración Pública cuenta con todos los mecanismos para lograr la eficacia de sus actuaciones, salvo que se impugne y se declare en firme la invalidez de aquellas.⁹⁵ En todo caso, téngase presente que la Constitución es silente respecto a la posibilidad de que, mediante acción por incumplimiento, se pueda solicitar que se ordene, en sentencia, el cumplimiento de un acto administrativo de alcance individual, pues únicamente hace referencia al incumplimiento de actos administrativos de alcance general. Por tanto, si existen actos administrativos con carácter individual que han sido incumplidos, su cumplimiento no puede ser demandado mediante acción por incumplimiento, cuestión que sí ocurre con otros sistemas comparados como el colombiano y el peruano (arts. 93 y 436.5 CE).⁹⁶

B) LA OMISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER INDIVIDUAL: No

⁹⁴ Cfr. PÉREZ DAYÁN, ALBERTO, *Teoría General del Acto Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 2010, pp.61-77.

⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bogotá-Lima, Editorial Temis y Editores Palestra, 2008, pp.561-562.

⁹⁶ Al respecto, en el ámbito del Derecho Administrativo, Agustín GORDILLO señala que la Administración Pública cuenta con dos mecanismos para hacer cumplir lo contenido en un acto administrativo: la coerción propia e impropia. La primera implica que la Administración posee los medios necesarios para hacer cumplir sus decisiones, la segunda, en cambio, implica que la Administración o cuenta con aquellas facultades, por lo que debe requerir a la justicia el establecimiento de medios de coerción para hacer ejecutar lo ordenado en el acto.

obstante lo anotado, ¿qué ocurre cuando es la Administración Pública la que omite manifestar su voluntad, vulnerando derechos fundamentales del administrado? Se considera que, ante la evasiva de emisión de un acto administrativo en los términos descritos, se estima procedente que, quien resulte afectado por aquella inacción, puede proponer acción de protección por omisión, siempre que dicha omisión vulnere derechos fundamentales (art. 88 CE), pero no podrá discutir, en sede constitucional, los asuntos pertinentes al contenido del acto que debió generarse, tal como se verá más adelante, sino solo sobre la violación de derechos, cuestión que ha generado la discusión sobre la residualidad de la acción de protección frente a la justicia contencioso administrativa, aspecto que será abordado en lo posterior en el presente trabajo. Por ello, al tratarse de actos administrativos individuales, en el presente trabajo se ha optado por referirse a la omisión de su emisión para vincularla con la activación de la acción de protección en los términos descritos y que serán profundizados *infra*.

C) EL INCUMPLIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL: Al respecto, Efraín PÉREZ sostiene que no resulta demasiado claro el alcance de los actos administrativos de alcance general, aunque, a criterio del autor, parecería que la Constitución se refiere a actos normativos que no sean propiamente reglamentos.⁹⁷ No obstante, tal postura no resuelve el predicamento respecto de la naturaleza de estos actos, aunque se concuerda con la imprecisión conceptual en la que incurre el constituyente.

Un criterio contrapuesto es el sostenido por Juan Carlos CASSAGNE quien sustenta que todo acto administrativo con alcance general es, propiamente, un reglamento, pues, en este caso, la Administración Pública desempeña una función que, aún cuando no le es propia, viabiliza el ejercicio de la función administrativa.⁹⁸

⁹⁷ Cfr. PÉREZ, EFRAÍN, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Tercera Edición, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 403.

⁹⁸ Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Novena Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 95-116.

En cuanto al mismo tópico, una postura con la que se comparte es la propuesta por Jaime RODRÍGUEZ ARANA, quien, en cambio, niega la posibilidad de que existan actos administrativos de alcance general, pues, aunque efectivamente se dicten por la Administración Pública, en cuanto estos se dirigen hacia una pluralidad indeterminada de personas, estos no dejan de ser sino *actos regla*, los cuales se agotan con su aplicación, de tal suerte que, para una nueva aplicación, estos requieren de la emisión de un nuevo acto de la misma naturaleza, por ejemplo, convocatorias o circulares emitidos por la máxima autoridad de un ente público, fijaciones de horarios, escalas de remuneraciones, órdenes de asistencia a laborar con uniformes, horarios de almuerzo, entre otros.⁹⁹ Por ello, resulta claro que este tipo de actos, a diferencia de los que poseen alcance individual, son de carácter imperativo pero, además, temporal, pues se agotan con su cumplimiento.

En el mismo sentido, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ señala que los actos administrativos de carácter general son aquellas disposiciones contenidas en circulares, manuales, reglas, instructivos, directrices, criterios de aplicación general, lineamientos generales y ordenamientos que contienen disposiciones generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, expedidas por funcionarios de la administración pública, cuya obligatoriedad, en rigor, se circunscribe a quien la emite y a sus subordinados, mas no a los gobernados, por lo que estos podrán impugnarlas con éxito cuando rebasen o contradigan, en su perjuicio, la Constitución, la ley o el reglamento.¹⁰⁰

La Suprema Corte de Justicia de México sentó un precedente respecto de la posibilidad de impugnar actos administrativos con alcance general, distinguiendo estos de los actos que emanan de la autoridad pública y que se sustentan en aquellas decisiones:¹⁰¹

⁹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, JAIME, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, México, Editorial Novum, 2011, pp. 166-167.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 199.

¹⁰¹ Tesis 352, Segunda Sala, Apéndice al Seminario Judicial de la Federación de 1917-1975, tercera parte, p. 584.

“Las circulares no pueden ser tenidas como ley, los actos de las autoridades que se funden en aquéllas, importan una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales.”

Por lo aludido, se estima poco adecuada la postura del constituyente en cuanto permitir la procedencia de un mecanismo constitucional para efectivizar el cumplimiento de este tipo de actuaciones del poder público, ello porque, como se señaló, estos actos son de carácter interno en la Administración Pública y no atañen al administrado, por lo que se convierten en verdaderos mandatos dictados por altos funcionarios dirigidos a sus subordinados, los cuales no tienen como destinatarios a las personas y que, en todo caso, en Ecuador, gozan de mecanismos legales propios para ser cumplidos, aunque aquel argumento no torna inaplicable a la acción constitucional en comento, puesto que no se trata de mecanismos judiciales, sino administrativos (art. 56.3 LOGJCC).¹⁰²

En este sentido, si bien la Corte Constitucional no ha aportado en la determinación de la naturaleza jurídica de los actos administrativos de alcance general y la pertinencia de la procedencia de la acción por incumplimiento respecto a este tipo de actos, sin ningún razonamiento previo, ha resuelto casos relativos a este tópico señalando que, por ejemplo, los oficios emitidos por un ministro de Estado son actos administrativos de alcance general, cuando, en realidad, aquel es un acto administrativo individual, cuyos efectos se dirigen a un grupo determinado de personas:¹⁰³

“La Corte considera que desconocer una realidad prevista en un acto administrativo de carácter general, que ha sido incumplido y que viola,

¹⁰² Al respecto, la Ley Orgánica de Servicio Público regula los escenarios en que los funcionarios públicos subordinados incurran en omisión o incumplimiento de las tareas asignadas, órdenes o disposiciones generales inherentes a su cargo o relacionadas con la institución en la cual prestan servicios, haciéndose presente, además que, en aquellos casos, es la misma norma legal la que prevé mecanismos de sanción para vincular al cumplimiento de aquellas circunstancias que, como se vio, se cristalizan mediante actos administrativos de carácter general (arts. 22, 24, 41, 42, 43 y 44 LOSEP).

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia No. 007-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0024-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 97 de 29 de Diciembre del 2009, cuya ponencia pertenece al juez PATRICIO PAZMIÑO FREIRE.

además, derechos constitucionales, equivale a negar la posibilidad de hacer exigibles los derechos que actualmente reconoce nuestra Carta Fundamental. En el presente caso, los accionantes consideran que con el incumplimiento del referido acto, se están violando derechos constitucionales; por lo tanto, para poder materializar esos derechos, supuestamente violados, se requiere de mecanismos que hagan exigibles esos derechos, y el mecanismo idóneo para el caso que nos ocupa, es la acción por incumplimiento.

El acto administrativo con efectos generales debe entrañar una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. En este sentido, la Corte puntualiza que el Oficio N.º MJ-2008-77, suscrito por el ex Ministro de Defensa Nacional, Doctor Wellington Sandoval, el día 14 de febrero del 2008, contiene una obligación de hacer “(...) dispongo la incorporación de los señores suboficiales, que al momento y por efecto de la Ley en mención, fueron puestos en disponibilidad”, es clara y expresa debido a que aparece explícitamente estipulada la obligación en el acto administrativo (Oficio N.º MJ-2008-77) que es objeto de examen. La exigibilidad no es más que la posibilidad que tienen los administrados de exigir el cumplimiento del acto administrativo por contener una orden, un deber o una decisión, que vincula al administrado con la administración, y que genera derechos y obligaciones correlativas.”

1.2.6.- QUE LA OMISIÓN PROVENGA DE PARTE DE AUTORIDAD PÚBLICA O DE PERSONA NATURAL O JURÍDICA: Que la omisión provenga de una autoridad pública, persona natural o jurídica resulta ser un requisito fundamental para la concesión de los mecanismos constitucionales que se pretenden estudiar en lo posterior. Por tanto, su falta de demostración, eventualmente, acarrearía no solamente problemas a la hora del examen de admisión a trámite, sino que, incluso, de su procedencia, pues involucra, además, conflictos de legitimación en la causa pasiva (arts. 40, 41.1, 3 y 4, 53 y 79. 1 LOGJCC).

Por autoridad pública ha de entenderse a todos los representantes de los entes que conforman el sector público o instituciones del Estado (art. 225 CE), mientras que, por persona natural se ha de comprender a los individuos de la especie humana,

cualesquiera que sean su edad, sexo o condición, dividiéndose en ecuatorianos y extranjeros (arts. 6, 7 y 8 CE y 40 CC) y, por persona jurídica se entenderá a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (art. 564 CC).

1.2.7.- QUE LA OMISIÓN VULNERE DERECHOS: Si las garantías jurisdiccionales y los procesos en esta materia son vehículos de amparo y protección de derechos fundamentales y humanos y, además, de respeto al principio de supremacía de la Carta Primera, lo mínimo que el sistema de justicia constitucional exige es que, quien active dicha jurisdicción, lo haga consciente de que, la omisión que pretende desentrañar, vulnera, directamente, tales prerrogativas. No obstante, en el caso ecuatoriano, como se estudiará en lo posterior, no toda acción constitucional que impugne una omisión precisará del legitimado activo la demostración de violación a derechos, pues, en virtud de su naturaleza jurídica, no todas se han concebido por el constituyente para la defensa de los mismos.

A pesar de lo señalado, la demostración de la violación de derechos no resulta opcional para quien actúa como legitimado activo en un proceso constitucional; al contrario, es un requisito *sine qua non* de su procedencia y admisión a trámite, principalmente, en materia de acción de protección (art.40.1 LOGJCC); aunque, como se verá, tal exigencia no se presenta en el evento de que el legitimado pasivo sea una institución pública, pues, en este caso, existe una suerte de inversión de la carga probatoria y una presunción positiva respecto de lo que afirma el accionante, sin necesidad de que sea probado en el proceso. Similar presunción se estableció para el caso del que el accionado sea un particular que ha vulnerado derechos por efectos de discriminación o, a su vez, cuando existen violaciones a derechos del ambiente o la naturaleza (arts. 86.3 CE y 16 LOGJCC).

Para el caso de la acción por incumplimiento, ni la Constitución ni la ley de la materia requieren del legitimado activo la demostración de que, la omisión en el cumplimiento de los actos objeto de este mecanismo constitucional, provoca violación de derechos fundamentales, incluso, si se lo activa para la defensa de derechos que son objeto de protección de otra garantía, esta acción se torna improcedente (art. 56.1 LOGJCC).

Similar situación ocurre con la acción de inconstitucionalidad por omisión, la cual no contiene requisitos específicos de procedencia y admisibilidad, pues, la misma, en dicho aspecto, se sujeta a las normas comunes del control abstracto de constitucionalidad, en el cual, además de ciertos requisitos de forma, lo único que se exige es identificar las normas que se consideran inconstitucionales, lo cual, como se verá, resulta ser inaplicable al caso específico de las omisiones inconstitucionales, mas en nada se pronuncia respecto de la violación de derechos, lo que invita a pensar en que, este mecanismo, no está previsto, propiamente, para la protección de derechos (arts. 128 y 79.4 LOGJCC).

1.2.8.- CONCEPTO PROPIO SOBRE OMISIÓN: Como se puede evidenciar, de las dos formas de comprender a la omisión, existe una marcada diferencia, al menos, doctrinaria. Sin embargo, y aunque la postura de quien redacta este trabajo se inclina por una concepción amplia de omisión; para efectos del contenido de esta investigación, dicha tesis resulta, igualmente, restringida, esto, por cuanto existen, en el orden constitucional ecuatoriano, disposiciones que tienden a ampliar, aún más, el concepto de omisión en relación con eventuales fraudes a la Constitución por falta de acción por parte de particulares y no solo de los poderes públicos, cuestión que ocurre, principalmente, en el caso de la acción ordinaria de protección (art. 88 CE) y de la acción por incumplimiento (art. 93 CE) . Por tanto, en virtud de lo manifestado, se concibe a la omisión como toda abstención proveniente de cualquier autoridad, ente o poder del Estado o de cualquier particular, que provoca incumplimiento o violación de mandatos constitucionales, cuando estos imponen a aquellos deberes u obligaciones a ser cumplidos, o, además, cuando dichas inacciones impliquen el no cumplimiento de actos normativos, administrativos o judiciales en materia de derechos humanos, incluso, cuando dicha inhibición de actuación conculque, directamente, derechos humanos, fundamentales o aquellos que deriven de la naturaleza humana.

1.3. TIPOLOGÍA DE OMISIONES

Para analizar el presente tópico, se tomará como base el estudio realizado por Iván CASTRO PATIÑO¹⁰⁴, autor que, brevemente, identifica seis tipos de omisiones que pueden vulnerar la Constitución:

¹⁰⁴ Óp.Cit. CASTRO PATIÑO, IVÁN, pp. 91-94.

1.3.1.- OMISIÓN LEGISLATIVA Y OMISIÓN DE OTRAS FUNCIONES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS: Ciertamente, los órganos constitutivos del poder público (poderes constituyentes derivados o constituidos) están vinculados al cumplimiento y observación del texto constitucional, tanto en materia de derechos fundamentales, como en el resto de normas que integran el cuerpo normativo referido (art. 11.9 CE). Asimismo, estos poderes públicos, no solo que están obligados a cumplir con los mandatos constitucionales, sino que, además, deben cumplir con las potestades y atribuciones conferidas por las respectivas leyes (art. 226 CE). En este contexto, dependiendo del sujeto activo de la omisión, esta puede provenir de cualquier órgano o funcionario público en general y, en especial, de la Función Legislativa.

Por órganos del poder público generales, como ya se anotó, se entiende a aquellos que conforman el sector o la Administración Pública conforme al artículo 225 de la Constitución, esto es, todo órgano y dependencia de las Funciones Ejecutiva, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; asimismo, toda entidad integrante de los gobiernos autónomos descentralizados; entes creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de potestad estatal, prestación de servicio público o ejecución de actividades económicas asumidas por el Estado y, las personas jurídicas creadas por acto legislativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de un servicio público. Aquellos son, entonces, los organismos públicos que, en conjunto con sus funcionarios, pueden incurrir en omisión cuando implique el incumplimiento de mandatos constitucionales y cuando, además, la no emisión o el incumplimiento de determinados actos políticos, administrativos o judiciales, vulnere derechos fundamentales.

Un sujeto activo específico en materia de omisión es la Función Legislativa, la misma que se encarna en un ente único: la Asamblea Nacional (art. 118 CE). El legislador, en virtud de la naturaleza del cargo para el cual ha sido designado en elecciones populares, tiene, como principal tarea, la de emitir las correspondientes leyes de desarrollo de la norma constitucional, mucho más, cuando esta última le ha otorgado plazos para aquello y este, dentro de los mismos, no ha aprobado la ley; por tanto, ese en ese contexto en el cabe una omisión por parte del legislador.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Este tipo de omisión es que la que viabiliza la proposición de una acción de inconstitucionalidad por omisión.

1.3.2.- OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA Y OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA:

Derivado de la omisión específica de la Función Legislativa, esta, según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puede ser absoluta y relativa (art. 129 LOGJCC). Será absoluta cuando existe un silencio total por parte del legislador frente al desarrollo de un precepto constitucional, mientras que, será omisión relativa cuando, habiéndose dictado la norma secundaria, el legislador lo hace sin tomar en cuenta todos los parámetros constitucionales requeridos, por lo que viola un derecho fundamental: el de igualdad ante la ley.

1.3.3.- OMISIÓN LEGISLATIVA FORMALMENTE CONSIDERADA Y OMISIÓN LEGISLATIVA

MATERIALMENTE CONSIDERADA: Esta clasificación, íntimamente ligada a la anterior, sugiere que existirá omisión formal cuando, el legislador, sin vulnerar principios o derechos consagrados en la Constitución, emite la norma secundaria de manera relativa, es decir, desarrolla de forma incompleta el mandato constitucional; asimismo, puede haber omisión formal cuando el legislador ha incurrido, a la vez, en omisión absoluta o total del mandato constitucional.

Por otro lado, se considerará como omisión legislativa material cuando, existiendo omisión parcial o relativa, el legislador ha dictado la norma de desarrollo constitucional en franca violación a principios y derechos consagrados en la Constitución, dando lugar a lo que la doctrina alemana ha denominado la exclusión arbitraria de beneficios o exclusión discriminatoria de derecho.

1.3.4.- OMISIÓN POR MORA Y OMISIÓN POR NEGACIÓN:

Habrá omisión por mora en tres casos: el primero cuando los poderes públicos incurran en inercia a la hora de adoptar una decisión concreta, cuando tomada la decisión, existe retardo en ejecutarla y cuando existe tardanza en la emisión de normas generales por parte de los órganos con competencia normativa. En cambio, la omisión por negación refiere a lo anotado anteriormente respecto a la exclusión arbitraria de beneficios en materia legislativa o normativa.

1.3.5.- OMISIÓN QUE AFECTA Y OMISIÓN QUE NO AFECTA A LOS DERECHOS

FUNDAMENTALES: Si bien es cierto, como fue mencionado, las garantías de derechos fundamentales y los demás procesos constitucionales pretenden amparar el ejercicio de derechos y velar por el acatamiento al principio de supremacía de la Constitución,

pueden existir omisiones que vulneren o no aquellos derechos y principios. En tal virtud, habrá omisión violatoria de derechos fundamentales cuando los poderes públicos no implementan medidas legislativas o administrativas requeridas para la plena eficacia de los derechos; al contrario, se presentará omisión que no afecta derechos fundamentales cuando los actos no emanados u omitidos por parte de los poderes públicos no afecta o menoscaba a aquellas prerrogativas, como ocurriría, por ejemplo, si la Administración Pública no emite un acto administrativo de tipo discrecional. De ello se hace presente que, importará, para efectos del estudio que se pretende realizar, únicamente, el primer tipo de omisión.

1.3.6.- OMISIÓN EVITABLE Y OMISIÓN INEVITABLE: Existe omisión evitable cuando los poderes públicos, a pesar de que las circunstancias políticas, económicas, sociales y jurídicas lo permiten, mantienen su inercia. Por otro lado, la omisión se presentará inevitable cuando, factores extrajurídicos, imposibilitan a los poderes públicos a actuar en beneficio del texto constitucional y los derechos fundamentales.

1.3.7.- OMISIÓN DE PERSONA NATURAL Y OMISIÓN DE PERSONA JURÍDICA: La omisión proveniente de persona natural se da cuando un individuo de la especie humana, en calidad de nacional o extranjero, por sí o por interpuesta persona vulnera, con inercia o inacción, derechos fundamentales de un similar a aquel. Asimismo, la omisión podrá provenir de personas jurídicas cuando, sin tener existencia física pero sí representación legal encarnada en una persona natural, por inacción, incumplimiento o inercia, conculcan derechos consagrados en la Constitución. Esta distinción abre el camino para el estudio del acápite referente a la acción de protección y la acción por incumplimiento.

1.3.8.- Otro criterio de clasificación de omisiones es el elaborado por el Tribunal Constitucional peruano, en este sentido, mediante el desarrollo jurisprudencial, este cuerpo colegiado ha clasificado a las omisiones en **DIRECTAS** e **INDIRECTAS** y **EXPLÍCITAS** y **POR DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL**, de acuerdo a lo que se cita:

“Ahora bien, en estricto, la obligación del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el procedimiento de consulta, como las cuestiones de tierras y recursos naturales, no se encuadra dentro del supuesto de una omisión directa, que es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena, sino que se encuentra de la

categoría de la omisión indirecta, que es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cumplimiento a lo mandado por el texto constitucional.”¹⁰⁶

“En el Derecho comparado actualmente no ofrece mayor resistencia la necesidad del control de las omisiones ordenadas de manera explícita por la Constitución, Este es el caso por ejemplo de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental o crea un órgano constitucional delegando a la ley su configuración o regulación. Los supuestos de mandatos explícitos a legislar, constituyen normas constitucionales dirigidas al legislador y su control puede hacerse en sede jurisdiccional siempre que pueda desprenderse un mandato explícito y la inacción del legislador se haya constatado a lo largo de un período razonable.

Distintos son los supuestos en que la constatación de la omisión, solo se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas de la Constitución en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa. Aquí se trata de concebir a la acción de los órganos judiciales, y en especial del Tribunal Constitucional, como instituciones que colaboran con el desarrollo y efectividad de las cláusulas constitucionales de modo que, en el desarrollo de sus contenido pueden avizorar, con conocimiento de causa la necesidad de que los contenidos constitucionales no se desvanezcan o diluyan ante la pasividad de los poderes constituidos. Configuración de un supuesto de omisión por delimitación jurisprudencial en el presente caso.”¹⁰⁷

1.4. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y OMISIÓN

El profesor Juan Carlos BENALCÁZAR afirma con acierto que la Administración Pública tiene el deber jurídico de resolver expresamente y conforme a derecho las peticiones, reclamos, solicitudes o recursos que se le planteen por parte de los administrados, lo cual no resulta eximente ni por la calidad jurídica de lo pretendido, ni por oscuridad o

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia No. 5427-2009-TC/PC.

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia No, 0006-2008-PI/TC.

falta de ley. La autoridad puede aceptar o rechazar las peticiones o pretensiones que se le formulen, pero siempre debe dictar una resolución para impedir que las instancias administrativas queden indefinidamente pendientes, pues ello produce un perjuicio para la regularidad de la actividad administrativa y para los derechos fundamentales de los administrados.¹⁰⁸

En este contexto, Patricio SECAIRA señala que el silencio administrativo es una institución jurídica mediante la cual la ley determina un efecto jurídico positivo cuando la Administración Pública por incuria o negligencia no emite una resolución dentro del tiempo asignado por la ley.¹⁰⁹ En el mismo sentido, Manuel María DIEZ explica que el silencio administrativo se produce cuando el ordenamiento jurídico, ante la falta, dentro un término que establece, de un pronunciamiento que la administración tiene el deber de efectuar, presume la existencia de un acto.¹¹⁰

El Derecho Administrativo, al estudiar la teoría del acto administrativo, se ocupa, más a profundidad de definir, con precisión, la naturaleza jurídica de este instituto; no obstante, en el caso ecuatoriano, ciertamente, no ha resultado sencillo llegar a un consenso en cuanto al beneficio que aquel porta para los administrados.

En esencia, el silencio administrativo surte dos efectos, dependiendo de la ley que lo regule. Puede ser, por un lado, negativo, lo que implica que, ante la ausencia de respuesta de la Administración Pública, el orden jurídico de la un efecto denegatorio a aquella aquiescencia, lo cual, en beneficio del administrado, deja expedita la vía impugnatoria a través de los mecanismos procesales que la ley franquea ante la jurisdicción administrativa; al contrario, la inacción de la autoridad provocará un efecto positivo cuando, transcurrido el plazo previsto en la ley para dar respuesta al petitorio, la Administración Pública no lo hace generándose un suerte de concesión favorable a dicha solicitud, la cual proviene de la ley y, lo que, además, no implica la emisión de un acto administrativo tácito o implícito, sino que, el silencio administrativo con efecto positivo busca sustituir la declaración de voluntad de la autoridad que, oportunamente, debió producirse y que, efectivamente, no se emitió.

¹⁰⁸ Cfr. BENALCÁZAR GUERRÓN, JUAN CARLOS, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano: Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Primera Edición, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2007, pp. 228-229.

¹⁰⁹ Cfr. Óp.Cit., SECAIRA DURANGO, PATRICIO, p. 214.

¹¹⁰ DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976p. 266.

Ahora bien, enfatiza BENALCÁZAR GUERRÓN¹¹¹ en que uno de los principales problemas que presenta el actual régimen jurídico del silencio administrativo en el Ecuador es la posibilidad práctica de ejercer lo ganado por el ministerio de la ley. Respecto a tal expediente, se hace presente que la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en el artículo 28 incluyó, para efectos del silencio administrativo, lo que sigue:

“Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.”

De la lectura de la norma citada cabe hacer las siguientes acotaciones:

- a) A toda petición o solicitud presentada por un administrado corresponde la respectiva resolución por parte de la autoridad competente para aquello.
- b) La resolución a dicha petición debe hacérsela en un término de 15 días, salvo que exista norma especial que señale lo contrario, es decir, que amplíe o disminuya el término.
- c) La Administración pública no está facultada de suspender la tramitación o negar la expedición de una resolución respecto a las peticiones que le son efectuadas.

¹¹¹ Cfr. Óp.Cit., BENALCÁZAR GUERRÓN, JUAN CARLOS, p. 238.

- d) Transcurridos los 15 días o, en su defecto, el término legal previsto en norma especial, se aplica silencio administrativo positivo.¹¹²
- e) Para poder aplicar dicho silencio administrativo, a pedido del administrado, el funcionario competente debe extender una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado.

Respecto de lo anotado, se atisba la duda respecto al mecanismo procesal que debe seguirse para hacer cumplir lo adquirido por efectos del silencio administrativo positivo, cuestión que, ciertamente, ha tambaleado en su desarrollo jurisprudencial. Se hace presente que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa trae consigo, básicamente, dos tipos de recursos¹¹³: el subjetivo o de plena jurisdicción y el objetivo o de anulación o por exceso de poder.¹¹⁴ Cabe recalcar que ninguno de aquellos procedimientos está previsto para ejecutar lo ganado por silencio administrativo, por lo que el sistema ecuatoriano ha tenido que intentar zanjar este predicamento haciendo uso de la vía jurisprudencial. De esta manera, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia señaló lo que sigue¹¹⁵:

“Finalmente, la materia ha sido modificada por la norma introducida como inciso siguiente al primero del Art. 28, según el cual la acción de ejecución debe estar respaldada en un instrumento público, constituido por la certificación otorgada por el funcionario competente de la institución del Estado, el cual está

¹¹² Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia manifestó, en jurisprudencia publicada en el Registro Oficial 332 de 23 de mayo del 2001 que: “El inciso segundo del artículo 143 de la Constitución Política ordena que una Ley Ordinaria no podrá modificar una Ley Orgánica, en consecuencia el efecto positivo al reclamante del Silencio Administrativo Regulado en el artículo 28 de la Ley de Modernización, no afecta al silencio como denegación tácita del reclamo regulado en las Leyes Orgánicas.”

¹¹³ Erróneamente, la ley aludida los llama recursos, cuando, en realidad, son acciones procesales administrativas ya que activan la jurisdicción mediante pretensiones propuestas en el juez competente, evidentemente distinta a la administrativa, en caso de que se la haya iniciado y agotado previamente, lo cual, ciertamente, no es requisito *sine qua non* para acceder al contencioso administrativo.

¹¹⁴ Si se atiende a la naturaleza del proceso contencioso administrativo, se puede concluir que aquel pretende impugnar actos administrativos o normativos previos y vigentes. Al contrario, si lo que se pretende es ejecutar la no actuación de la Administración Pública, resultaría ilógico que sea el propio administrado el que impugna un beneficio que la ha sido concedido por ley, por ello, los procesos contemplados en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no son compatibles con la pretensión de ejecución del silencio administrativo.

¹¹⁵ Resolución No. 358/02, correspondiente a la sentencia de 25 de septiembre de 2002, dictada por la Sala delo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia.

obligado, a pedido del interesado y bajo pena de destitución, a indicar el vencimiento del término desde el cual se ha producido el efecto del silencio administrativo, con lo que se demuestra que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente con todos los efectos añadidos anteriormente.-

TERCERO: Ahora bien, en el caso de que el interesado hubiere presentado la correspondiente solicitud a fin de obtener la certificación de la fecha de vencimiento para que opere el silencio administrativo y no hubiere logrado obtener en sede administrativa tal certificación, su obligación será requerir judicialmente esa certificación y de no atenderse luego de haberse reiterado la orden judicial bajo prevenciones legales, de la destitución del funcionario y de que se dará pleno valor a la afirmado por el reclamante, podrá entonces, con tal diligencia previa, que suplirá por el ministerio de la ley al instrumento público de la certificación, presentar ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la acción de ejecución en la cual, sin discutir el derecho a obtener lo solicitado, simplemente, se ordenará la ejecución en sentencia. Pero si el interesado no hubiere procedido de tal forma y en consecuencia no presentare el instrumento público al que se refiere el inciso agregado al art. 28 de la Ley de Modernización del Estado o en su caso la diligencia previa antes referida, es evidente que la acción deducida sea de conocimiento, en la que necesariamente se discutirá el derecho del acto a obtener lo pretendido mediante la respectiva solicitud, pudiendo dentro del término de prueba realizar las diligencias pertinentes, dentro de las cuales tiene trascendental importancia la copia de la solicitud presentada con la razón de fecha de recepción, a fin de demostrar la presentación ante la autoridad competente de su solicitud y la falta de respuesta oportuna, `prueba esta que será en tal caso decisoria en su favor, pero siempre que se demuestre la violación del derecho del recurrente al no haber aceptado el pedido. En este último evento, el juicio de conocimiento podrá ser objeto de casación.”

Del fallo citado se descubren, con meridiana claridad, dos procesos creados mediante jurisprudencia:

- A) **ACCIÓN EJECUTIVA:** Esta tiene cabida cuando el administrado ha solicitado la certificación del vencimiento del plazo en el cual ha operado el silencio

administrativo y el funcionario competente no extiende dicho documento, o si, a falta de tal certificación, se ha efectuado el requerimiento judicial previo para que la autoridad emita dicho certificado, siempre que, previa insistencia por parte del administrado, la autoridad omita cumplir con aquello. En este caso el derecho adquirido por efectos del silencio administrativo no se discute y del fallo emitido no cabe recurso de casación.

B) ACCIÓN DE CONOCIMIENTO: Procede en caso de que los documentos antes mencionados, es decir, la certificación o el requerimiento judicial no son aparejados a la demanda, por lo que el derecho del administrado se discute y deben ser probados, en el momento procesal correspondiente, tanto la petición, como la fecha de presentación de la misma y la falta de respuesta por parte del Estado. Respecto a dicha sentencia, en cambio, sí procede recurso de casación.

Se señaló que, para ejecutar lo ganado por el silencio administrativo, existen dos procesos judiciales creados por la jurisprudencia nacional; sin embargo, por las consideraciones ya señaladas, resultan cuestionables en cuanto a su procedencia. En el capítulo I del presente trabajo se hizo alusión a que no se puede exigir condiciones o requisitos no previstos en la ley o la Constitución en materia de derechos (art. 11.3 CE). Si bien es cierto que el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado exige el certificado de vencimiento del plazo, aquel no constituye sino el habilitante que, sin ninguna otra traba, le permite al administrado ejercer los derechos adquiridos por silencio administrativo; sin embargo, es claro que la jurisprudencia contencioso administrativa citada ha condicionado el ejercicio de aquellos al previo establecimiento de procesos ya sea de ejecución o de conocimiento, dependiendo de las circunstancias ya aludidas; o, lo que resulta peor aún, la exigencia del requerimiento judicial de insistencia previo a la activación de cualquiera de los dos procesos, actuaciones judiciales que, a criterio de quien presenta este trabajo, contravienen el principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, al cual ya se hizo alusión.

Hasta aquí se ha revisado, brevemente, lo concerniente al instituto del silencio administrativo en el caso ecuatoriano. Sin embargo, como resulta evidente, la fase de ejecución de los derechos autónoma y automáticamente reconocidos por los efectos de aquel es materia complicada dentro de nuestro Derecho Administrativo, pero que, además de los conflictos propios de aquella rama jurídica, trae confusión con respecto a

dos de los tres mecanismos constitucionales que se pretenden estudiar en el presente trabajo: la acción de protección frente a omisiones y la acción por incumplimiento.

Bien fue anotado que la omisión, para que importe al estudio del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, debe contravenir a la Constitución, vulnerar derechos fundamentales o inobservar el orden jurídico, pues, de lo contrario, la omisión cabría dentro del orden de la ilegalidad, situación ajena a la justicia constitucional, lo cual ha sido aseverado por la Corte Constitucional, la cual ha manifestado lo que sigue¹¹⁶:

“Sin embargo, como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia número T-808/7 “(...) la procedencia de la tutela contra sentencias no habilita al juez constitucional para pronunciarse sobre todos los extremos de la litis. Su competencia se limita, exclusivamente, a estudiar la posible violación de los derechos fundamentales a raíz de la decisión impugnada y sólo cuando ya no existe otro recurso judicial ordinario para estudiar esta cuestión. Justamente por esta razón para evitar una ilegítima usurpación de competencia, el juez tiene la carga de demostrar, de manera clara y suficiente, que el asunto sobre el cual se pronuncia se refiere, no a una cuestión de aquellas que le competen a un juez ordinario como la simple interpretación del derecho legislado o la valoración de la prueba, sino a una cuestión de estricta relevancia constitucional (...)”.

En este sentido, se sugiere, en primer término, proponer los eventuales ámbitos bajo los cuales el administrado podría hacer uso directo de la acción de protección por omisión sin dejar de lado la activación de la vía contencioso administrativa, para, posteriormente, esbozar criterios de diferenciación entre los institutos:

La acción de protección, por ejemplo, procede cuando una autoridad pública no judicial, por omisión, vulnera derechos fundamentales. En este sentido, la interrogante que surge es: ¿Cómo distinguir entre la figura del silencio administrativo y la figura de la acción de protección por omisión cuando ha sido la Administración Pública la que ha guardado silencio respecto a la emisión de actos o resoluciones en el ámbito de su competencia? Para dilucidar tal predicamento hay que hacer presente que, ante todo, la facultad de

¹¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 137-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1967-11-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 695 de 3 de mayo de 2012, cuya ponencia pertenece a la JUEZA RUTH SENI PINOARGOTE.

dirigir quejas o solicitudes a la Administración Pública, en sí, constituye derecho fundamental (art. 66.23 CE), lo cual conduciría a pensar que, la sola omisión de dar contestación oportuna, es decir, en los términos legales previstos para el efecto, daría lugar a la acción de protección por existir omisión por parte de autoridad competente. No obstante, el ejercicio de análisis no puede resultar sencillo, pues, si por efecto positivo del silencio administrativo, el administrado ha adquirido un derecho, este, sin más requisito, en teoría, debería ser ejercido sin mediar proceso judicial alguno.

Ahora bien, ya se hizo presente que el solo hecho de la no contestación oportuna implica un ejercicio violatorio del derecho de petición, cuestión que, además, vulnera dos fundamentales derechos adicionales: la seguridad jurídica y el acceso a servicios públicos de óptima calidad (arts. 82 y 66.25 CE), evento que, como se dijo, abriría las puertas a la proposición directa de la acción de protección por omisión para la defensa de aquellos derechos sin que el accionante desestime el uso de las vías ordinarias correspondientes para discutir sobre lo ganado por efecto positivo del silencio administrativo.

Que la omisión que conculque derechos fundamentales es impugnabile, de manera directa, mediante acción de protección ha sido criterio sostenido por la Corte Constitucional¹¹⁷:

“No obstante, habría que enfatizar que el argumento de la legalidad no puede ser entendido por los jueces de instancia como la vía más fácil y cómoda para desechar las demandas de acción de protección, bajo el argumento de que existen otros mecanismos de defensa judicial o que el asunto de fondo puede ser impugnado por otras vías judiciales; efectivamente, todas las acciones u omisiones arbitrarias e ilegítimas de una autoridad son justiciables, pero si aquellas violentan derechos constitucionales son impugnables por la vía de la acción de protección, y los jueces de cualquier instancia están obligados a cumplir y hacer cumplir la Constitución”

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1619-10-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 634 de 6 de enero de 2012, cuya ponencia pertenece al ex juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

Otra posibilidad en la cual cabría la proposición directa de la acción de protección por omisión resultaría del hecho de que el administrado se vea imposibilitado de acceder a la certificación del funcionario respectivo o al requerimiento judicial, asimismo, en el caso de que, habiéndosele solicitado con insistencia al funcionario, este no otorgue respuesta alguna. De esta manera, no solo que se vulneran los derechos antes señalados, sino que se podría demostrar que no existe otra vía adecuada y eficaz para su protección (arts. 40.3 y 42.4 LOGJCC), esto, no solo porque, a pesar la insistencia, el administrado no ha podido acceder a dicho documento, lo que genera dilación respecto de la violación de derechos, tornando a la vía contencioso administrativa en ineficaz si se toma en cuenta el tiempo que tardará discutir tal pretensión en sede judicial ordinaria, sino porque, además, los procesos ejecutivo y de conocimiento descritos son inadecuados en virtud de la materia que se pretende discutir, esto es, violación de derechos.

Sobre la posibilidad de proponer acción de protección ante la inexistencia de otra vía judicial ordinaria eficaz para amparar derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha establecido lo que sigue¹¹⁸:

“ (...) debe quedar claro es que, tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás vías previstas en la jurisdicción ordinaria devienen en ineficaces para la protección de esos derechos, debido a la naturaleza del trámite propio de cada una de las acciones en la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la dilación que genera su propia sustanciación, así como por la interposición de recursos, lo que no es desconocido por el foro ni por los usuarios del sistema de administración de justicia, por su carácter público y notorio, respecto de lo cual no amerita que se exija prueba, por expreso mandato del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial. La larga espera que implica el trámite de un proceso judicial en la jurisdicción ordinaria, sin duda alguna contradice el objeto de la acción de protección, esto es el

¹¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1619-10-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 634 de 6 de enero de 2012. Voto salvado de los doctores MANUEL VITERI OLVERA y HERNANDO MORALES VINUEZA.

amparo directo y eficaz de derechos constitucionales. De aceptarse el criterio expuesto en la sentencia impugnada, implica que en todo caso de vulneración de derechos constitucionales, el afectado deba transitar por el largo y engorroso trámite de un proceso judicial en las otras vías judiciales (...)

Sin perjuicio del análisis efectuado, en el cual solamente se hacen presentes algunos escenarios en los cuales, eventualmente, la justicia constitucional se aplicaría directamente sin que implique, como se vio, el reemplazo de la ordinarias, ya que se trata de violación de derechos, se puede concluir con una puntual diferencia conceptual entre estas dos instituciones con el objetivo de prevenir sobre posibles equívocos en cuanto a la vía procesal de impugnación de una omisión en el ámbito del Derecho Administrativo.

En consecuencia, mientras el silencio administrativo resulta ser un hecho al cual el orden jurídico le atribuye cierto efecto, generalmente, positivo o favorable ante la falta de manifestación de voluntad oportuna por parte de la Administración Pública, el cual, automáticamente, genera una situación jurídica a favor del administrado, ejecutable mediante la activación de dos vías judiciales ordinarias: la ejecutiva y la de conocimiento, dependiendo del caso; la omisión refiere a la inercia en cuanto a un no obrar conforme la Constitución lo prevé, siempre que implique, directamente, violación a derechos fundamentales por parte, en este caso, de la autoridad pública no judicial, situación que activa la vía de la acción de protección para la defensa de tales libertades. De ahí que, conforme lo señalado, el ámbito de aplicación del régimen del silencio administrativo cuenta con vías judiciales propias para su ejecución, las cuales, con los señalamientos efectuados, permiten al administrado hacer valer lo ganado haciendo uso de la justicia ordinaria; es decir, cuando fruto de aquella inercia de la autoridad, se desprendan cuestiones de mera legalidad que puedan ser controladas por los juzgadores ordinarios; en cambio, cuando el no obrar conforme prevé el orden jurídico y la Constitución por parte de la Administración Pública, vulnere derechos fundamentales, el afectado contará con la justicia constitucional para precisar el amparo y protección de aquellos derechos vulnerados. Ello conlleva a concluir entonces que lo que no se puede solicitar mediante acción de protección es la ejecución de lo ganado por silencio administrativo, pues, la declaración de un derecho constituye una de sus causales de improcedencia y, porque, además, la resolución de lo ganado por efectos de dicho

instituto corresponde a la justicia contencioso administrativa (art. 42.5 LOGJCC), por ello, lo que se conseguirá con la concesión de esta garantía es, únicamente, frenar la omisión, es decir, vincular al órgano público a que se pronuncie para cesar la violación de derechos subjetivos constitucionales o fundamentales e, incluso humanos.

Otro punto de confusión que se puede dar es entre la procedencia del silencio administrativo frente a la existencia de la acción por incumplimiento. Más adelante, cuando se profundice sobre este último expediente, se conocerá que dicho mecanismo constitucional procede, entre otras causales, cuando, por ejemplo, una autoridad pública ha sido renuente en el hecho de cumplir con lo mandado por el orden jurídico infraconstitucional. Si se toma en cuenta el contenido del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, se encontrará que en aquel hay una norma de orden imperativo o mandatorio, pues, transcurridos los términos previstos en la misma, opera, de manera positiva, el silencio administrativo, ficción que debe ser certificada, obligatoriamente, por el funcionario competente para ello, inclusive, bajo prevenciones de destitución. Ahora, en el evento en el que el administrado no consiga dicha certificación por haber negativa por parte de la Administración Pública, aquel estaría, en primera instancia, habilitado para activar la jurisdicción constitucional y solicitar a la Corte Constitucional, mediante acción por incumplimiento, para que, mediante sentencia, ordene, a quien corresponda, el cumplimiento de lo previsto en la norma en cuestión. Sin embargo, ya fue señalado que, por jurisprudencia, ante la falta de obtención de aquella certificación por parte de la autoridad administrativa, el administrado puede iniciar el correspondiente juicio de conocimiento para discutir sobre sus derechos adquiridos por efectos del silencio administrativo. Por ello, hay que hacer presente que, tanto la viabilidad de la acción por incumplimiento, como la procedencia de la ejecución del silencio administrativo mediante la activación de las vías judiciales ordinarias, son cuestiones distintas, ello, por las consideraciones que siguen:

- a) Mediante acción por el incumplimiento, el legitimado activo no está habilitado para discutir en sede constitucional respecto de la vulneración de derechos fundamentales que puedan ser amparados mediante otra garantía jurisdiccional, tanto así que, su activación mediante esta pretensión, constituye causal de improcedencia (art. 56.1 LOGJCC).

- b)** La discusión de fondo respecto de la existencia o no de los derechos obtenidos mediante silencio administrativo gozan de un proceso que, como fue establecido, aunque no cuenta con asidero legal, fue reconocido mediante vía jurisprudencial, este proceso es el de conocimiento; por lo tanto, la pretensión de reemplazo de la vía judicial correspondiente para la discusión de aquellos derechos no puede ser admitida mediante acción por incumplimiento (art. 56.3 LOGJCC).
- c)** El objetivo único de la acción por incumplimiento será, entonces, que se conmine al ente o funcionario omiso a cumplir con la disposición normativa, sin que ello implique un reconocimiento de derechos; por tanto, se estima que su procedencia, en materia de silencio administrativo, está prevista, exclusivamente, en el caso de que el administrado no obtenga respuesta alguna respecto de la certificación de vencimiento del plazo indicado por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, para los casos en los que aquella disposición general se aplique, dejando la discusión del fondo al proceso judicial ordinario que corresponda.

Ahora bien, si mediante acción por incumplimiento se pretende exigir a la Administración Pública a que cumpla, en este caso, con la normativa referente al silencio administrativo, hay que hacer presente lo que sigue:

- a)** El orden jurídico exige que, previo a la presentación de la demanda de acción por incumplimiento, el administrado debe configurar dicho incumplimiento mediante una petición ante la autoridad competente, en la cual deberá insistir sobre aquella cuestión, situación que se convierte en requisito formal de admisión a trámite del proceso constitucional en mención (arts. 54 y 55.4 LOGJCC).
- b)** Lo anteriormente descrito sugiere, entonces, la creación de otra especie de silencio: un silencio de relevancia constitucional. Ello implica que, solo ante este nuevo incumplimiento por parte de la autoridad, el administrado estaría habilitado para presentar una acción por incumplimiento; por tanto, esta idea conduce a concluir que, en esta materia, la vía constitucional antes descrita no genera beneficio alguno a quien pretenda proponerla, por lo cual, lo adecuado

sería que, una vez que no se ha obtenido dicha certificación ni mediante petición directa, ni a través de requerimiento judicial, el administrado inicie, ante la justicia contencioso administrativa, el correspondiente proceso de conocimiento.

- c) Pese a lo anotado, el orden jurídico no prohíbe la presentación conjunta de este mecanismo constitucional con la demanda de ejecución en vía judicial ordinaria del silencio administrativo. Como se señaló, la naturaleza de cada proceso es distinta, pues, una cosa es pretender la ejecución y reconocimiento de los derechos ganados mediante silencio administrativo y, otra distinta, solicitar que se conmine al ente público omiso a cumplir, en este caso, con una disposición normativa de carácter imperativo o mandatorio, sin que para ello se discuta vulneración de derechos fundamentales; por tanto, la selección de la vía jurisdiccional dependerá del criterio y finalidad del accionante. Aunque, eventualmente, la activación conjunta de los dos procesos podrían no resultar beneficiosos para el accionante, pues puede ocurrir que, mientras la Corte Constitucional decide la acción por incumplimiento, ya el proceso de ejecución en fase contencioso administrativa cuente con resolución, lo cual incitaría a que el proceso constitucional termine, por ejemplo, por desistimiento (art. 15.1 LOGJCC).

1.5. OMISIÓN Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Ciertamente, cuando se hace alusión a la institución de las garantías y de los procesos constitucionales, resulta indefectible desvincularlos del ámbito en el cual tienen cabida: la jurisdicción constitucional.

El estudio de la justicia o jurisdicción constitucional no resulta ser nuevo para los teóricos de esta rama jurídica. Así, por ejemplo, el maestro Hernán SALGADO manifiesta que la justicia constitucional, desde antiguo, pretendió ser garantía del respeto a la Constitución, velar por el cumplimiento de sus normas, tanto de aquellas que organizan y distribuyen el poder, como de aquellas que consagran los derechos fundamentales.¹¹⁹

Ahora bien, con el surgimiento del constitucionalismo contemporáneo, se ha pretendido creer que las garantías de derechos tienen real vigencia en la justicia constitucional,

¹¹⁹ Cfr. Óp.Cit. SALGADO PESANTES, HERNÁN, p. 16.

únicamente, con el apareamiento de los postulados de aquellas tesis y de las constituciones inspiradas en ellas, cuando, en realidad, como bien señala Giancarlo ROLLA, con la introducción de las constituciones de tipo rígido y el paralelo reconocimiento de la justicia constitucional en aquellas, se modificó la relación tradicional entre derecho y ley, la cual estaba atada a los Estados propios del siglo XVIII, según la cual, los derechos se conformaban y existían en base a la ley; no obstante, con aquel tipo de constituciones, los derechos se constituyen en limitaciones a la ley, razón por la cual surge la relación estrecha entre la tutela jurisdiccional de los derechos y de la supremacía constitucional por parte de un Tribunal o Corte especializado.¹²⁰

En este sentido, en la relación entre la justicia constitucional y las garantías que la activan, se hace indispensable, a criterio de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, la existencia última de un Tribunal Constitucional que defienda a la Constitución, el cual se convierte en un comisionado del poder constituyente para el sostenimiento del sistema por aquel elaborado, sometiendo a todos los poderes y a las personas a la Constitución.¹²¹

En tal virtud, la defensa de la Constitución por parte de un Tribunal o Corte Constitucional origina una sede jurisdiccional, espacio en el cual, mediante la proposición de acciones de naturaleza constitucional, se resuelven conflictos jurídicos de acuerdo a las competencias asignadas a dicha Magistratura.

Por ello, una causa de justificación de la existencia de magistraturas constitucionales, a decir de Giancarlo ROLLA, es porque el proceso constitucional, cuando versa sobre garantías de derechos fundamentales, es comúnmente considerado la sede donde se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución, pues, mediante dicho proceso, se controla el poder público y se vigila que sus decisiones no vulneren las libertades constitucionales.¹²²

En cambio, la necesidad de contar con el órgano especializado de control de constitucionalidad que garantice la eficacia del orden jurídico-como ocurre con la

¹²⁰ Cfr. ROLLA, GIANCARLO, *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2006, pp. 117-118.

¹²¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Tercera Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2001, p. 198.

¹²² Cfr. *Óp.Cit*, ROLLA, GIANCARLO, p.89.

acción por incumplimiento y de la supremacía de la Constitución-en el caso de la acción de inconstitucionalidad por omisión-, se debe, según Germán J. BIDART CAMPOS, a que la Constitución se reputa como un orden material o sustancial de valores, principios y derechos, el cual tiende un puente indispensable hacia la cabecera del ordenamiento para desembarazarlo de hemiplejías que conspiran contra su supremacía y contra la unidad de orden, sentido y coherencia que esta otorga al sistema jurídico de un Estado, por lo que, habrá de existir un ente independiente que vele por el cumplimiento de aquellos cometidos.¹²³

Por lo tanto, existen distintos procesos que pueden ser sometidos a conocimiento del juzgador constitucional, sean de aquellos que buscan la defensa y protección de derechos fundamentales (lo llamados procesos constitucionales de libertad), sean aquellos que pretenden garantizar y salvaguardar la supremacía de la Constitución (los procesos constitucionales de naturaleza orgánica), o sean aquellos que pretenden dar solución a un conflicto político suscitado entre órganos del poder público (procesos constitucionales de índole político-jurídica).

En este sentido, en el caso ecuatoriano, son varios los procesos constitucionales que han sido encargados a la justicia especializada en esta materia. Aunque, dentro de los procesos constitucionales de garantías jurisdiccionales, no todos son directamente conocidos por el órgano de control de constitucionalidad, sino que son tramitados ante la jurisdicción ordinaria, cuyos jueces, en el momento mismo en que avocan conocimiento de aquellos casos, se invisten de la calidad de jueces constitucionales, ello ocurre, por ejemplo, con la acción de protección. En los casos de las acciones por incumplimiento e inconstitucionalidad por omisión, procesos que, a consideración de quien realiza el presente estudio, son de naturaleza constitucional autónoma, pues, mientras uno se constituye en garantía de eficacia del orden jurídico infraconstitucional y el otro busca vincular al ente omiso al cumplimiento de una norma de rango constitucional, son tramitadas, de manera directa, ante la Corte Constitucional, cada una, con un procedimiento específico.

Como corolario de lo descrito se puede concluir que, mediante la proposición de una garantía, ya sea esta de defensa de derechos fundamentales, de eficacia del orden

¹²³ Cfr. Óp.Cit., BIDART CAMPOS, GERMÁN, pp.2-3.

jurídico infraconstitucional o de protección y defensa de la supremacía y carácter normativo de la Constitución, se activan una serie de procesos constitucionales que son conocidos, sustanciados y resueltos por una justicia especializada: la constitucional. Lo lamentable es que un sistema de justicia constitucional cuente con un catálogo amplio de garantías cuyas vías de procedencia y naturaleza hayan sido confundidas por el constituyente y que, tardíamente, fueron, de cierta forma, especificadas por el legislador, abriendo la puerta al desarrollo ambiguo de la jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional que tampoco ha podido esclarecer estos predicamentos en el ejercicio de su tarea. Por ello, en tales circunstancias, la defensa de los derechos fundamentales y de la propia Constitución resulta ser inútil y hasta peligrosa; sin embargo, un esfuerzo por proponer un estudio distintivo de las tres instituciones a las cuales se ha venido haciendo referencia se podrá evidenciar en el capítulo que a continuación se desarrolla.

CAPÍTULO III

DISTINCIÓN ENTRE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN POR OMISIÓN, POR INCUMPLIMIENTO Y DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

1.- LAS FUENTES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y REGLAMENTARIAS A MANERA DE ANTECEDENTES DE ESTUDIO:

1.1.- LA BASE CONSTITUCIONAL DE LA CONFUSIÓN ENTRE CADA ACCIÓN

Con mucho acierto, los doctrinarios suelen culpar al legislador cuando este, en ejercicio de una de sus principales funciones-la de proponer leyes y generarlas-, incurre en el error de malentender al texto constitucional; mas aún, en el caso que ocupa al presente trabajo, fue el propio constituyente el que, al momento de elaborar la Constitución, desnaturalizó dos de las tres instituciones que se vienen analizando, esto es, la acción por incumplimiento y la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Como será desarrollado más adelante en este mismo acápite, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, de acuerdo con sistemas constitucionales comparados como el colombiano y el peruano¹²⁴, aparece como una garantía de la supremacía constitucional que se activa, únicamente, cuando un órgano con competencia normativa (generalmente el legislador) decide inobservar un mandato constitucional que lo vincula a dictar una norma en un plazo determinado; mientras que, la acción por incumplimiento se ha constituido, en aquellos sistemas, como un mecanismo constitucional de garantía y eficacia del orden jurídico infraconstitucional, mismo que

¹²⁴ En materia de acción por incumplimiento, los sistemas peruano y colombiano la denominan acción de cumplimiento, sobre su contenido revítese los artículos 200, número 6 y 87 de las constituciones peruana y colombiana respectivamente. En cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, un ejemplo claro sobre la concepción se puede revisar en las Sentencias C-780/03 y C-800/05, dictadas por la Corte Constitucional de Colombia.

En el caso peruano, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión no ha sido expresamente incluido por el constituyente en la norma fundamental de 1993; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha optado por incluirla en su jurisprudencia y la ha identificado a la acción de cumplimiento, señalando que esta, en el caso peruano, sirve también para optimizar el cumplimiento de normas constitucionales, ello se puede revisar en la Sentencia No. STC 5427-2009-PC/TC.

se hace presente ante el incumplimiento de una norma jerárquicamente inferior a la Constitución por parte del poder público o de cualquier particular.

Sin embargo, aquella marcada diferencia no ocurre en el caso ecuatoriano, pues, el texto constitucional incurre en la siguiente confusión que se atisba con las normas que se citan a continuación:

Art. 93.- **La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico**, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

5.- Conocer y resolver, a petición de parte, las **acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía**, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

10. **Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales**, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. **Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.** (Las negrillas y el subrayado me pertenecen)

De las disposiciones citadas se desprenden las siguientes consideraciones:

- a) A decir del constituyente, no solo que vía acción por incumplimiento se podría solicitar que la Corte Constitucional, mediante sentencia, conmine a que el órgano omiso cumpla, efectivamente, con disposiciones normativas varias, de cualquier naturaleza o jerarquía (como ocurre con las normas legales, reglamentarias e, inclusive, constitucionales), sino que, también, mediante la proposición de una acción de inconstitucionalidad por omisión, la Corte Constitucional puede declarar la omisión en la que han incurrido los poderes públicos cuando han evitado cumplir con mandatos o normas de rango constitucional. De ello, entonces, se evidencia una flagrante confusión por parte del constituyente respecto de las dos figuras a las que se ha hecho alusión, pues, mediante dos acciones constitucionales que en sistemas comparados tiene naturaleza distinta, en Ecuador, se podría conseguir la misma pretensión en el caso de que, en aplicación directa de la norma constitucional, se requiera el cumplimiento de normas constitucionales.
- b) Otro predicamento que surge es la facultad normativa que el constituyente otorga a la Corte Constitucional para el caso de que la omisión inconstitucional normativa persista. No solo que, a criterio del autor del presente trabajo, esta atribución otorgada al órgano de control de constitucionalidad vulnera el principio de separación de poderes¹²⁵, sino que desnaturaliza la finalidad con la que han sido creados los Tribunales o Cortes Constitucionales-la de velar por cumplimiento y supremacía de la ley fundamental-, otorgándole una facultad propia de otro poder público: la legislatura, mucho más si se pretende que la Magistratura legisle mediante jurisprudencia, lo cual resultaría, además, violatorio del principio de reserva legal, si es que en un fallo se regulase el ejercicio de derechos (arts. 132, 133 CE y 128 LOGJCC).
- c) Si se toma en cuenta que la inconstitucionalidad por omisión, por su naturaleza, se hace presente frente al no cumplimiento de los tipos de mandatos constitucionales ya anotados, no resulta del todo adecuado que, “transcurrido un plazo”, la omisión persista y sea el órgano de control constitucional el que “ejecute el acto omitido”. Clásicamente, los órganos de control de

¹²⁵ Al respecto, un punto de vista contrario al propuesto se puede ver en el ensayo de JESÚS M. CASAL H: La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, edición 2003.

constitucionalidad han fungido como entes que, mediante jurisprudencia, mandan u ordenan ejecutar actos, mas no los han ejecutado. Por este motivo, pensar que sea la Corte Constitucional la que ejecute actos omitidos, no solo que desnaturaliza su función, sino que, además incurre en el error de confundir a la omisión inconstitucional con la acción por incumplimiento, pues, el ordenar la ejecución de un acto, resulta ser propio de esta segunda acción constitucional.

- d) La acción por incumplimiento, según el constituyente, fue instaurada como garantía de derechos fundamentales, cuestión que no resulta del todo adecuada si se toma en cuenta que, lo que aquella pretende, es garantizar la seguridad y eficacia del ordenamiento jurídico, mas no busca el amparo de derechos fundamentales, como sí ocurre con el resto de garantías de ese orden, por lo que se considera un error haber incluido a esta acción dentro del acápite de garantías de derechos.

En cuanto a la acción de protección, el texto constitucional la incorporó como garantía de derechos, derogando al amparo constitucional, propio del Código Político de 1998. Sin embargo, su regulación tampoco resulta ser clara en su totalidad:

“Art. 88.- **La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución**, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.” (Negrillas y subrayado son míos).

De la norma constitucional citada cabe hacer las siguientes puntualizaciones:

- a) El constituyente no deja en claro si, mediante acción de protección, se pueden amparar derechos humanos, es decir, derechos que no consten en el catálogo de libertades elevadas a rango constitucional (derechos fundamentales), pues, como se aprecia, la norma es clara al expresar que la acción de protección protege los

derechos reconocidos en la Constitución, obviando el caso de aquellos que no forman parte de su contenido, a pesar de existir el principio de aplicación directa también para aquellos (art.11.3 CE).

- b) En cuanto a su legitimación activa, el artículo 86, número 1 de la Constitución reconoce que esta, como el resto de garantías de derechos, pueden ser interpuestas por cualquier persona, individual o colectivamente, sin hacer restricción a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. No obstante, más adelante, es el propio texto constitucional el que restringe aquella legitimación, únicamente, a ciudadanos quienes, en virtud de aquello, la pueden proponer de manera individual o colectiva (art. 439 CE).

1.2. LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN COMO NORMA SUPLENTE DE LA LEY:

La Corte Constitucional emitió un cuerpo normativo que, provisionalmente, regularía el ejercicio de sus competencias y viabilizaría la puesta en marcha del sistema de justicia constitucional diseñado en la norma fundamental: las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición.¹²⁶ Este reglamento, cuya inconstitucionalidad resulta evidente por haber sido dictado por un órgano incompetente para aquello y por vulnerar el principio de reserva legal en materia de derechos y garantías, pretendió suplir lo que debió ser legislado prontamente (arts. 132, 133, 147.12 y Disposición Transitoria Primera, número 1 CE).

En este sentido, este cuerpo normativo trajo consigo lo que se analiza a continuación:

- a) En materia de inconstitucionalidad por omisión, la Corte Constitucional optó por homologar el procedimiento de aquel proceso al previsto para la acción pública de inconstitucionalidad (art. 29 RPECCPT). Este defectuoso proceder indujo a confundir la naturaleza de cada acción, pues, una cosa es que, tanto la acción de

¹²⁶ Publicadas en el Registro Oficial Suplemento No. 466 de 13 de noviembre de 2008.

inconstitucionalidad, como la omisión inconstitucional formen parte del sistema de control abstracto y, otra distinta, es que se confunda su naturaleza jurídica. Mientras la omisión inconstitucional, conforme lo prevé el texto constitucional, pretende que un órgano omiso dicte la norma secundaria o ejecute un acto ordenado por la Constitución, la acción de inconstitucionalidad busca expulsar del orden jurídico todo acto normativo que contravenga al texto constitucional, por el fondo o por la forma.

- b) Respecto a esta misma acción, la Corte Constitucional continuó con el error del constituyente, estableciendo, como efecto de la declaratoria de la inconstitucionalidad por omisión, el que, si la omisión consistía en la inejecución de un acto mandado por la Constitución, la Magistratura debía conceder un plazo razonable al ente omiso para que ejecute el acto, pero, si ello no ocurría dentro de dicho plazo, sería la Corte quien lo ejecute, lo que, como se anotó desnaturaliza su función y confunde a este proceso con el correspondiente a la acción por incumplimiento (art. 30 RPECCCPT).
- c) En cuanto a la acción de protección, la Corte Constitucional, adecuadamente, amplió el ámbito de aplicación de la misma, anotando que, no solo serían los derechos fundamentales o constitucionales los sujetos a esta garantía, sino que, además, son susceptibles de protección por esta vía los derechos que integran los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero, con una salvedad: que sean más favorables que los reconocidos en la Constitución (art.45 RPECCCPT).
- d) En la misma materia, la norma a la que se viene haciendo referencia hizo bien en considerar la legitimación activa amplia que estableció el artículo 86, número 1 de la Constitución; aunque, por otro lado, incorporó determinadas causales de improcedencia a dicha acción (arts. 47 y 50 RPECCCPT).
- e) En el ámbito de la acción por incumplimiento, la Corte Constitucional resultó ser más imprecisa y ambigua que el constituyente, pues, no solo que siguió con

la equivocada premisa de que dicha acción garantiza el cumplimiento de cualquier norma sin importar su naturaleza o jerarquía, sino que, contradictoriamente, en otro de los artículos de dicho reglamento, la Corte hizo referencia, únicamente, a normas con rango de ley, lo que indujo a pensar que los reglamentos, ordenanzas, resoluciones, acuerdos, entre otros actos normativos, quedaban excluidos de la acción por incumplimiento (arts. 74 y 75 RPECCCPT).

1.3.- LA CORRECCIÓN INADECUADA POR PARTE DEL LEGISLADOR: LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Con posterioridad, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹²⁷, el legislador, de forma poco apropiada, enmendó el error en el que incurrieron el constituyente y la Magistratura, esto es, delimitó, aunque inconstitucionalmente, la procedencia de cada una de estos mecanismos constitucionales y lo hizo de la siguiente manera:

- a) En cuanto a la confusión conceptual sobre el objeto y naturaleza jurídica de las acciones por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión, el legislador, al momento de regular el acápite pertinente a la primera de aquellas, estableció, como causal de improcedencia que, mediante acción por incumplimiento se pretenda conseguir que la Corte Constitucional ordene el cumplimiento de normas de rango constitucional (art. 56. 2 LOGJCC). Con ello, el legislador dejó en claro que, en caso de omisiones inconstitucionales, la vía correcta de impugnación es la acción de inconstitucionalidad por omisión (arts. 128 y 129 LOGJCC), mientras que, para el resto de normas que integran el orden jurídico, se previó la acción por incumplimiento en caso de que aquellas fueren inobservadas (art. 62 y siguientes LOGJCC).
- b) Aunque la ley antes citada no lo establece de forma expresa, al restringir la procedencia de la acción por incumplimiento cuando, mediante esta, se pretenda la garantía y protección de derechos fundamentales, dejó en claro, tácitamente,

¹²⁷ Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

que dicha acción constitucional no constituye una garantía de derechos (art. 56.1 LOGJCC).

- c) Lo que no se enmendó y que, en el fondo, sigue siendo objeto de confusión es la posibilidad de que sea la Corte Constitucional la que expida, provisional y definitivamente-dependiendo del caso-, normas no dictadas y que hayan sido ordenados por mandato de la Constitución. Lo que hizo la ley fue crear dos tipos de omisiones: la absoluta y la relativa; sin embargo, en los dos casos, la Magistratura conserva potestad normativa, misma que es desarrollada mediante jurisprudencia, lo cual, como se anotó, sigue siendo poco adecuado (art. 129.1 y 2 LOGJCC).
- d) De otro lado, el legislador inobservó el carácter amplio con el que el constituyente concibió a la omisión inconstitucional, dejando a la omisión inconstitucional, solamente, para el caso de que no se emita una norma secundaria que debió dictarse en virtud de existir un mandato que así lo dispuso o que, al contrario, la norma haya sido emitida de manera incompleta, mas nada reguló respecto al no cumplimiento de mandatos constitucionales que no necesariamente impongan obligación de legislar (arts. 128 y 129 LOGJCC)¹²⁸.
- e) Respecto a la acción de protección, se mantuvo la inclusión de los derechos humanos como parte del ámbito de aplicación de esta garantía; no obstante, se impuso una limitación a aquellos derechos: que estos no sean susceptibles de amparo por el resto de garantías de derechos (art.39 LOGJCC).
- f) En esta misma materia, se aumentaron las causales de improcedencia de dicha garantía, entre las cuales llamaron la atención dos: la improcedencia de aquella por existir otra vía judicial en la cual impugnar el acto, salvo que se demuestre que la misma no es eficaz y adecuada para amparar los derechos violados y, también, la imposibilidad de impugnar actos u omisiones provenientes del Consejo Nacional Electoral cuando aquellas puedan ser impugnados ante el Tribunal Contencioso Electoral, cuestiones que, a criterio de cierto sector de la

¹²⁸ Aunque, este error fue nuevamente introducido por la Corte Constitucional en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (art.77).

doctrina, dotaron de subsidiariedad a la acción de protección (arts. 40.3 y 42.4 y 7 LOGJCC).

2.- NATURALEZA JURÍDICA Y OBJETO DE CADA ACCIÓN:

Toda vez que se ha analizado breve y generalmente el contexto histórico-normativo en el que se han desarrollado las acciones que se vienen estudiando, importa desentrañar, con la finalidad de distinguir las, la naturaleza jurídica y el objeto de cada una de aquellas. Estudiar este tópico presupone un análisis simultáneo de orden doctrinario, normativo y jurisprudencial, así como realizar un ejercicio comparativo con los sistemas de justicia constitucional que han implementado estos institutos en su derecho interno.

2.1.- EN CUANTO A LA NATURALEZA JURÍDICA

2.1.1.- EN TORNO A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

No han sido pocas las discusiones que sobre la naturaleza de la acción de protección han formado parte del foro ecuatoriano. Los doctrinarios que sostienen las posturas del constitucionalismo contemporáneo se han dedicado a establecer notorias diferencias entre el extinto amparo constitucional y la actual acción ordinaria de protección.¹²⁹ En este sentido, es menester hacer la diferencia entre las dos instituciones con la finalidad de desentrañar la naturaleza jurídica de la que ocupa este trabajo.

En tal virtud, la acción de amparo se constituía como una garantía constitucional de naturaleza cautelar y no de conocimiento ni declarativa¹³⁰, pues su propósito era la tutela de derechos subjetivos constitucionales, tomando medidas provisionales de defensa de los mismos, pero, sin resolver cuestiones de fondo de la causa ni declarar la existencia de aquellos.¹³¹ Por ello, el efecto inmediato de la concesión del amparo constitucional no era la declaración de derechos, es decir, no se invalidaba ni anulaba el acto impugnado por ser ilegal o inconstitucional, únicamente, se suspendían los efectos que surtía aquel, de manera provisional, hasta que se resuelva el fondo del litigio ante

¹²⁹ Al respecto véase ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, Del amparo a la acción de protección jurisdiccional, en Genealogía de la Justicia Constitucional, Quito, Corte Constitucional, 2011.

¹³⁰ Esta postura fue sostenida por el ex Tribunal Constitucional en varias de sus resoluciones: Resolución No. 005-2003-RA, 0013-2004-RA, 066-2004-RA y 438-2000-RA.

¹³¹ Cfr. Óp.Cit., OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, pp.167-169.

juez competente.¹³² En cambio, frente a omisiones ilegítimas, lo que ocurría es que el juzgador constitucional ordenaba que se cumpla o se lleve a cabo el acto omitido, pues, como bien señaló el entonces Tribunal Constitucional, el juez constitucional no podía reemplazar al ordinario y, por tanto, no podía entrar a conocer y resolver el fondo de la causa ni declarar derechos.¹³³

Otro punto de discusión en torno a la acción de amparo constitucional era el relacionado con la subsidiaridad y residualidad de la misma, situación que, como se verá, también es materia de debate respecto de la acción de protección. La subsidiaridad implicaba que la acción de amparo era no sustitutiva, es decir, que esta no procedía cuando existan vías judiciales eficaces y adecuadas para impugnar el acto y tutelar los derechos violados; en cambio, la residualidad operaba cuando dichas vías no se hubiesen agotado o, por último, se hubieren propuesto acciones paralelas. En esta materia, varios fueron los fallos del ex Tribunal Constitucional¹³⁴ en los cuales se reforzó el carácter de no subsidiaria ni residual de la acción de amparo, al manifestar que el mismo tenía asidero y fuente constitucional que, además, contaba con requisitos propios y autónomos de procedencia y que era viable aunque existan otras vías paralelas para la impugnación del acto u omisión, aunque aquellas vías no hubiesen sido agotadas o, inclusive, se hubiesen propuesto de manera anterior o de forma simultánea.¹³⁵

2.1.1.1.- ES UN PROCESO CONSTITUCIONAL: Ahora bien, tales características anotadas brevemente, propias del amparo constitucional, no son las mismas que refieren a la

¹³² Cierta sector de la doctrina consideró, como falencia del amparo constitucional, lo que sigue: Si, como medida preventiva o cautelar, el juzgador constitucional concedía el amparo y, posteriormente, el juez competente declaraba que el acto impugnado no resultaba ser ilegal, podrían haberse dado fallos contradictorios. A este criterio, el ex Tribunal Constitucional se opuso al afirmar que no ocurría tal evento puesto que, por su naturaleza, el amparo era cautelar, lo que implicaba el establecimiento de medidas preventivas que suspendan los efectos del acto impugnado, mientras que el juez contencioso administrativo debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, principalmente, sobre cuestiones de mera legalidad, lo que suponía resolver un proceso de conocimiento.

¹³³ Resolución No. 004-2002-RA emitida por la Primera Sala del ex Tribunal Constitucional.

¹³⁴ Véase: Resoluciones No. 0013—2004-RA, 0032-2002-RA, 0089-2003-RA y 0393-2003-RA, dictadas por el ex Tribunal Constitucional.

¹³⁵ Respecto a este tópico el profesor RAFAEL OYARTE manifiesta que el problema de la proposición conjunta de acciones de amparo y recursos contencioso administrativo radicaba en la oportunidad, pues, si se proponía amparo y luego acción contencioso administrativa, podía ocurrir la esta última haya caducado.

Lo que no podía ocurrir, a criterio del citado autor, es que, una vez dictada la sentencia resolutive del fondo de la causa, se pretenda impugnar el mismo acto que originó el conflicto mediante acción de amparo, ello debido a la naturaleza cautelar de esta última.

acción de protección. Esta garantía de derechos posee, en primera instancia, fuente y naturaleza, estrictamente, constitucional, toda vez que su regulación general y su reconocimiento como parte del sistema de garantías jurisdiccionales, proviene de ella (art. 88 CE).¹³⁶ Asimismo, las reglas básicas de procedencia de esta garantía de derechos fundamentales fueron previstas por el constituyente, en esencia, en cuanto a la legitimación activa, pasiva, actos impugnables, procedimiento a seguir, recursos a interponer, fase de ejecución de los fallos dictados en esta materia, entre otras (art. 86 CE).

2.1.1.2.- ES UN PROCESO DE CONOCIMIENTO: Al contrario de la aludida acción de amparo, la acción de protección, de acuerdo al esquema elaborado por el constituyente, sí se convierte en un proceso de conocimiento pero no declarativo de derechos fundamentales. Esto quiere decir que, una vez impugnado el acto emitido u omitido, el juzgador constitucional está en la capacidad de entrar a resolver el fondo de la controversia constitucional, emitiendo un pronunciamiento sobre la eventual vulneración de derechos o, a la vez, negando su procedencia por inexistencia de violación de los mismos, lo cual implica que el juez puede dejar sin efecto o anular el acto impugnado u ordenar la emisión del acto omitido y ya no solo suspenderlos como ocurría en el sistema pretérito con la acción de amparo. Lo que no puede ocurrir es que le juzgador declare un derecho en favor del legitimado activo dentro de una sentencia de garantías constitucionales.

Ahora bien, la doctrina ha discutido sobre la posibilidad de que, tanto los procesos de conocimiento, como los declarativos, sean utilizados como sinónimos y, en este sentido, enfatizan en que todo proceso declarativo es de conocimiento y viceversa.¹³⁷ No obstante, en el caso de la acción de protección resultaría poco adecuado afirmar, como criterio absoluto, que esta sea, simultáneamente, un proceso de conocimiento y declarativo, ello porque cierto sector de la doctrina sí distingue entre estos dos tipos de procesos. En tal virtud, Ermo QUISBERT¹³⁸ entiende, como procesos de conocimiento a aquellos que resuelven una controversia sometida voluntariamente por las partes al

¹³⁶ Cfr. ARELLANO GARCÍA, CARLOS, *El Juicio de Amparo*, México, Editorial Porrúa, 1997, p.405.

¹³⁷ Un aporte más profundo sobre esta doctrina puede verse en la obra de LUIS DORANTES TAMAYO, *Teoría del Proceso*, Editorial Porrúa, México, 2010.

¹³⁸ QUISBERT, ERMO, *Derecho Procesal Civil Boliviano*, Sucre, Bolivia: USFX, 2010, ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dpc.pdf

órgano jurisdiccional y que se tramita sobre hechos dudosos y derechos contrapuestos, que debe resolver el juez declarando a quien compete el derecho cuestionado o la cosa litigiosa. En cambio, José VIZCARRA DÁVALOS¹³⁹ define al proceso declarativo como el conjunto de actos cuya finalidad es la declaración o reconocimiento de la existencia de un derecho o una situación jurídica.

Por tanto, la declaración de derechos o el reconocimiento de su existencia no son objeto de análisis por parte del juez constitucional, sino solo su protección cuando para ello encuentre mérito. Por ello, si mediante una acción de protección se discute sobre un derecho, sea este fundamental, humano o inherente a la naturaleza de la persona, al juez constitucional le compete resolver el fondo de la causa en cuanto ello se remita a emitir un pronunciamiento sobre eventuales violaciones a tal derecho por acción u omisión, pero, de ninguna manera, el juez puede declarar en sentencia que el accionante es titular del derecho o que aquel, en efecto, existe, pues ello es materia ajena a una acción constitucional de esta naturaleza, ya que aquel tipo de pronunciamiento queda reservado para la jurisdicción ordinaria. De ahí que, incluso, como se verá, la proposición de una acción de protección con un fin declarativo constituye causal de improcedencia (art. 42.5 LOGJCC).

Por otro lado, situación harto distinta es que, de encontrar fundamentos, el juez constitucional declare la violación de derechos, lo cual deviene del carácter tutelar de la acción de protección, situación que implica que el juez, en sentencia, protege derechos, pero de ningún modo ese reconocimiento de que el acto u omisión han violado derechos implica que el juez ha declarado una situación jurídica en favor del accionante. Por tanto, esa declaración de violación de derechos hecha por el juez, tampoco podrá servir de fundamento para señalar a la acción de protección como un proceso declarativo, pues tal decisión quiere decir que el juez reconoce o instituye un derecho en favor del accionante, sino que, como se dijo, lo protege frente acciones u omisiones que lo han vulnerado.

¹³⁹ VIZCARRA DÁVALOS, JOSÉ, Teoría General del Proceso, Decimosegunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2011, pp.184-185.

Incluso, la Corte Constitucional señaló que la acción de protección es un proceso de conocimiento:¹⁴⁰

“Es así como el efecto de esta garantía jurisdiccional, de conocimiento y ampliamente reparatoria, no se circunscribe, como sí sucedió en el pasado con la extinta acción de amparo constitucional, a la suspensión provisional o definitiva del acto, efectos propios de una garantía constitucional cautelar que no decidía sobre el fondo del asunto controvertido y que permitía incluso, que una vez subsanadas las vulneraciones constitucionales identificadas por el juez constitucional, el acto pueda volver a ser emitido. Es precisamente esa una de las principales modificaciones y avances que reviste la acción de protección en relación a la extinta garantía constitucional; ahora, el juez constitucional, a partir del análisis de fondo del asunto controvertido, se encuentra en capacidad de dejar sin efecto el acto lesivo de derechos constitucionales.”

Una duda que puede surgir respecto a este tópico es si la acción de protección, al ser un proceso de conocimiento, reemplaza la procedencia de otras vías judiciales de impugnación. En lo absoluto. El hecho de que el juzgador constitucional resuelva el fondo de la causa sometida a su conocimiento vía acción de protección implica, exclusivamente, la posibilidad de aquel ya no solo suspenda los efectos de un acto u ordene el mismo en caso de omisión, sino que anule o invalide aquellos actos u omisiones cuando por ellos se produzca vulneración de derechos, cuestión que no lo habilita a resolver un eventual conflicto de intereses de estricta legalidad y que deben ser impugnados por la vía judicial ordinaria establecida para el efecto. Por ello, la acción de protección no reemplaza ninguna otra que pueda ser iniciada en sede judicial ordinaria.

Que el juzgador constitucional no puede reemplazar al ordinario y que, por tanto, cada uno resuelve asuntos inherentes a su ámbito de competencias, siendo que al primero le están reservadas las cuestiones de estricta legitimidad o de relevancia constitucional,

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 055-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0213-10-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de Enero del 2011, cuya ponencia pertenece al ex juez EDGAR ZÁRATE ZÁRATE.

mientras que a este último le corresponde conocer y resolver cuestiones pertinentes al campo de la legalidad, ha sido criterio confirmado por la Corte Constitucional¹⁴¹:

“Así analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, se colige que, en el presente caso, el asunto de fondo se relaciona con el reconocimiento del derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad, hecho que nos sitúa en un ámbito de derechos posesorios, de dominio, patrimoniales, que eventualmente y de manera expectante podría asistir a la accionante, cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección.”

El mismo criterio fue sostenido por la Magistratura en otro caso al manifestar lo siguiente¹⁴²:

“El derecho de propiedad privada es un derecho fundamental, cuya aplicación, a diferencia de otros, como el derecho a la vida, requiere el cumplimiento de ciertos requisitos de orden legal que permitan su pleno ejercicio, con la finalidad de impedir que su ejercicio no contravenga derechos de terceros o del interés de los particulares en general. Por estas razones, al juez constitucional le corresponde analizar en cada caso la presunta vulneración del derecho de propiedad, relacionada además con la trasgresión de otros derechos constitucionales a los que hubiere lugar, y por tanto, vuelva viable esta acción constitucional, por existir, como se mencionó, la vía ordinaria para su reclamo efectivo en caso contrario.”

2.1.1.3.- ES UN PROCESO TUTELAR Y EVENTUALMENTE CAUTELAR: A criterio de José Vicente BARRETO¹⁴³, esta garantía permite a los beneficiarios de la misma acudir de manera directa ante un juez para efectos de obtener una resolución enderezada a la

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 007-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0132-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 168 de 9 de Abril del 2010, cuya ponencia pertenece a la ex jueza NINA PACARI VEGA.

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia No. 026-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0343-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 290 de 30 de Septiembre del 2010, cuya ponencia pertenece al ex juez EDGAR ZÁRATE ZÁRATE.

¹⁴³ Cfr. BARRETO RODRÍGUEZ, JOSÉ VICENTE, *Acción de Tutela: Teoría y Práctica*, Segunda Edición, Colombia, Legis Editores, 1998, pp-300-301.

efectiva e inmediata protección de un derecho fundamental. En este orden, si se analiza que la acción de protección constituye, de suyo, una garantía de derechos, la cual se encamina, entonces, a su protección frente a actos u omisiones por parte de la Administración Pública o de particulares, resulta imposible no enfocarla como un proceso constitucional de naturaleza tutelar.

Ahora bien, la proposición de la acción de protección pretende amparar, de manera directa y eficaz, un derecho fundamental vulnerado (art. 88 CE). Ello implica que, sin otra acción intermediaria, el juzgador ha de resolver directa y rápidamente sobre tales eventualidades, pues, la acción de protección es una garantía que se sustancia de manera sencilla, rápida y eficaz (art. 86.2, letra a) CE). Sin embargo, lo señalado no inhabilita al juzgador para que, dentro del ejercicio de tutela de derechos fundamentales, adopte, si el caso amerita, las medidas preventivas o cautelares que considere aplicables, así como tampoco el titular de la acción está impedido de solicitarlas de manera individual o conjunta con la proposición de la garantía señalada (arts. 87 CE y 26 LOGJCC), aunque, inconstitucionalmente, el legislador las restringió, negando su procedencia cuando existan medidas cautelares propias de las vías judiciales ordinarias, cuando se trate de la ejecución de una orden judicial o cuando se proponga la acción extraordinaria de protección (art. 27 LOGJCC).

Por otro lado, bien hizo el legislador en establecer que, en caso de petición conjunta o individual de medidas cautelares respecto, por ejemplo, de una acción de protección, la adopción de las mismas no constituye un prejuzgamiento que, sobre el fondo del asunto, deba hacer el juez constitucional respecto a la declaración o no de violación de derechos, lo cual, además, refuerza el criterio de que la acción de protección es un proceso de conocimiento (art. 28 LOGJCC).

2.1.1.4.- ES UN PROCESO REPARATORIO: Se ha insistido en que la acción de protección, al ser una garantía constitucional, pretende, luego de la declaración de vulneración de derechos fundamentales, la orden judicial de reparación por parte de quienes provocaron aquella infracción (art. 6 LOGJCC). Inclusive, el mandamiento de reparación integral de los derechos debe, obligatoriamente, formar parte de la resolución adoptada por el juez en caso de hallarse quebrantamiento de derechos (art. 17.4 LOGJCC).

La reparación en materia de garantías de derechos fundamentales implica que, una vez identificada la violación de los mismos, el juzgador constitucional ordene la retroacción de las cosas al estado anterior al cual se produjeron dichas anomalías. (arts. 18 y 19 LOGJCC).

En este marco de ideas, la Corte Constitucional pronto reconoció la naturaleza reparatoria de la acción de protección:¹⁴⁴

“En cuanto a su solicitud de inaplicabilidad a través de una acción de protección, cabe señalar enfáticamente que el efecto de la concesión de una acción de protección, en los términos previstos en la Constitución de la República como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no es la inaplicabilidad de un acto, en este caso, de un acto administrativo con efectos particulares y directos. Cabe precisar que el efecto propio de la concesión de una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales es, en primer término, la declaratoria de vulneración de esos derechos por parte del acto u omisión de autoridad pública no judicial o particular; y segundo, la reparación integral, material e inmaterial, según sea el caso, de los derechos constitucionales vulnerados.”

2.1.1.5.- ES UN PROCESO AUTÓNOMO Y NO SUSTITUTIVO¹⁴⁵: La discusión sobre la subsidiaridad en el ámbito de las garantías de derechos, ciertamente, no es materia nueva en el sistema de justicia constitucional ecuatoriano. Ya se hizo presente que la subsidiaridad fue objeto de debate, inclusive, en el caso del antiguo amparo constitucional. Actualmente, existen criterios orientados a señalar que el legislador otorgó el carácter de sustitutiva a la acción de protección al condicionar la procedencia al hecho de que el accionante demuestre que no existan otras vías judiciales adecuadas y

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 055-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0213-10-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de Enero del 2011, cuya ponencia pertenece al ex juez EDGAR ZÁRATE ZÁRATE.

¹⁴⁵ Al respecto, un criterio contrapuesto en cuanto a la residualidad de esta acción se puede encontrar en COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado, Lima, CAJ, 2000.

eficaces para proteger los derechos fundamentales violados (arts. 40.2 y 42.4 LOGJCC).¹⁴⁶

Ahora bien, previo analizar la figura de la subsidiaridad, es preciso diferenciar este concepto del de residualidad. En este sentido, por subsidiaridad se entiende el requerimiento efectuado al accionante para que demuestre la inexistencia de otra vía adecuada y eficaz mediante la cual se procure la protección de derechos que, busca, sean tutelados mediante una acción constitucional. En cambio, por residualidad se infiere la necesidad de que el accionante agote previamente todas las vías judiciales con las que cuenta para que, posteriormente a aquello, proponga la acción constitucional.

En el caso de la acción de protección, respecto a la inexistencia de otro medio de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger los derechos violados, el argumento a esgrimir para manifestar que dicha garantía es subsidiaria es que el acto u omisión que se impugna debe ser objeto de demanda mediante el uso de la vía contencioso administrativa. Ello, a criterio de quien redacta el presente trabajo, constituye un razonamiento erróneo de interpretación y aplicación de la ley de la materia, pues, si la existencia de la vía contencioso administrativa se erige como criterio absoluto para negar la procedencia una acción de protección, ocurriría que esta garantía jurisdiccional jamás tendría cabida, pues, los actos administrativos, en virtud del mandato constitucional son impugnables tanto en sede administrativa, como en vía judicial (art. 173 CE). Ello conduce a pensar que, si todo acto está incluido en la impugnación mediante la vía contencioso administrativa, como resultado de ello, se tendría por inaplicable el artículo 88 de la Constitución, situación que, indudablemente, no puede ocurrir y que, además, afectaría, drásticamente, al canon de interpretación constitucional sistemática, consagrado en el artículo 3, número 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Como se ha hecho presente, el proceso contencioso administrativo, a diferencia de lo que ocurre con la acción de protección, es un proceso de legalidad y no de constitucionalidad ni de protección de derechos fundamentales, de ahí que haya que

¹⁴⁶ Actualmente, existe presentada una acción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 40.2 y 42.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; no obstante, la Magistratura no ha resuelto la causa.

señalar que el proceso contencioso administrativo no es, en el orden jurídico ecuatoriano, una vía judicial adecuada y eficaz para el amparo directo de derechos fundamentales. Esto en virtud de los señalamientos que se hacen a continuación:

A) LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ES INADECUADA E INEFICAZ EN VIRTUD DE LA MATERIA QUE ESTA CONTIENE: Se ha manifestado y, en cierta forma, la Corte Constitucional ha ratificado que los actos de la Administración Pública son impugnables en sede judicial ordinaria y, si el caso amerita, en sede constitucional. Por ello, en virtud de la materia, las acciones contencioso administrativas se tornan ineficaces, insuficientes e inadecuadas para la protección de derechos fundamentales, pues, conforme a la norma que regula los procesos contencioso administrativos, estos pretenden conocer y resolver respecto de la legalidad o ilegalidad de los actos del poder público (art. 10 LJCA)¹⁴⁷.

En este sentido, tanto la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como el Código Orgánico de la Función Judicial otorgan competencia a la Sala de lo Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y los jueces de las salas de lo administrativo de las cortes provinciales y tribunales distritales para que, en juzgamiento de procesos contencioso administrativos conozcan sobre violaciones a la legalidad y no de transgresiones a la Constitución y violaciones a derechos constitucionales (arts. 10 LJCA, 185 y 217 COFJ), cuestión reservada a la jurisdicción constitucional, cuyos jueces sí son competentes en razón de la materia y de la naturaleza de las acciones que ellos conocen (arts. 86, 88 CE y 39 LOGJCC).

¹⁴⁷ Para tales efectos, el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa creó dos acciones:

“Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”

B) LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ES INADECUADA E INEFICAZ EN VIRTUD DEL TIEMPO: Las garantías de derechos, tal como han sido concebidas por el constituyente, gozan de características específicas y especiales que las identifican y diferencian del resto de acciones y procesos que se consagran en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, una de las características de estos mecanismos de defensa de derechos es la sencillez, informalidad y rapidez con la que deben ser resueltas por el juez constitucional. Si la acción de protección es una garantía de derechos, a esta le serán aplicables aquellas reglas y características básicas propias de aquellas, cuestión que no ocurre con el caso de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual está dotada, más bien de un conjunto de actos procesales más complejos y que tienden, por ese hecho, a retardar la administración de justicia en esta materia, lo cual convierte a estos procesos en poco efectivos para el cumplimiento de tales finalidades¹⁴⁸.

Sobre este particular, cabe hacer presente que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece una obligación para los Estados Parte, como ocurre con el Ecuador:

“Art. 25.- Protección Judicial

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

2. Los Estados Partes se comprometen:

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

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

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

En tal virtud, si se acepta el criterio de la vía contencioso administrativa es adecuada y eficaz para la protección de derechos fundamentales, no solo que se desnaturaliza a la acción de protección, limitando su procedencia, sino que, además, se incurriría en una terrible contradicción: ocurriría que, por el paso del tiempo, la resolución sobre vulneración de derechos fundamentales mediante esta vía, terminaría por tornarse ineficaz y poco adecuada, en lugar de haber servido para los fines contrarios.

Por ello, a la luz de lo anotado, ese recurso sencillo y rápido es, hoy en día, la acción de protección. La inexistencia de dicho recurso implicaría una transgresión por parte del Estado a lo previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ocurriendo que *“No basta que tal recurso exista en el ordenamiento jurídico sino que se requiere una verdadera idoneidad y efectividad”*, conforme lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Dicha Corte agregó que no cumplen con los requisitos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aquellos recursos en los que, entre otros asuntos, se dé *“retardo injustificado en la decisión o cualquier circunstancia que no permita al lesionado el acceso a la justicia en un recurso efectivo y rápido”*. En este sentido, no solo que los recursos en sede contencioso administrativa no tienen por objeto proteger derechos fundamentales por no ser garantías de los mismos, sino que su tramitación, como sucede en la práctica, demora bastantes años.

Incluso, los derechos fundamentales deben ser protegidos a través de procedimientos que cumplan con el plazo razonable para que éste sea efectivo para su tutela, conforme lo determinan los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La acción contencioso administrativa es el mecanismo procesal a utilizarse para impugnar la generalidad de actos

administrativos, pero el excesivo transcurso de tiempo que corre entre la presentación de la demanda y la resolución del caso en sentencia, por antonomasia, vulnera derechos fundamentales. De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia de 6 de mayo de 2008 (serie C, No. 179) dentro del caso *Salvador Chiriboga versus Ecuador*, determinó lo siguiente:

“56. De otra parte, el artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el **derecho de toda persona a ser oída** con las debidas garantías y **dentro de un plazo razonable** por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos¹⁴⁹. El **plazo razonable** al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en **relación con la duración total del procedimiento** que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva¹⁵⁰.

57. El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un **recurso judicial efectivo** contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley¹⁵¹.

¹⁴⁹ Cfr. *Caso Genie Lacayo. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 74.

¹⁵⁰ Cfr. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 70; *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 129; y *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 104.

¹⁵¹ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23; *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 89; *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 167; y *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 128.

58. Asimismo, este Tribunal recuerda que en virtud de la protección otorgada por los artículos 8 y 25 de la Convención, los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las garantías judiciales, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)¹⁵².

59. Por último, la Corte ha señalado que el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable¹⁵³; **una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación** de las garantías judiciales¹⁵⁴.

Sobre el tiempo que demora el proceso contencioso administrativo en Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue absolutamente clara al indicar que esa clase de acciones no son efectivas. Al efecto, en esa misma Sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó:

“82. El Tribunal advierte que el artículo 3¹⁵⁵ de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción tiene como función proteger el derecho subjetivo de una persona que presuntamente ha sido vulnerado por un acto administrativo. En este sentido, la Corte observa que, a la luz de la ley citada, el proceso del recurso subjetivo debe durar entre 27 y 37 días

¹⁵² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* 32, párr. 91; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 381; y *Caso Zambrano Vélez. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 114.

¹⁵³ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrs. 142 a 145; *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de septiembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 209; y *Caso López Álvarez*, *supra* nota 51, párr. 128.

¹⁵⁴ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 54, párrs. 142 a 145; *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 48, párr. 160; y *Caso López Álvarez*, *supra* nota 51, párr. 128.

¹⁵⁵ El artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que: “[...] el recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata. [...]”.

hábiles¹⁵⁶, dependiendo de si la causa versa exclusivamente sobre cuestiones de derecho o de si además se abre una etapa probatoria. Asimismo, en esta normativa se indica que dentro de este tipo de proceso no se admiten incidentes¹⁵⁷.

84. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Corte estima que el Estado **excedió el plazo razonable en los procesos de los recursos subjetivos o de plena jurisdicción** No. 1016 y No. 4431 interpuestos por María Salvador Chiriboga, ya que hasta el momento han transcurrido catorce y once años, respectivamente, desde la presentación de las demandas, las cuales fueron interpuestas el 11 de mayo de 1994 y el 17 de diciembre de 1997, sin que a la fecha de la presente Sentencia se haya emitido un fallo definitivo sobre los asuntos planteados.

86. El Tribunal ya señaló la legislación interna en que se hallan consagrados los recursos subjetivos¹⁵⁸, mediante los cuales la señora Salvador Chiriboga pudo haber resuelto la situación jurídica del terreno expropiado, los cuales se caracterizan por ser recursos expeditos. Sin embargo, como lo ha reiterado en numerosas ocasiones esta Corte, **la efectividad de los recursos no depende exclusivamente de que estén consagrados en la ley, sino que estos en la práctica sean rápidos y sencillos**, y sobre todo que se cumpla con el objetivo de resolver sobre el derecho presuntamente vulnerado (*supra* párr. 57).”

C) LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN ES AUTÓNOMA RESPECTO DE LA VÍA CONTENCIOSO

¹⁵⁶ El artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina que “[e]l demandado tendrá el término de quince días para contestar la demanda [...]”. En el mismo sentido, el artículo 38 de la citada Ley consagra que “[c]on la contestación de la demanda se mandará notificar al actor, y en la misma providencia, caso de haber hechos que deban justificarse, se abrirá la causa a prueba por el término de diez días [...]. Cuando la controversia versare exclusivamente sobre cuestiones de derecho [...] el Tribunal pronunciará sentencia en el término de doce días”. Y el artículo 41 determina que “[c]oncluido el término de prueba, el Tribunal dictará sentencia, dentro de doce días”. Al respecto, la Corte observa que al plazo de 27 y 37 días habría que agregarle los términos que en general concede el Código de Procedimiento Civil para todos los juicios civiles.

¹⁵⁷ El artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que “en general, todos los incidentes que se suscitaren durante el juicio, no serán de previo o especial pronunciamiento y se resolverán en sentencia”.

¹⁵⁸ Al respecto, el recurso subjetivo o de plena jurisdicción está consagrado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

ADMINISTRATIVA: Además de lo señalado, hay que hacer presente que la acción de protección cuenta con vías propias de procedencia y admisibilidad, así como también casos en los cuales aquella no procede (arts. 40, 41 y 42 LOGJCC). Por ello, el hecho de que el legislador haya dotado de estos elementos a dicha garantía constitucional, la convierte en un proceso autónomo y específico respecto del resto de acciones, por ejemplo, las contencioso administrativas, mismas que también cuentan con requisitos mínimos de procedencia o improcedencia (arts. 3, 5 y 6 LJCA).

Respecto a la no residualidad de la acción de protección, la Corte Constitucional ha señalado lo que se cita a continuación¹⁵⁹:

“Se ha venido sosteniendo con mucha frecuencia, inclusive por la Procuraduría General del Estado, con fundamento en el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, que: *“Las resoluciones dictadas en un procedimiento por otras autoridades institucionales del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”*. Justamente cuando se trata de este tipo de actos es que algunos juzgadores dicen que tales son actos de mera legalidad y, como tales, la autoridad y la vía en la que deben tramitarse corresponden a lo contencioso administrativo o tributaria.

En definitiva, en lo que atañe al tema, independientemente del contenido del acto de autoridad pública, la acción es procedente simple y llanamente si existe violación constitucional, caso contrario sería un acto de mera legalidad, en cuyo evento procede su reclamo en las vías a las que se refiere el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, particular que, necesariamente, debe realizarse a través de sentencia, en donde se resuelve el asunto de fondo.”

2.1.2.- EN TORNO A LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 028-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0173-10-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 290 de 30 de Septiembre del 2010, cuya ponencia pertenece al ex juez ALFONSO LUZ YUNES.

La denominada acción por incumplimiento forma parte de los aportes novedosos incorporados por el constituyente al sistema ecuatoriano. Hasta antes de la expedición de la Constitución de 2008, Ecuador no contaba con acciones similares o que, bajo otra denominación, pretendan lograr lo que persigue este instituto: ser garantía de la eficacia del orden jurídico infraconstitucional, inclusive, de sentencias o informes en materia de derechos humanos (arts. 93 y 436.5 CE)

La acción por incumplimiento o de cumplimiento como es denominada en sistemas como el colombiano y el peruano, tiene su origen en el derecho anglosajón y norteamericano. Esta surge y evoluciona bajo varios modelos que, como finalidad única, pretendían ordenar la ejecución de actos por parte del Estado, así como la abstención de actos que pudieren lesionar derechos fundamentales ordenados por una ley o un acto administrativo.¹⁶⁰ Ello, a decir de Javier HENAO HIDRÓN, buscaba evitar que lo establecido por el legislador no quede en letra muerta ni se constituya en una mera declaración de intenciones, garantizando así la vigencia y el imperio de la ley.¹⁶¹

Actualmente, la doctrina considera que la acción por incumplimiento es un mecanismo procesal constitucional que toda persona puede promover con el objeto de que se ordene, a la autoridad pública o al particular renuente, al cumplimiento de los deberes y obligaciones a su cargo, contenidos en leyes y actos administrativos, a fin de lograr su eficacia.¹⁶²

En este sentido, la Corte Constitucional ha definido a la acción por incumplimiento de la siguiente manera:¹⁶³

¹⁶⁰ En este sentido, el origen del instituto aludido halla asidero en el *writ of Mandamus* y en el *writ of Injunction*. El primer caso, a decir de OSVALDO GONZAÍNI, constituía un orden judicial de algo para cumplir con una obligación preestablecida en la ley pero que ha sido omitida en los hechos sin explicaciones plausibles. En cambio, la segunda figura, conforme anota FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, tiene por finalidad la prevención prohibitiva de ejecutar un acto o una ley.

¹⁶¹ Cfr. HENAO HIDRÓN, JAVIER, *Derecho Procesal Constitucional: Protección de derechos constitucionales*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, pp.43-44.

¹⁶² Cfr. Óp.Cit. REY CANTOR, ERNESTO y RODRÍGUEZ, MARÍA CAROLINA, p.107.

¹⁶³ Corte Constitucional, Sentencia No. 005-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0026-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 54 de 26 de Octubre del 2009, cuya ponencia pertenece a la ex juez NINA PACARI VEGA.

“En el marco del derecho constitucional comparado, se puede apreciar que durante las últimas décadas, particularmente en América Latina, se ha dado un proceso permanente y progresivo del reforzamiento de los derechos humanos y de sus garantías; en este escenario es que se ha introducido en los ordenamientos constitucionales una más clara y completa formulación de derechos y, simultáneamente, se han constitucionalizado diversos institutos procesales de exigibilidad y defensa de la Constitución y la ley; uno de los más novedosos mecanismos de exigibilidad del cumplimiento de la ley es precisamente esta acción, la cual en las Constituciones de Colombia (1991) y de Perú (1993) la han denominado Acción de Cumplimiento; acción que en términos generales es el proceso constitucional por medio del cual se 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 general.”

2.1.2.1.- NO ES UNA GARANTÍA DE DERECHOS: Se hizo presente que, en criterio del constituyente, la acción por incumplimiento, en el caso ecuatoriano, forma parte de las aludidas garantías jurisdiccionales o de protección de derechos fundamentales. La apreciación del constituyente resulta ser criticable, pues, de acuerdo a la finalidad que esta acción persigue-garantizar la aplicación y eficacia del orden jurídico-, es inadecuado calificarla como garantía de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional también ha optado, erróneamente, por calificarla como una garantía de derechos:¹⁶⁴

“Así, dentro de las nuevas garantías jurisdiccionales implementadas en la Carta Fundamental, se puede identificar a la acción por incumplimiento. En el pasado no existió garantía constitucional semejante, que vele por la eficacia del sistema

¹⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0005-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 566 de 8 de Abril del 2009, cuya ponencia pertenece a la juez RUTH SENI PINOARGOTE.

jurídico. Precisamente por ello, se torna necesario determinar los presupuestos bajo los cuales puede operar.”

Similar criterio fue ratificado por la Magistratura en otro caso:¹⁶⁵

“La Acción por Incumplimiento es una garantía jurisdiccional para proteger derechos fundamentales, por lo tanto, es un derecho para reclamar ante la Corte Constitucional el cumplimiento de alguna disposición que contenga la obligación de hacer o no hacer y que consta en la normativa el sistema jurídico de la Nación; de esa forma, esta Acción debe garantizar su aplicación en la instancia constitucional, para evitar la violación de derechos constitucionales, así como para repararlos.”

Aunque, en otro fallo, la Magistratura parece haber aceptado que la acción por incumplimiento no constituye garantía de derechos, incurriendo, entonces, en la emisión de decisiones contradictorias¹⁶⁶:

“El fundamento de esta acción es la necesidad de garantizar el cumplimiento del sistema jurídico ante la presencia de omisiones en la observancia de las leyes o normas jurídicas en última instancia; constituye un mecanismo que permite la vigencia del sistema jurídico, cuya consecuencia es la garantía a la seguridad jurídica, en tanto, determinados incumplimientos no pueden ser superados por vía de las garantías de derechos ni encuentran causas de reclamo en la vía ordinaria.”

Ahora bien, se anotó que, en general, las garantías constitucionales propenden al amparo o protección inmediata de derechos fundamentales, ello ocurre, indudablemente, cuando se activan acciones como la protección ordinaria o extraordinaria, el hábeas data y el hábeas corpus e, incluso, el acceso a la información pública. Tal situación no acontece con el instituto que se estudia, su objetivo no es la

¹⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 004-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0001-08-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 43 de 8 de Octubre del 2009, cuya ponencia pertenece al juez PATRICIO PAZMIÑO FREIRE.

¹⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 003-10-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0014-08-AN, Registro Oficial Suplemento 372 de 27 de Enero del 2011, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VITERI OLVERA.

protección de libertades y derechos, sino, más bien garantizar, mediante una orden emitida en sentencia constitucional, la ejecución o aplicación de normas jurídicas infraconstitucionales, actos administrativos y sentencias dictadas en el ámbito de los derechos humanos; es decir, pretende salvaguardar la eficacia general del ordenamiento jurídico¹⁶⁷ mediante la instauración de un proceso constitucional que precautele aquella posible infracción.

Se hace presente que el equívoco concepto del constituyente fue enmendado, de forma tácita y ambigua, por el legislador. Se hace referencia a una corrección tácita toda vez que, sin haber descalificado a la acción por incumplimiento como una garantía de derechos fundamentales, sí limitó su procedencia cuando, mediante su activación, el titular de la misma pretenda conseguir protección de derechos fundamentales que sí están amparados por otras acciones constitucionales que, naturalmente, son garantías de derechos (art. 56.1 LOGJCC); sin embargo esta puntualización del legislador también resultó ser ambigua toda vez que, si se toma en cuenta como criterio absoluto, que otras acciones constitucionales que se concibieron como garantías protegen derechos fundamentales, resultaría que la proposición de una acción por incumplimiento que tenga por requerimiento el amparo de los derechos fundamentales que se protegen por aquellas no procedería jamás, lo cual tornaría inaplicables los artículos 93 y 436, número 5 de la Constitución. Estas dos puntualizaciones refuerzan aún más la postura de que esta acción constitucional no es una garantía de derechos.

Para un mejor entender, vale tener presente lo que señala Gerardo ETO CRUZ cuando enfatiza que la doctrina no considera a la acción por incumplimiento como un proceso constitucional de garantía de derechos, pues, esta no se encarga de la protección de ninguno, sino que, más bien, resulta ser un proceso constitucionalizado que controla la regularidad del sistema jurídico en cuanto a su aplicación.¹⁶⁸ En similar opinión, el profesor Rafael OYARTE, al referirse a esta acción, manifiesta que no es propiamente

¹⁶⁷ Sobre la eficacia, NORBERTO BOBBIO, en su obra *Teoría General del Derecho*, señala que se refiere al hecho de que la norma sea o no cumplida por las personas o autoridades a quienes se dirige y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la dictó. El citado autor hace presente el hecho de que la existencia de una norma jurídica no implica que ella vaya a ser constantemente cumplida y por ello, el orden jurídico mismo debe proveerse de medios que aseguren su eficacia.

¹⁶⁸ Cfr. Óp.Cit., ETO CRUZ, GERARDO, pp.497-498.

una garantía de derechos, a pesar de su ubicación en el texto constitucional, pues su objeto es ser una acción que le da eficacia al orden jurídico.¹⁶⁹

Por lo señalado, cabe, más bien, señalar que la acción por incumplimiento, efectivamente, es una garantía, pero no de derechos fundamentales, sino de eficacia y seguridad en cuanto a la aplicación del ordenamiento jurídico, con excepción de las normas constitucionales.¹⁷⁰

2.1.2.2.-ES UN PROCESO CONSTITUCIONAL: Indiscutiblemente, como también ya se hizo presente, el hecho de que la acción por incumplimiento no se emplee para la protección de derechos fundamentales ni para optimizar la ejecución de mandatos constitucionales, no desdice de su naturaleza constitucional. Esta acción posee tal naturaleza desde que halla su fuente y origen en el propio texto constitucional y porque, además, lo conoce directamente la Corte Constitucional (arts. 93 y 436.5 CE).

En este sentido, como afirma Ernesto REY CANTOR, la acción por incumplimiento es una mecanismo procesal constitucional cuyo objeto es que el juez ordene a la autoridad pública o al particular renuente el cumplimiento de los deberes y obligaciones a su cargo, contenidos en leyes y actos administrativos, con el fin de lograr la eficacia de las normas jurídicas.¹⁷¹

2.1.2.3.-ES UN PROCESO EJECUTIVO: Tradicionalmente, como también se hizo presente, los órganos de control de constitucionalidad no solo que han actuado como legisladores negativos en cuanto a su rol de expulsión del orden jurídico de aquellas normas o actos que se contraponen a la Constitución, sino que, además, han sido entes que ordenen la ejecución de actos cuando, generalmente, se han suscitado omisiones respecto de obligaciones de hacer o no hacer por parte del poder público o de particulares.

¹⁶⁹ Cfr. OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, El sistema ecuatoriano de justicia constitucional y la Corte Constitucional en la obra colectiva Ruptura No. 54 de la Asociación Escuela de Derecho, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2011.

¹⁷⁰ Un criterio contrapuesto es el señalado por ERNESTO REY CANTOR, pues, para este autor, aunque la acción por incumplimiento no protege directamente derechos, puede hacerlo de manera indirecta cuando, por omisión, no se cumplen las leyes o los actos administrativos.

¹⁷¹ Cfr. REY CANTOR, ERNESTO, El Derecho Procesal Constitucional. Un nuevo concepto, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2010, pp.47-48.

En concordancia con lo señalado, la acción por incumplimiento se constituye en un proceso constitucional ejecutivo¹⁷², pues, lo que la Corte Constitucional determina en sentencia es la orden de ejecución o cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, clara específica y exigible que se contiene en la norma, acto administrativo o sentencia en materia de derechos humanos objeto de dicha acción constitucional. Lo que no puede ocurrir es que la Corte Constitucional actúe como órgano ejecutor de dicho incumplimiento, cuando, en realidad, son los órganos del poder público o los particulares quienes, en virtud de aquellos actos incumplidos, son los llamados a actuar o no actuar, de acuerdo a las obligaciones impuestas. Por ello, lo que hace el órgano de control constitucional es ordenar su ejecución o cumplimiento mediante una sentencia.

En tal virtud, una vez que la Corte Constitucional ha detectado el incumplimiento del acto solicitado en demanda, ordenará su ejecución, teniendo, como obligados a acatar la decisión judicial y, por tanto, a cumplir y ejecutar los actos omitidos, a los poderes públicos, a personas naturales o jurídicas que presten servicios o actúen en el ejercicio de funciones pública y, también, a personas naturales en el caso de que el acto incumplido sea una sentencia dictada en materia de derechos humanos (art. 53 LOGJCC).

Lo que ocurre con esta acción es que no cuenta con una fase de ejecución que asegure el estricto cumplimiento de lo ordenado en sentencia, en lo principal, el cumplimiento de los actos en cuanto a las obligaciones de hacer o no hacer en ellos contenidas. Sin embargo, lo que sí hizo el constituyente es crear dos mecanismos, posteriores e independientes al proceso, que garanticen aquello: uno de naturaleza sancionatoria y otro propio del control de constitucionalidad. El primer caso hace referencia al hecho de que la sentencia constitucional no se cumpla, lo que implica, a la vez, el incumplimiento prologando del acto objeto de la acción por incumplimiento que generó aquella decisión, con lo cual opera la destitución para el caso de funcionarios públicos o sanción

¹⁷² Para ÁNGEL ASCENCIO ROMERO, la ejecución, en el ámbito jurídico, es un concepto amplio que involucra el cumplimiento, promulgación, reglamentación, ejercicio de facultades, aplicación de normas, efectuación de órdenes, eficacia de los actos que, en palabras de JOSÉ VIZCARRA DÁVALOS, se resumen en obligaciones impuestas mediante una sentencia, aunque, en el ámbito del Derecho Civil, también se contienen en títulos, cuestión que no ocurre en el Derecho Constitucional, pues, como se verá, dichas obligaciones se contienen en actos normativos, administrativos y jurisdiccionales.

legal para particulares (art. 86.4 CE).¹⁷³ El segundo caso refiere a la instauración de otro proceso constitucional ante el incumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional, esto es, la denominada acción de incumplimiento de sentencia constitucional, la cual se tramita ante la Magistratura, órgano que puede adoptar las medidas necesarias para ordenar la ejecución de la sentencia incumplida y que, inclusive, cuenta con las potestades propias de los jueces ordinarios en materia de ejecución de fallos, las cuales se contemplan en el Código Orgánico de la Función Judicial. (arts. 436.9 CE, 162, 163, 164.4 y 165 LOGJCC), aunque también la Corte Constitucional podría, de oficio, ejecutar el fallo dictado dentro de la acción de incumplimiento, sin importar que medie proposición de acción de incumplimiento a instancia de parte (art. 84 RSPCCC).

En este aspecto, la Corte Constitucional ha incurrido en la equivocación de confundir la naturaleza de la acción por incumplimiento con la acción de incumplimiento, inclusive, resolviéndolas juntas haciendo uso incorrecto del mecanismo de la acumulación de causas:¹⁷⁴

“TERCERA.- El artículo 436, número 9 de la Constitución de la República del Ecuador establece que es competencia de la Corte Constitucional conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales; del mismo modo, el numeral 5 del mismo artículo señala que es competencia de este Organismo, conocer y resolver a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza y jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias, en concordancia con el artículo 93 ibídem.

¹⁷³ Este tópico es denominado por la doctrina mexicana como incumplimiento inexcusable. Sobre este mismo tema el lector puede revisar la obra de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR: *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*, México, Editorial Porrúa, 2009.

¹⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 003-09-SAN-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-09-IS y 0018-09-AN, acumuladas, publicada en el Registro Oficial Suplemento 577 de 24 de Abril del 2009, cuya ponencia pertenece al ex juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

CUARTA.- Mediante Auto del 11 de marzo del 2009, a las 12H00, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el Período de Transición, dispuso la acumulación de las causas N.º 0001-09-IS y 0018-09-AN, en virtud de existir identidad de objeto de las mismas. La causa N.º 0001-09-IS se basa en lo dispuesto en el artículo 436, numeral 9 de la Constitución que, refiriéndose a las competencias de la Corte Constitucional, dice lo siguiente: “Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales” lo cual es procedente, porque los recurrentes solicitan se declare el incumplimiento de la Resolución N.º 0565-08-RA, respecto de la cual, la Corte, una vez verificado el supuesto incumplimiento, se pronunciará sobre la forma cómo debe ejecutarse esa resolución; y, la causa N.º 0018-09-AN, se fundamenta en lo ordenado en el artículo 436, numeral 5, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, que se refiere al incumplimiento de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza y jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias. En la demanda, el recurrente alega la violación de lo dispuesto en el artículo 110 del Código del Trabajo, que otorga al Ministro de Trabajo y Empleo, la facultad de absolver las dudas que se presenten en lo relacionado con las utilidades, pero no le concede facultades para delegar dicha responsabilidad al Director Regional del Trabajo, y menos aún para ser la autoridad ejecutora de pagos de utilidades, ya que esa es una facultad del Juez laboral.”

En otro pronunciamiento, la Magistratura incurre en otro error, pues convierte a la acción por incumplimiento en un proceso declarativo de derechos, en el cual, analizando prueba, dictamina en sentencia la titularidad y existencia de un derecho, actuación innecesaria dentro de este tipo de procesos constitucionales y que, además, implica extralimitación en sus competencias:¹⁷⁵

“Una vez que se ha determinado una actitud negligente del funcionario consular, por el hecho de ordenar dos veces la entrega de un mismo automotor a dos

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia N° 004-13-SAN-CC, dictada dentro del caso N° 0015-10-AN, cuya ponencia pertenece al juez ANTONIO GAGLIARDO LOOR. El fallo citado no está publicado aún en el Registro Oficial, pero puede encontrarse en www.corteconstitucional.gob.ec.

supuestos propietarios, es menester determinar cuál de los dos sujetos eran efectivamente los propietarios, para determinar si se dio o no el incumplimiento de la norma.

Por ello, se puede evidenciar que con el no cumplimiento de esta obligación de hacer por parte del funcionario consular se atentó al derecho a la propiedad que el accionante tiene sobre el automotor que, conforme se ha determinado en líneas anteriores, es de su propiedad (...)"

2.1.2.4.-NO ES UN PROCESO SUSTITUTIVO SINO PRINCIPAL: La Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional parecen haberle otorgado el carácter de sustitutiva a la acción por incumplimiento. Esto implica que dicha acción procede, de manera excepcional, es decir, si el acto omitido no cuenta con vías ordinarias para lograr su cumplimiento, pues, como ya se ha señalado, la justicia constitucional no puede actuar en reemplazo de la ordinaria (arts.436.5 CE y 56.3 LOGJCC). Este criterio, según señala la doctrina, calificaría a la acción por incumplimiento como un proceso subsidiario.¹⁷⁶

A pesar de lo expuesto, se considera que la acción por incumplimiento, en el caso ecuatoriano, no sustituye a ningún otro mecanismo, pues, como se verá a continuación, el orden jurídico no prevé vías ordinarias que persigan el mismo fin que el citado mecanismo constitucional. Por tanto, a pesar de que la doctrina se refiera a la acción por incumplimiento como una acción no sustitutiva, es el criterio del presente trabajo señalar que la misma es, más bien, un proceso principal, que puede activarse de manera directa siempre que se persiga el cumplimiento de un acto objeto del mismo cuando en aquel haya una obligación clara, expresa y exigible.

A) ES PRINCIPAL EN EL CASO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL CARÁCTER GENERAL: En el evento de que el accionante pretenda activar la jurisdicción constitucional para exigir el cumplimiento de un acto administrativo de carácter general, deberá tener presente que, en este caso, si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa nada señala respecto a la posibilidad de que,

¹⁷⁶ ROMERO LARCO, JOHANNA, La acción por incumplimiento: Garantía de la seguridad jurídica, en Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Quito, Corte Constitucional, 2011, pp.235-238.

mediante recurso objetivo o subjetivo se pueda demandar el incumplimiento de un acto administrativo de tales características, lo cual induciría a pensar en que el ordenamiento ecuatoriano no ha previsto un medio judicial ordinario para dicha pretensión, el Tribunal Contencioso Administrativo, mediante resolución, aceptó la posibilidad de que se pueda demandar el incumplimiento de actos administrativos de carácter general, mediante recurso objetivo, señalando lo que se cita:¹⁷⁷

“Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente.”

Pese a lo señalado, se debe tener en cuenta que dicha resolución fue expedida con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución, circunstancia bajo la cual, en Ecuador no existía aún la acción por incumplimiento; sin embargo, se considera que dicha resolución no posee argumentos suficientes para aventurarse a señalar la posibilidad de que la acción por incumplimiento en esta materia sea residual; al contrario, se la considera principal, pues, si se tiene presente que la resolución judicial admite la posibilidad de que proceda recurso objetivo en esta materia, el mismo no impugna el incumplimiento del acto, sino de una eventual norma jurídica objetiva que resulte ser creada dentro de aquel, cuestión que resulta ajena a la acción por incumplimiento. Por tanto, son dos casos distintos, ya que, mientras el recurso objetivo pretende exigir el cumplimiento de una norma emanada de un acto de carácter general, la acción por incumplimiento pretende que se cumpla el acto en sí, siempre que exista una obligación clara, específica y exigible de hacer o no hacer, razón por la cual, al no existir vía judicial que facilite la consecución de la pretensión del accionante, la residualidad no se presenta, sino que, más bien, la acción por incumplimiento se torna en principal.

¹⁷⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución publicada en el Registro Oficial No. 722 de 9 de julio de 1991.

B) ES PRINCIPAL EN EL CASO DE ACTOS NORMATIVOS: La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala, como límite a la procedencia de la acción por incumplimiento, el hecho de que existan vías judiciales que permitan ejecutar o cumplir el acto normativo (art. 56.3 LOGJCC). Aunque la ley de la materia sí se orienta a calificar a la acción en comento como sustitutiva, se hace presente que el legislador olvidó tomar en cuenta que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existen otras vías judiciales que conminen al órgano o persona omisa a cumplir con lo mandado por actos normativos¹⁷⁸, lo cual, torna a esta acción en principal, puesto que es el único mecanismo que sirve de garantía para la eficacia y aplicación de aquellos actos.

Respecto de este tópico, la Corte Constitucional, en uno de sus pronunciamientos, sin efectuar análisis alguno sobre este eventual predicamento, optó por aplicar los criterios del constituyente y del legislador, señalando que se debe verificar la no existencia de otra vía, aunque, dentro del caso que se cita, nunca se efectuó tal verificación:¹⁷⁹

“En cuanto a los requisitos para su procedibilidad:

- a) La norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue debe contener una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible;
- b) Deberá verificarse que la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de organismos internacionales de Derechos Humanos, no sea ejecutable por las vías judiciales ordinarias.”

C) ES PRINCIPAL EN EL CASO DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN MATERIA DE

¹⁷⁸ En materia de actos normativos lo que existe es el recurso objetivo en sede contencioso administrativa; no obstante, este no pretende hacer cumplir lo dispuesto por actos normativos, sino más bien hacer un pronunciamiento sobre su legalidad o ilegalidad para, eventualmente, anular el acto (art. 3 LJCA).

¹⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0005-08-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 566 de 8 de Abril del 2009, cuya ponencia pertenece a la jueza RUTH SENI PINOARGOTE.

DERECHOS HUMANOS: En este caso, tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional imponen un criterio de subsidiaridad para la procedencia de la acción por incumplimiento. Por un lado, la Constitución condiciona su procedencia al caso de que dichas sentencias no puedan ser cumplidas o ejecutadas por otras vías (art. 436.5 CE), mientras que la ley señala, como causal de su improcedencia, el hecho de que existan otras vías judiciales para su ejecución o cumplimiento (art. 56.3 LOGJCC). En cualquiera de los dos casos, el constituyente y el legislador presuponen la existencia de otras vías judiciales para la ejecución de dichas sentencias, aunque, hay que hacer presente que, en esta materia, el orden jurídico ecuatoriano tampoco ha previsto vías procesales para cumplir o ejecutar lo ordenado por los organismos internacionales de derechos humanos, lo cual conduciría a pensar que, en realidad, la acción por incumplimiento sería la única vía adecuada y eficaz para lograr este objetivo, por tanto, se torna en principal.

D) LA LEY CONVIERTE EN SUSTITUTIVA A LA ACCIÓN EN CUANTO SU INADMISIÓN PROVOQUE DAÑO GRAVE E INMINENTE, AUNQUE EXISTAN VÍAS JUDICIALES PARA LA EJECUCIÓN DEL ACTO INCUMPLIDO: Pese a lo señalado, el legislador, cometiendo un error y a guisa de particularidad, propone, como excepción, un criterio de sustitución o reemplazo de vía en el caso de que la inadmisión de la acción por incumplimiento provoque daño grave al titular de la misma, aunque existan otras vías ordinarias para lograr de cumplimiento del acto omitido (art. 53.3 LOGJCC). Ello implica que, de manera sobreviniente, la jurisdicción constitucional se activará en sustitución de la justicia ordinaria, puesto que esta última, a pesar de existir, resultará inadecuada o ineficaz para lograr el cumplimiento del acto omitido, abriendo paso a la proposición directa de la acción por incumplimiento en reemplazo o sustitución de otros eventuales mecanismos ordinarios.

Por otro lado, se hace presente que el concepto de daño grave e inminente no ha sido explicado ni por el legislador ni por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo que el alcance de esta excepción a la residualidad resulta ser oscuro y hasta peligroso, pues será la Magistratura la que, subjetiva y

arbitrariamente, considere, de acuerdo a cada caso, la posibilidad de provocar o no daño grave e inminente al accionante, a pesar de que existen precedentes constitucionales del pretérito órgano de control en materia de daño grave e inminente y que serán analizados con posterioridad en este mismo capítulo.

Si se quisiera aceptar este errado criterio que solo demuestra el desacertado tratamiento que le dio a esta acción en la Ley, la Corte Constitucional requerirá del análisis de cada proceso respecto del eventual daño que se pudiera causar por la inadmisión a trámite de la acción, pese a la existencia de las otras vías. No obstante, como ya se ha señalado, en Ecuador no existen medios judiciales ordinarios que permitan cumplir el fin que persigue la acción por incumplimiento, razón por la cual, en la práctica, la justicia constitucional no actuará en reemplazo de la ordinaria, sino que, en consecuencia, se tornará en la vía principal, pues al no existir otras vías la acción por incumplimiento no supe a ninguna de aquellas.

E) ES PRINCIPAL FRENTE AL RESTO GARANTÍAS DE DERECHOS: Aunque ya quedó claro que la acción por incumplimiento no es garantía de derechos, el legislador impuso un límite o restricción respecto a su procedencia en consideración con las demás garantías de derechos fundamentales, toda vez que aquella no procede cuando se la propone para la protección de derechos amparados por las acciones de protección, extraordinaria de protección, hábeas data, hábeas corpus y acceso a la información pública; es decir, si este cúmulo de acciones amparan derechos fundamentales que quieran protegerse vía acción por incumplimiento, esta última se torna improcedente (art. 56.1 LOGJCC). En todo caso, se considera que esta prohibición prevista por el legislador pretende evitar un eventual choque de garantías y, además, un uso incorrecto de las mismas a través de la equivocación de vía por parte del accionante, por lo que, se estima, tal disposición legal evita inducir al reemplazo o sustitución entre garantías de derechos.

Lo anotado quiere decir que, quien proponga la acción por incumplimiento con la finalidad de conseguir declaratoria de violación de derechos y no la orden de

cumplimiento de un acto objeto de la misma, habrá errado en la activación de vía y su acción propuesta se tornará, en consecuencia, improcedente, razón por la cual, la acción por incumplimiento se convierte en el único y principal proceso constitucional que persigue el cumplimiento de los actos administrativos de alcance general, normas infraconstitucionales y sentencias o informes en materia de derechos humanos que contengan una obligación clara, expresa y exigible de hacer o no hacer algo, protegiendo, si quiere indirecta y accesoriamente, el derecho a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 de la Constitución.

En cuanto a este tópico, la Corte Constitucional resolvió una acción por incumplimiento en la que el peticionario, en franco reemplazo de vía, confundió el objeto de dicho proceso con el que aplica para la acción de protección, pues, en lugar de discutir, principalmente, sobre el incumplimiento de un acto, sometió a conocimiento de la Magistratura cuestiones referentes a eventuales violaciones al derecho a la propiedad, lo cual, como se ha manifestado, es ajeno al ámbito de la acción por incumplimiento:¹⁸⁰

“Una vez que se ha determinado una actitud negligente del funcionario consular, por el hecho de ordenar dos veces la entrega de un mismo automotor a dos supuestos propietarios, es menester determinar cuál de los dos sujetos eran efectivamente los propietarios (...)

(...)

Por ello, se puede evidenciar que con el no cumplimiento de esta obligación de hacer por parte del funcionario consular se atentó al derecho a la propiedad que el accionante tiene sobre el automotor que, conforme se ha determinado en líneas anteriores, es de su propiedad (...)”

2.1.3.- EN TORNO A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

¹⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia N° 004-13-SAN-CC, dictada dentro del caso N° 0015-10-AN, cuya ponencia pertenece al juez ANTONIO GAGLIARDO LOOR. El fallo citado no está publicado en el Registro Oficial, pero puede encontrárselo en www.corteconstitucional.gob.ec.

Históricamente, los órganos encargados de ejercer el control de constitucionalidad en defensa de la supremacía constitucional han optado por invalidar los actos que resulten contrarios a la norma fundamental. Ello implica que todo órgano del poder público con competencia normativa, efectivamente, ha dictado las normas pertinentes, pero estas son expulsadas del orden jurídico por vulnerar, por el fondo o la forma, el texto constitucional.

Sin embargo, en ocasiones ocurre que la tarea emprendida por el constituyente queda, de cierta forma, incompleta, pues la Constitución es norma de orden general, lo que implica que muchos de sus mandatos requieren de la emisión de normas secundarias que los desarrollen, por lo que, en este evento, se está frente a una omisión inconstitucional. Este instituto, señala la doctrina, se presenta, únicamente, cuando existe falta de expedición de norma de desarrollo constitucional¹⁸¹, aunque, como se verá, en Ecuador, el instituto resulta ser más amplio y se extiende, en consecuencia, no solo a omisiones legislativas, sino también a la omisión de otros mandatos constitucionales. No obstante, a pesar del sentido amplio al cual se hizo referencia, el legislador optó por delimitarlo, únicamente, respecto de las omisiones legislativas- absolutas o relativas-, criterio con el cual no se comparte, pues si la regulación constitucional ha resultado ser amplia, esto es, que la omisión inconstitucional alcance a todo tipo de mandatos constitucionales, dentro de los cuales no se ubican absolutamente normas que imponen mandatos de legislar, sino cualquier norma constitucional que se ubique dentro de la tipología anotada en el capítulo anterior, el legislador debió regular también el procedimiento pertinente al tratamiento de las omisiones inconstitucionales no legislativas. Por ello, tomando en consideración este señalamiento, se ponen de manifiesto las siguientes características:

¹⁸¹ Al respecto, el lector puede revisar el aporte de MARTÍN J. RISSO FERRAND: “Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenado por la Constitución”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2001. Similar criterio puede obtenerse en el trabajo de NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS: Novedades sobre la inconstitucionalidad por omisión. La Corte Constitucional como legislador suplente y precario, en Constitución y Proceso Lima, Editores Jurista, 2009. Otro criterio concordante puede revisarse en la obra de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR: Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales, ya citada en este trabajo.

2.1.3.1.- ES UN PROCESO CONSTITUCIONAL DE ALCANCE GENERAL: Como ocurre con el caso de los dos procesos cuya naturaleza jurídica ya fue analizada, la inconstitucionalidad por omisión está dotada de naturaleza constitucional toda vez que halla su fuente primigenia en la norma fundamental (art. 436.10 CE).

Asimismo, comporta relevancia en esta materia ya que, es un mecanismo cuya naturaleza lo identifica como garante y protector de la supremacía de la Constitución, evitando que sus mandatos queden en letra muerta, generando seguridad jurídica e impidiendo que la inacción del órgano omiso vulnere la Constitución. Por ello, la relevancia de este proceso se relaciona estrechamente con una omisión de no hacer lo mandado en un precepto constitucional. De ahí que exista un órgano que controle y sancione tales infracciones, lo cual sustenta aún más la naturaleza constitucional de esta figura.

Ahora bien, dependiendo de la regulación impuesta por el constituyente, la inconstitucionalidad por omisión puede tener mayor o menor relevancia obedeciendo a la extensión de la misma, es decir, a su alcance respecto de sus destinatarios, cuestión que, en doctrina, se señala como el condicionamiento constitucional de su naturaleza.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional relacionó la naturaleza jurídica de este instituto con el alcance del mismo hacia sus destinatarios, señalando que aquel no solo obliga al legislador, sino a todo ente público renuente en el cumplimiento de un mandato constitucional:¹⁸²

“La naturaleza jurídica de esta acción constitucional se encuentra asociada a la omisión jurídica. Para que opere la inconstitucionalidad por omisión los órganos competentes deben omitir un deber claro y concreto, siendo este deber, en el caso de omisión legislativa, el desarrollar normativamente los preceptos constitucionales.

¹⁸² Corte Constitucional, Sentencia No. 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso No. 0001-10-IO, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 378 de 4 de febrero de 2011, cuya ponencia pertenece al entonces juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

Es por ello que dentro del propio texto constitucional, esta obligación de hacer normativa debe estar señalada expresamente, así como las instituciones del Estado o autoridades públicas que deben dar cumplimiento a ese mandato constitucional, dentro de los plazos determinados en la propia Constitución, o de no existirlos, dentro del plazo considerado razonable por la Corte Constitucional.”

Similar criterio fue ratificado, con mayor precisión, en otro caso, en el cual la Magistratura señaló lo que sigue:¹⁸³

“Cabe en este punto hacer las debidas distinciones, propias de las particularidades del sistema ecuatoriano. Si bien los elementos descritos sirven mucho para contextualizar la omisión inconstitucional, cabe señalar que las normas constitucionales y legales ecuatorianas extienden el control en lo subjetivo a toda institución del Estado o autoridad pública; y en lo objetivo, a un mandato contenido en la Carta Magna. Así, el primer requisito se re formularía como la exigencia constitucional para que la autoridad o institución pública haga lo prescrito en la Constitución; mientras que el segundo sería la inacción o abstención de dicha autoridad a cumplir su deber. Realizada la disquisición anterior, esta Corte procederá a analizar cada uno de los elementos configurativos de la omisión inconstitucional.”

No obstante, dentro del mismo caso, de manera contradictoria, redujo el alcance de este instituto en sus aspectos subjetivo y objetivo, pues señaló que la omisión de normas y actos ordenados por la Constitución tiene alcance solamente dentro de la omisión absoluta, respecto de todo órgano del poder público; mientras que, a criterio de la Magistratura, la omisión relativa se ocupa, únicamente, del control de normas, inobservando, entonces, lo previsto por el constituyente, desconociendo la posibilidad de que hayan actos ordenados por la Constitución cuya ejecución pudiese ser, también,

¹⁸³ Corte Constitucional, Sentencia No.001-13-SIO-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO (acumulados), publicada en el Registro Oficial suplemento No.919 de 25 de marzo de 2013, cuya ponencia pertenece a la jueza WENDY MOLINA ANDRADE.

incompleta o deficiente y reduciendo el alcance del instituto en materia de omisión relativa, solamente, al legislador (art.436.10 CE):¹⁸⁴

“Cuando nos referimos a una inconstitucionalidad por omisión absoluta o total, - en la que se busca subsanar la no promulgación de una norma o la inejecución de determinado acto-, la inacción o abstención de la autoridad o institución se configura por la negligencia o la falta de cumplimiento en la tramitación del procedimiento que concluya con la norma o acto debido. He ahí la razón por la que doctrinariamente, este tipo de omisión se denomina "omisión formal". Ello quiere decir que la calificación del requisito pasará por advertir un comportamiento, sea deliberado o negligente, que resulte en la falta de promulgación de determinada norma o, en general, del cumplimiento del deber.

En el caso de omisión relativa, parcial o material, destinada al control de las normas "...cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes...", no es la inacción del obligado lo que requiere ser analizado, sino más bien el resultado de su actuación positiva. Bien señala Morón al decir que en estos casos "[e]l objeto de impugnación no es el silencio de esa ley, sino la ley misma, solo que el motivo impugnatorio ya no es lo que dice, sino lo que no dice porque con ello ha vulnerado la Constitución.” Por ende, para declarar la omisión relativa será necesario que la Corte realice un análisis material de la norma que debería haber desarrollado el mandato, con el fin de determinar si su regulación es insuficiente para cumplir a plenitud con la voluntad del constituyente.”

Sistemas comparados condicionan la naturaleza constitucional de la omisión inconstitucional dotándola de un criterio restringido en cuanto a su alcance. Al respecto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español señaló que esta reviste importancia constitucional, únicamente, frente a omisiones legislativas:¹⁸⁵

“La inconstitucionalidad por omisión solo existe cuando la Constitución impone

¹⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia No.001-13-SIO-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO (acumulados), publicada en el Registro Oficial suplemento No.919 de 25 de marzo de 2013, cuya ponencia pertenece a la jueza WENDY MOLINA ANDRADE.

¹⁸⁵ Tribunal Constitucional español, Sentencia No. 24/1982, dictada el 13 de mayo de 1982.

al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace.”

En similar criterio, Carlos BÁEZ SILVA señala que este instituto se relaciona con la omisión del legislador de legislar en concreto cuando ha recibido un encargo específico del constituyente para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa de la intervención del legislador, es un primer momento, para alcanzar plena eficacia.¹⁸⁶

Sin abandonar el criterio restringido que se viene citado, pero, en sentido más apropiado, afirma Juan Francisco GUERRERO que la figura de la inconstitucionalidad por omisión nace con su consagración en la Constitución vigente (art. 436.10 CE), por lo que antes de aquella, no existía un mecanismo que garantice la supremacía constitucional frente a la inacción de los poderes públicos con competencia normativa.¹⁸⁷

En todo caso, en el sistema ecuatoriano, el constituyente estableció que este proceso constitucional no contiene condicionamientos en cuanto a sus destinatarios, lo que implica que su relevancia constitucional es amplia, pues aplica a todo órgano público al cual el mandato fundamental le ha impuesto una obligación de hacer algo que, como se hizo presente, no solo implica el desarrollo de normas.

2.1.3.2.- ES UN PROCESO ATÍPICO, AJENO AL CONTROL POR ACCIÓN: Cuando se señala la inconstitucionalidad por omisión es un proceso atípico, se hace alusión a que aquella no puede ser clasificada o identificada con el resto de acciones de orden constitucional relacionadas con las garantías de derechos o con el control abstracto de constitucionalidad de actos.

En cuanto a las garantías de derechos, bien hizo el constituyente en no incluir a la

¹⁸⁶ BÁEZ SILVA, CARLOS, La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México, México, Editorial Porrúa, 2009, p.33.

¹⁸⁷ Cfr. GUERRERO, JUAN FRANCISCO, Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad en Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo III, Quito, Corte Constitucional, 2011, p.94.

inconstitucionalidad por omisión dentro de aquellas, aunque sí la confundió, como se hizo presente anteriormente, con la acción por incumplimiento. En todo caso, no forma parte de las garantías de derechos fundamentales desde que su objetivo no es el amparo directo de los mismos, sino la salvaguarda de la supremacía de la Constitución.

Por otro lado, el legislador incorporó esta figura al denominado sistema de control abstracto de constitucionalidad por acción (art. 128 LOGJCC). Lo que ocurre con aquello es que se confunde la naturaleza jurídica de los procesos constitucionales que sí son parte de dicho sistema con la omisión inconstitucional que, en realidad, resulta ser ajena a aquel. Este criterio se refuerza si se toma en cuenta que el control abstracto por acción tiene como finalidad la expulsión del orden jurídico de todos los actos que lo integran cuando sean contrarios a la Constitución, sea por vicios de forma o de fondo, es decir, busca que la Corte Constitucional se pronuncie sobre eventual inconstitucionalidad de actos plenamente vigentes, mientras que la inconstitucionalidad por omisión lo que pretende es que las normas constitucionales omitidas sean, en efecto, cumplidas de acuerdo al mandato constitucional, es decir, no busca la expulsión de norma o acto alguno-simplemente porque no existen o porque existiendo, son incompletos-, por lo que el hecho inconstitucional es la mora o retardo en el cumplimiento de ordenado por el constituyente, es decir, una omisión (art. 74 LOGJCC).

En este sentido, la Magistratura ha incurrido en el error de catalogar a la inconstitucionalidad por omisión como un proceso que forma parte del sistema de control abstracto de constitucionalidad por acción:¹⁸⁸

“De la lectura del antes mentado precepto constitucional se puede colegir que la Constitución de la República establece la denominada inconstitucionalidad por omisión, como una institución del derecho constitucional asociada al denominado control abstracto de constitucionalidad, correspondiendo a los jueces constitucionales determinar si las instituciones estatales o las autoridades

¹⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso No. 0001-10-IO, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 378 de 4 de febrero de 2011, cuya ponencia pertenece al entonces juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

públicas por omisión han inobservado una disposición constitucional expresa, que contenga un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales.”

En otro caso, la Corte Constitucional incurrió en el equívoco de aplicar, al control por omisión, principios que son propios del control por acción, confundiendo de esta manera la naturaleza jurídica del instituto en análisis:¹⁸⁹

“El último elemento configurativo de la omisión inconstitucional tiene que ver con las consecuencias de la inactividad del obligado por el mandato constitucional, tanto en el ordenamiento jurídico como en la realidad puntual que el Constituyente pretendió regular, lo que configura a la acción de inconstitucionalidad por omisión como garantía de la consecución del programa político-jurídico. Igualmente, constituye la traducción de los principios de presunción de constitucionalidad y *pro legislatore* al campo de las omisiones. Cabe recordar que la finalidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión, así como el del resto de acciones de control abstracto de constitucionalidad es "... garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas..."De dicha afirmación se desprenden dos consecuencias importantes: por un lado, ello significa que no es factible declarar la inconstitucionalidad sobre omisiones ya subsanadas, aunque el plazo ya haya fenecido cuando se promulgó la norma, debido a que en tal supuesto, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico ya ha sido restablecida por medio del cumplimiento del mandato constitucional inicialmente omitido (...)"

Con lo anotado no se intenta precisar que la omisión inconstitucional no es un proceso que resulte ser incompatible con el control de constitucionalidad, sino que, este expediente le es ajeno al control abstracto por acción efectuado por la Corte Constitucional, siendo, más bien, un mecanismo de control atípico de constitucionalidad, pues lo que busca es que se cumpla con una norma constitucional,

¹⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia No.001-13-SIO-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO (acumulados), publicada en el Registro Oficial suplemento No.919 de 25 de marzo de 2013, cuya ponencia pertenece a la jueza WENDY MOLINA ANDRADE.

por lo que, en todo caso, el legislador debió separarla del resto acciones de control de constitucionalidad, dejando a la inconstitucionalidad por omisión como un proceso único e independiente del resto de mecanismos constitucionales, pues lo que controla es una omisión y no propiamente una acción en tal materia.

El criterio arriba sostenido es el mismo que sostuvo la Suprema Corte de Justicia mexicana al señalar lo que sigue¹⁹⁰:

“Este Tribunal Pleno considera que la inconstitucionalidad por omisión se refiere a violaciones a la Constitución derivadas no de una acción, sino de un omisión del legislador, en su función primordial, esto es, expedir leyes.”

2.1.3.3.- ES UN PROCESO EJECUTIVO CUANDO SE TRATA DE OMISIONES ABSOLUTAS: La inconstitucionalidad por omisión, al igual que la acción por incumplimiento, es un proceso constitucional que goza de naturaleza ejecutiva, al menos, en principio, por lo que este atributo no le es absoluto ni definitivo, como se verá.

Se señaló que, en materia constitucional, un proceso ejecutivo implica que el juzgador, mediante sentencia, mande u ordene la ejecución o cumplimiento de un acto omitido. En el caso de la inconstitucionalidad por omisión, lo señalado ocurre, únicamente, si existe omisión absoluta, es decir, cuando la norma secundaria no ha sido emitida, pues, en este escenario, la Corte Constitucional es la que, dictando sentencia, determina, en primer lugar, que ha existido omisión de dictar una norma ordenada por la Constitución y, a consecuencia de ello, debe mandar a emitir el acto normativo o legislativo omitido y que fue ordenado por la norma fundamental, otorgándole al ente omiso, a falta de plazo expreso en el mandato omitido, un “plazo razonable”¹⁹¹ para acatar tal disposición; no obstante, como se verá en el siguiente sub acápite, este mecanismo de control constitucional de omisiones no concluye con aquella disposición emitida por la Corte Constitucional, salvo que, evidentemente, el órgano omiso, en efecto, dicte la

¹⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de México, Sentencia No. 80/2004, dictada el 14 de julio de 2005.

¹⁹¹ Se considera peligroso que la Constitución no haya determinado un plazo específico que sea ordenado por la Corte Constitucional para cumplir con la emisión de la norma o el mandato constitucional omitidos, pues es evidente que aquel plazo razonable resulta ser subjetivo, lo cual, en ocasiones, podría retardar aún más el cumplimiento de la norma constitucional, con lo cual omisión seguiría persistiendo si la Magistratura otorga un plazo muy extenso.

norma, caso contrario, el órgano de control emite, temporalmente, la normativa (arts. 436.10 CE y 129.1 LOGJCC).

En tal virtud, quienes están obligados a cumplir con lo ordenado por la Corte Constitucional son todos los órganos del poder público que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, lo cual resulta ser un criterio muy amplio y general si se toma en cuenta que lo que se pretende es que una norma de desarrollo constitucional sea dictada (art. 436.10 CE). El criterio amplio del constituyente fue precisado con acierto por el legislador, pues se señaló que los ejecutores de la omisión inconstitucional son los órganos competentes que debieron dictar la norma ordenada por la Constitución (art. 128 LOGJCC).

A diferencia de lo que sucede con la acción por incumplimiento, en el caso de la inconstitucionalidad por omisión absoluta sí existe una fase de ejecución de la sentencia dictada por el Pleno del organismo, pues transcurrido el plazo otorgado por la Corte Constitucional o impuesto por la propia Constitución, si persiste la omisión, este organismo, de oficio, debe solicitar al ente omiso el cumplimiento de lo ordenado previo a la emisión temporal de la normativa pertinente por parte de la Magistratura misma (arts. 77 y 84 RSPCCC). Sin embargo, ello no obsta para que el legitimado activo proponga la aludida acción de incumplimiento de sentencia constitucional para el caso de que no se cumpla la sentencia o se la cumple defectuosamente (arts. 436.9 CE, 162, 163, 164.4, 165 LOGJCC y 84 RSPCCC).

Al respecto, la Corte Constitucional, de manera errada, ha señalado que el legislador no está sometido al vencimiento de plazos para la emisión de normas secundarias aunque aquellos vengan impuestos por la Ley Fundamental.¹⁹²

“La atribución de la Asamblea Nacional de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, no se limita por el vencimiento de los plazos establecidos por la norma constitucional transitoria; por el contrario, el poder del legislador de aprobar leyes es una atribución específica, propia de su esencia que permanece

¹⁹² Corte Constitucional, Sentencia No. 0001-09-SIC-CC, dictada dentro del caso No. 0019-09-IC, publicada en el Registro Oficial Suplemento 159 de 26 de Marzo del 2010, cuya ponencia pertenece al ex juez EDGAR ZÁRATE ZÁRATE.

vigente, pues lo fundamental es que la expedición de leyes responda a un profundo análisis legislativo y una importante participación ciudadana.

(...) pero ello no significa que al haber fenecido el mencionado plazo haya también caducado la potestad del legislador de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio, conforme lo menciona la accionante al considerar que las leyes que expida la Asamblea Nacional fuera del plazo establecido en la Constitución están viciadas de nulidad. Todo lo contrario: la Función Legislativa ejercida por la Asamblea Nacional por mandato constitucional tiene plena atribución para dictar normas de naturaleza legislativa, es decir, disposiciones escritas de carácter general. En otras palabras, la primera función de la Asamblea Nacional conforme la cláusula de competencia establecida en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución es legislar, potestad que no se ve limitada por mandato del poder constituyente al establecerse plazos para la expedición de ciertas normas legales; lo que ocurre es que el constituyente señaló ciertos mandatos de optimización para normar la transición a un nuevo modelo de Estado constitucional y democrático de derechos. De esta forma, nos encontramos frente a una facultad que no es posible desligar del poder legislativo porque es connatural a él.”

No se concuerda con el razonamiento señalado por la Magistratura, pues se deja la posibilidad de que el órgano omiso, en desacato de la Constitución y, además, incumpliendo con el plazo en ella establecido para la emisión de normas, actué fuera del mismo, provocando, con su mora, violación al principio de supremacía de dicha norma.¹⁹³ Incluso, téngase presente que, con el citado pronunciamiento, se generó un precedente: la eventual fuga del legislador a la omisión inconstitucional absoluta. Se considera, además, que la Corte confunde entre la naturaleza y las competencias de un órgano del poder público con su indispensable sujeción a los mandatos contenidos en la Constitución.

¹⁹³ Con criterio más drástico que el propuesto, IVÁN ESCOBAR FORNOS, en su obra *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, señala que si se ha establecido plazo en la cláusula constitucional que obliga al legislador a dictar la ley dentro de dicho plazo, la mora inicia con el simple vencimiento del mismo, sin que sea necesario requerimiento previo alguno.

No obstante lo anotado, la Magistratura pronto intentó cubrir el equivocado criterio que arriba se citó y señaló que la omisión legislativa absoluta se produce, únicamente, cuando el órgano omiso no ha iniciado con los procedimientos necesarios para el cumplimiento del mandato constitucional, pues, al contrario, y más allá de los plazos previstos, si ha obrado con el objetivo de observar lo ordenado por aquel, pero, por motivos externos, ajenos al ente omiso, dicha norma no ha podido ser cumplida, no se evidencia omisión inconstitucional absoluta, criterio con el cual se conviene.¹⁹⁴

“Atendiendo a la demanda planteada y conforme ya lo ha expresado la Corte Constitucional, la facultad legislativa no se coarta con el plazo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República; pero para que el legislador no incurra en inconstitucionalidad por omisión, debe demostrar que ha tomado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la obligación constitucional contenida en la Disposición Transitoria objeto del presente control.

Una disyuntiva que se presenta en esta acción es en cuanto a los plazos establecidos en el texto constitucional; sin embargo, aquello no puede llevarnos exclusivamente a la literalidad de la norma constitucional, sino que en una interpretación integral del texto constitucional, debemos entrar a analizar el espíritu de la norma y a la intención del legislador para dar cumplimiento al precepto constitucional en cuanto al tiempo. Es decir, si el legislador ha dejado transcurrir el periodo de tiempo determinado en la disposición constitucional sin proceder al cumplimiento de esa obligación, podríamos encontrarnos frente al escenario de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En aquel sentido, si el legislador ha demostrado que ha emprendido en los esfuerzos para la promulgación de determinada norma, pero las circunstancias políticas o sociales se lo han impedido, habrá de entenderse que no ha incurrido en omisión legislativa, ya que circunstancias ajenas no le han permitido dar

¹⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso No. 0001-10-IO, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 378 de 4 de febrero de 2011, cuya ponencia pertenece al entonces juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

cumplimiento al mandato constitucional en el lapso determinado, sin que ello comporte una conducta omisiva del legislador. Esta flexibilidad no debe ser confundida con la negligencia o desidia legislativa.”

Dentro de otro caso, la Corte Constitucional, con mayor precisión señaló que, para la detección de la omisión absoluta, no basta con un no hacer, sino que se debe verificar si la falta de desarrollo normativo obedece a la renuencia del legislador para impedir el curso del cumplimiento del mandato constitucional o si, por el contrario, la mora obedece, como se dijo, a circunstancias exógenas:¹⁹⁵

“El segundo elemento es explicado por Morón Urbina, al decir que “[l]a omisión (...), para configurar la inconstitucionalidad, se debe vincular, pues, con una exigencia constitucional de acción”. Ello significa que el legislador no hizo, o hizo imperfectamente lo que la Constitución le encomendó; pero, ¿cómo definir la transgresión a la norma constitucional? Ciertamente, no basta con un no hacer. Esta falta de acción debe ir acompañada de un elemento volitivo encaminado a impedir el curso del procedimiento para el cumplimiento del mandato, o a callar respecto de elementos normativos en una disposición aprobada. Así, dentro de un proceso en que se demande la inconstitucionalidad por omisión, deberán ser valorados por la Corte todos los elementos que permitan advertir si la quiescencia de la autoridad o institución responde a una renuencia, o está determinada por circunstancias exógenas.”

Ahora bien, los criterios antes señalados refieren al plazo que, eventualmente, el mandato constitucional puede imponer para que órgano obligado cumpla con lo que en aquel se ordena. Sin embargo, la Constitución y la ley abren la posibilidad de que sea la Corte Constitucional la que, como se dijo, otorgue, ante la falta de plazo constitucional expreso, uno que considere “razonable. Sobre este aspecto, la Magistratura señaló que el mismo se sujeta a la verificación de la necesidad de mediación legislativa, teniendo como límites a los derechos y a la complejidad de las circunstancias políticas y

¹⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia No.001-13-SIO-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO (acumulados), publicada en el Registro Oficial suplemento No.919 de 25 de marzo de 2013, cuya ponencia pertenece a la jueza WENDY MOLINA ANDRADE.

jurídicas en las que el legislador debe actuar, por lo que, a criterio de aquella, el tiempo de mora en la emisión de una norma entre la vigencia de la Constitución y la efectiva promulgación de aquella son *silencios inoquos*, pues son omisiones esperadas por parte del legislador cuando la Constitución no le impone un plazo para actuar:¹⁹⁶

“La determinación de si un plazo es razonable o no responde a la "importancia e indispensabilidad de la mediación legislativa. Ello comporta un umbral de tolerancia para el juez constitucional respecto del plazo, determinado por la complejidad de las circunstancias jurídico políticas tratadas, que requiera "...un profundo análisis legislativo y una importante participación ciudadana" teniendo como límite infranqueable el contenido de los derechos constitucionales. En términos usados por Morón Urbina, "...la inconstitucionalidad no se produce a partir del día inmediato posterior a la vigencia constitucional, sino sólo a partir del transcurso del tiempo que hace incurrir al legislador en una inacción reprochable o que se verifique que la omisión está generando afectaciones a derechos humanos" Sin duda, la existencia de un plazo constitucionalmente fijado refuerza la obligación de la autoridad o institución para demostrar que ha realizado todas las acciones encaminadas a cumplir con el mandato de la Norma Suprema; no obstante, es la consecuencia del incumplimiento en el ejercicio de los derechos constitucionales lo que permite a la Corte Constitucional definir un momento inaplazable para que la omisión del deber sea subsanada.

En la especie, el deber de legislar respecto de los procedimientos y métodos para calcular las compensaciones por jubilación, con respeto a los máximos previstos en la disposición transitoria, no está sujeto a un plazo definido; no obstante, la omisión ya ha sido subsanada por medio de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural. El ínterin entre la promulgación de la Constitución de la República y la de las leyes que cumplieron su mandato constituyen lo que Fernández Segado denomina "situación constitucional imperfecta", conocida como un caso de "silencio inoquo".”

¹⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia No.001-13-SIO-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO (acumulados), publicada en el Registro Oficial suplemento No.919 de 25 de marzo de 2013, cuya ponencia pertenece a la jueza WENDY MOLINA ANDRADE.

2.1.3.4.- POSEE NATURALEZA LEGISLATIVA SUBSIDIARIA Y TEMPORAL EN CASO DE OMISIONES ABSOLUTAS: A criterio de Laura RANGEL HERNÁNDEZ, la inconstitucionalidad por omisión absoluta surge cuando no se presenta ningún tipo de actividad legislativa, es decir, que aún cuando el órgano legisferante tiene el deber de emitir cierta normatividad de desarrollo, instrumentación o adecuación constitucional, simplemente no lo hace.¹⁹⁷ Similar criterio ha tenido el Tribunal Constitucional peruano al referirse a la omisión absoluta de acuerdo a lo que se cita:¹⁹⁸

“Las omisiones absolutas están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamental.”

La omisión inconstitucional absoluta no ha sido solo objeto de reconocimiento y regulación por parte del sistema constitucional ecuatoriano, sino que ha sido recogida en constituciones comparadas como ocurre con los casos de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia (art. 377), de Portugal (art. 279), de Venezuela (art. 336); sin embargo, como se estudiará *infra*, los efectos de su declaratoria por parte del órgano de control son distintos a los que a continuación se hacen presentes y que son propios del caso ecuatoriano.

En Ecuador, lo que sucede es que, de manera subsidiaria y excepcional, es decir, solamente ante la persistencia de la omisión absoluta luego de otorgado el plazo por la Corte Constitucional, esta puede reemplazar al órgano omiso en cuanto a su inactividad legislativa, dictando las reglas o normas pertinentes mediante sentencia, esto, con el objeto de garantizar la aplicación y vigencia de la norma constitucional. Ahora bien, lo regulado por la Magistratura no constituye norma definitiva, pues esta tiene vigencia hasta que el órgano competente para dictar la norma, efectivamente, cumpla con dicho cometido, con lo cual, lo regulado por la Corte queda sin efecto. En resumen, la inconstitucionalidad por omisión absoluta será un proceso de orden legislativo subsidiario cuando, solamente ante la persistencia de la omisión, la Corte Constitucional

¹⁹⁷ Óp.Cit., RANGEL HERNÁNDEZ, LAURA, p.73.

¹⁹⁸ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia No. 0006-2008-PI/TC.

dicte la normativa reemplazando al órgano competente para aquello y, además, será temporal porque lo regulado por la Magistratura tiene vigencia hasta cuando se dicte la norma definitiva por el órgano competente. En definitiva, como señala Néstor Pedro SAGÜES, la Constitución programa a la Corte Constitucional como un legislador precario y suplente.¹⁹⁹

La postura expuesta es compartida por Juan Francisco GUERRERO, autor que manifiesta que la inconstitucionalidad por omisión trae como consecuencia que el órgano encargado de ejercer esta modalidad de control constitucional asuma temporalmente las funciones de la institución o que ha incurrido en el incumplimiento para que, de esta manera, quede habilitado para suplir la omisión sin que aquello implique la asunción permanente de las atribuciones de la institución, órgano o funcionario que incurrió en la omisión.²⁰⁰

2.1.3.5.- POSEE NATURALEZA LEGISLATIVA DEFINITIVA EN CASO DE OMISIONES RELATIVAS: Las omisiones inconstitucionales relativas o parciales son, a criterio de Carlos BÁEZ SILVA, regulaciones normativas incompletas, lo que implica que el legislador ha creado la norma, ejerciendo su facultad de legislar y desarrollando los preceptos constitucionales; no obstante, en tal ejercicio, viola la Constitución al no contemplar, en sus supuestos de aplicación, a casos o sujetos a los cuales dicha ley debería ser aplicada.²⁰¹

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha señalado determinados requisitos que deben sobrevenir para la detección de la omisión inconstitucional relativa:²⁰²

“Para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición

¹⁹⁹ SAGÜES, NÉSTOR PEDRO: “Novedades sobre la inconstitucionalidad por omisión. La Corte Constitucional como legislador suplente y precario”, en Constitución y Proceso, p.543. Similar opinión puede obtenerse en el ensayo realizado por el autor del presente trabajo: “A propósito del neoconstitucionalismo: ¿Corte Inconstitucional para el período de transición?”, en Ruptura, libro No.54, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2011.

²⁰⁰ Óp.Cit., GUERRERO, JUAN FRANCISCO, pp.94-95.

²⁰¹ Cfr. Óp.Cit., BÁEZ SILVA, CARLOS, p.17

²⁰² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-185/02, dictada el 13 de marzo de 2002.

jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. La doctrina de esta Corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso.”

En el caso ecuatoriano, la omisión inconstitucional relativa implica la existencia de una norma de desarrollo constitucional que, efectivamente, ha sido dictada por el órgano competente; sin embargo, este realiza un ejercicio legislativo incompleto y arbitrario, vulnerando el texto constitucional. Ello es denominado como la omisión de *elementos normativos constitucionalmente relevantes* (art. 129.2 LOGJCC). No obstante, aquel señalamiento no puede conducir a la confusión entre los conceptos de omisión relativa, anomia, laguna normativa y antinomia.

En consecuencia, la omisión, en este caso, relativa es, como se dijo, un ejercicio legislativo incompleto, es decir, son, a criterio de Juan RUIZ MANERO y Ulises SCHMILL, *lagunas de orden axiológico*, pues en ellas, el sistema jurídico contiene una regla que soluciona un caso, pero en la misma se obvian considerar determinados elementos o propiedades consideradas relevantes, de acuerdo con los principios de dicho sistema.

Siguiendo el criterio de los citados autores, en cambio, la *anomia* se evidencia cuando se presentan acciones o circunstancias no reguladas y, por ello, carentes de *status* normativo, por lo que aquellas no se ven afectadas por ninguna norma del sistema, pues dicha conducta es ajena al ámbito jurídico. Por otro lado, continúan los autores, la *laguna normativa*, diferente a la axiológica, se torna visible cuando alguna propiedad perteneciente al universo de propiedades del sistema jurídico no tiene prevista una solución normativa dentro de las reglas que componen el sistema jurídico, ya que aquellas guardan silencio. La *antinomia* se presenta cuando existen casos cubiertos por dos reglas jurídicas incompatibles, las cuales, por tanto, generan conflictos entre sí, por lo que el sistema jurídico prevé reglas de solución para tales predicamentos.²⁰³

A pesar de las precisiones anotadas, la Corte Constitucional, al analizar la omisión relativa, confundió los conceptos antes analizados:²⁰⁴

“Frente a la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República, surge la inquietud de que si como producto de una aparente omisión legislativa existen lagunas o antinomias en el marco constitucional y legal vigente, producto de la inobservancia de este deber por parte del legislador.

Frente a aquello debemos determinar la diferenciación entre lagunas y antinomias. Al respecto, el profesor Manuel Peña Freire menciona: “*La localización de lagunas respecto de lo establecido por la constitución va referida a la garantía frente a la inactividad del legislativo, mientras que la localización de antinomias apunta a la garantía frente a las normas vigentes pero no válidas, que presuponen, en cualquier caso, un acto legislativo expreso*”.

El primer elemento a ser despejado y conforme se determinó en el problema jurídico anterior hace referencia a una posible laguna generada por el legislador al haber omitido su deber de aprobar las leyes demandadas por el legitimado

²⁰³ Cfr. MANERO RUIZ, JUAN y SCHMILL, ULISES, *El juez y las lagunas del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 6,7,8,9,16,17,36,47,48.

²⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso No. 0001-10-IO, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 378 de 4 de febrero de 2011, cuya ponencia pertenece al entonces juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

activo, contenidas en la Disposición Transitoria Primera del texto constitucional, dentro de los plazos establecidos en la disposición precitada.

En aquel sentido, debido a la omisión legislativa se tiende a crear un vacío normativo que no ha sido subsanado por disposición normativa alguna, es decir, cuando hablamos de laguna nos encontramos frente a un caso desprovisto de regulación.

“[...] Si lo incumplido, es la obligación de actuar normativamente para desarrollar un derecho social, el resultado será la aparición de una laguna, es decir, un caso aparentemente desprovisto de regulación.”

En otro caso, la Magistratura insistió y ahondó en dicha confusión al señalar lo que se cita:²⁰⁵

“Pero antes, como punto preliminar, es importante diferenciar entre el concepto omisión y el concepto laguna o anomia. Como es sabido, las constituciones ordenan la acción de los poderes públicos para crear situaciones que sean coherentes con sus postulados, pero también mandan a corregir el status quo en tanto sea contradictorio con el programa político que esta plantea. Lo dicho, vertido en el molde de la teoría de las normas, implica que la Constitución manda a crear proposiciones jurídicas, pero también a modificarlas y derogarlas. El razonamiento anterior implica que la omisión inconstitucional no solamente provoca lagunas, sino también puede provocar antinomias; por lo tanto, entre la "omisión " como inacción o abstención y la "laguna", como ausencia de regulación, existe una relación de causa-efecto, o si se quiere, de hecho-consecuencia, mas no de identidad, como se podría pensar.”

Ahora bien, el legislador se encargó de delimitar el campo de control por parte de la Corte Constitucional, pues la detección de omisiones relativas refiere, exclusivamente, a la determinación o eliminación de *exclusiones arbitrarias de beneficios*, lo que implica, según el legislador, que la norma ha omitido hipótesis o situaciones que deberían estar

²⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia No.001-13-SIO-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO (acumulados), publicada en el Registro Oficial suplemento No.919 de 25 de marzo de 2013, cuya ponencia pertenece a la jueza WENDY MOLINA ANDRADE.

subsumidas dentro del precepto jurídico, cuando, además, no existe razón válida para tal exclusión (art. 129.2 segundo inciso LOGJCC).²⁰⁶ En consecuencia, el remedio constitucional implementado por el legislador para solventar este tipo de omisión inconstitucional es definitivo pues, al existir aquella, la Corte Constitucional subsana la omisión mediante la vía de las sentencias manipulativas, en este caso, de constitucionalidad condicionada.²⁰⁷

²⁰⁶ En torno al tópico de la exclusión arbitraria de beneficios, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, en su ensayo intitulado La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?, en Inconstitucionalidad por Omisión”, señala que no solo la ausencia de regulación puede dar lugar a la omisión legislativa inconstitucional, sino que también la violación de principios materiales de la Constitución por una norma legal que, por ejemplo, excluya arbitrariamente de un determinado beneficio a un colectivo social, caería dentro de la categoría de la omisión legislativa inconstitucional, es este supuesto por exclusión arbitraria, lo que implica una actuación parcial que disciplina solo algunas de las relaciones y no otras análogas con la consiguiente lesión del principio de igualdad.

²⁰⁷ Este tipo de fallos refieren a lo que JAVIER DÍAZ REVORIO, en su obra denominada Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional, define como sentencias interpretativas de desestimación, pues, en este caso, el fallo declara la constitucionalidad del precepto siempre y cuando se interprete en la forma o en el sentido que el Tribunal o Corte Constitucional señala, normalmente, por remisión a los fundamentos jurídicos que se incluyen en la sentencia misma.

En referencia al mecanismo del condicionamiento de la constitucionalidad de las normas, la Corte Constitucional ha manifestado, en Sentencia No. 030-10-SCN-CC, dictada dentro del caso No. 0056-10-CN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 359 de 10 de Enero del 2011, lo que sigue:

“Efectivamente, tal y como está prevista la norma acusada deviene en inconstitucional, por limitar el derecho al acceso a la administración de justicia.

Es claro para la Corte que la inconstitucionalidad está dada en función del momento en que se exige la rendición de la caución, mas no el cobro en sí mismo, por cuanto no se afecta el mandato constitucional de gratuidad en la administración de justicia.

La Corte, en reiteradas oportunidades, ha venido sosteniendo el carácter de último ratio de la declaratoria de inconstitucionalidad, priorizando la tarea del legislador y pregonando por la conservación del derecho; es así como se encuentra plenamente justificada la adopción de sentencias constitucionales modulativas, que tiene como propósito garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional (artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

Ante este hecho, es necesario que la Corte encuentre una solución adecuada al problema de inconstitucionalidad planteado, que no puede darse con la declaratoria de inconstitucionalidad plena, por ser una solución extrema y que no ofrece mayores respuestas al problema de inconstitucionalidad que se ha planteado al juez constitucional. En ese sentido, la Corte, en virtud de lo señalado ut supra y siguiendo la línea de anteriores sentencias, por considerar que la declaratoria de inconstitucionalidad es de "ultima ratio", recurrirá al uso de la herramienta prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es el uso de "sentencias modulativas", para mantener la norma demandada en el ordenamiento, condicionando su permanencia a la interpretación que realizará esta Corte,

2.2.-SOBRE EL OBJETO

2.2.1.- EN TORNO A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN POR OMISIÓN

La acción de protección por omisión tiene por objeto, en virtud de su naturaleza de garantía jurisdiccional, la protección directa e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución cuando estos, fruto de dicha inacción, resulten conculcados. Aunque, desde la óptica del constituyente, los derechos humanos contemplados en instrumentos internacionales no serían objeto de protección por parte de aquella (art. 88 CE). Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional amplió y, a la vez, restringió el ámbito de aplicación de este mecanismo constitucional en materia de protección de derechos.

Se hace presente una ampliación porque, con acierto, el legislador incluyó, dentro del objeto de la acción de protección, a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Este criterio fue sostenido por la Magistratura al señalar lo siguiente²⁰⁸:

favoreciendo el principio de conservación de la ley. Como bien lo señalan algunos sectores de la doctrina, el uso de estas sentencias justifica la labor de los jueces constitucionales en el entendido de que "... (se) neutraliza la parte insana del contenido normativo y garantiza la continuidad del precepto en el ordenamiento, pero en armonía con la parte sana de su contenido normativo. Gracias a la operación cumplida ese contenido normativo sobrevive, aunque reducido en su extensión original, pues, se repite, su parte inconstitucional es neutralizada".

Respecto al caso ecuatoriano, se considera poco adecuado que el legislador proponga, como solución frente a omisiones relativas, la emisión de sentencias de constitucionalidad condicionada, cuando, en realidad, lo propio debió ser, en todo caso, dejar la posibilidad de que la Corte Constitucional emita sentencias manipulativas de tipo aditivo que, en doctrina, son las más aplicables a solucionar el caso de las omisiones inconstitucionales relativas, pues en estas se declara que el precepto es inconstitucional en la parte en que o en cuanto no establece, no prevé, no incluye o excluye algo que, constitucionalmente, debió estar presente, por lo que, en este caso, el órgano de control de constitucionalidad adhiere o incluye aquello que, de acuerdo a su criterio interpretativo, debería estar constando en la norma con la finalidad de que esta resulte ser compatible con la Constitución. Este es un remedio propio del sistema constitucional italiano, el cual ha sido empleado por su Corte Constitucional desde antiguo en varios de sus fallos, como por ejemplo las Sentencias No. 168 de 12 de diciembre de 1963, 6 de 19 de enero de 1966, 64 de 13 de abril de 1972, 561 de 10 de diciembre de 1987 y 1 de 14 de octubre de 1998. Asimismo, aunque con menos frecuencia, el Tribunal Constitucional de España ha implementado este tipo de fallos en sus decisiones, por ejemplo, las Sentencias No. SSTC 29/1986 de 20 de febrero, SSTC 116/1987 de 7 de julio y SSTC 40/1998 de 19 de febrero.

²⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 204-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1274-10-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No.781 de 4 de septiembre de 2012, cuya ponencia pertenece al ex juez HERNANDO MORALES VINUEZA.

“La Constitución de la República dispone que la acción de protección tiene por objeto: "el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución" (artículo 88). Concordante con esta norma, el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que dicha acción tiene por objeto "el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos..."

También se impuso una restricción, ciertamente, innecesaria: que todos aquellos derechos no deban estar sujetos al amparo de otra garantía jurisdiccional, cuestión que no limita el objeto de protección de esta acción constitucional, pues impone una reserva de derechos incomprensible respecto de cada garantía, lo cual, tonaría a la acción de protección en improcedente frente al resto de acciones constitucionales que buscan la protección de derechos (art. 39 LOGJCC). Al respecto se considera que dicha restricción no sería necesaria si en la Ley se regulan, con claridad, los casos de procedencia e improcedencia de cada garantía, así como el objeto y ámbito de aplicación de las mismas, sin importar si una u otro protegen el mismo derecho.

En este sentido, la Corte Constitucional, en lugar de observar los principios constitucionales de aplicación de derechos, decidió aplicar el criterio del legislador y limitar el objeto de la acción de protección, al determinar lo que sigue:

“Es evidente que mediante esta acción puede ser protegido cualquier derecho (excluidos los de libertad y los de información personal y pública, que pueden ser tutelados por las acciones de hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información, respectivamente) por vulneración proveniente no solo de autoridades de las funciones del Estado, excepto la judicial, sino de particulares.”²⁰⁹

2.2.2.- EN TORNO A LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La acción por incumplimiento, en cambio, tiene como objeto la aplicación de normas infraconstitucionales, actos administrativos de carácter general y resoluciones-sean

²⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 013-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0232-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 638 de 21 de Julio del 2009, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VITERI OLVERA.

sentencias o informes- emitidos en materia de derechos humanos que no puedan ser ejecutables por vías judiciales ordinarias y que, además, impongan una obligación clara, expresa y exigible de hacer o no hacer (arts. 93, 436.5 CE, 52 LOGJCC).²¹⁰

Por otro lado, lo que no puede ocurrir, como ya se hizo presente, es que el objeto de esta acción constitucional sea la protección de derechos fundamentales, pues no es una garantía jurisdiccional pese a su ubicación en el texto constitucional y, además, porque su proposición con esta finalidad constituye una de sus causales de improcedencia.

A pesar de lo señalado, la Corte Constitucional, mediante su jurisprudencia, ha incluido dentro del objeto de esta acción constitucional, varios actos, los cuales no se enmarcan en los anteriormente anotados.

En este sentido, por ejemplo, la Magistratura ha aceptado acciones por incumplimiento respecto de dictámenes emitidos por el procurador general del Estado a los cuales, inclusive, los categorizó como normas jurídicas pese a existir precedentes dictados por el ex Tribunal Constitucional que manifestaban otra postura, por lo que no solo que amplió el objeto de esta acción sino que, además, inobservó sus propios precedentes, violando la regla *stare decisis*:²¹¹

“Resta por analizar a la “norma” como última categoría primaria de expresión de los actos jurídicos de la administración. En este sentido hay dos posiciones contrapuestas: por una parte Rafael Oyarte caracteriza a la norma por su generalidad, universalidad, abstracción, obligatoriedad y permanencia; mientras que la doctrina administrativista española cuestiona esta posición clásica y señala que “lo que caracteriza a la norma jurídica no es su abstracción y generalidad, sino que crea Derecho objetivo.”

En tal línea de ideas, “[e]l Derecho objetivo es pauta, regla, escala según el cual se fundamenta que del comportamiento de los sujetos, bajo un supuesto de hecho, resulten derecho y deberes. El Derecho objetivo fundamental que bajo los supuestos designados por él se desarrollan derechos y deberes. El Derecho objetivo es el que

²¹⁰ *Vid. Supra*, Capítulo II.

²¹¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No.0005-08-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 566 de 8 de Abril del 2009, cuya ponencia pertenece a la jueza RUTH SENI PINOARGOTE.

crea la razón jurídica suficiente para engarzar con un determinado supuesto de hecho, determinados derechos y deberes que nacen, perduran y desaparecen con éste. El Derecho Objetivo es el único que fundamenta y crea derechos subjetivos y deberes.”

En la especie: antes del dictamen del Procurador, el artículo 23 de la Ley de Discapacidades estaba vigente y con plenos efectos, es decir, se reconocían los beneficios tributarios correspondientes para la importación de vehículos no ortopédicos de hasta 3 años anteriores al modelo de la fecha de autorización. Después del dictamen del señor Procurador, el beneficio tributario se extinguió. Por consiguiente, el Derecho objetivo se modificó y el dictamen del Procurador para esos efectos debe ser considerado como una norma (...).”

Por otro lado, la Corte Constitucional ha sido ambigua, por ejemplo, en cuanto a la conceptualización de los Mandatos Constituyentes. Sin embargo, aunque la regla general ha sido aceptarlos como normas jurídicas, el organismo de control no ha sido claro en cuanto a su naturaleza jurídica ni a su posibilidad de impugnación en caso de su incumplimiento. En tal virtud, en un pronunciamiento, calificó a estos como actos normativos con prevalencia jurídica sobre cualquier norma, mismos que no son susceptibles de impugnación:²¹²

“De esta manera, el contenido de la Amnistía del 14 de marzo del 2008, denominada “Derechos Humanos Criminalizados”, emitido por la Asamblea Constituyente, en concordancia con el Mandato N.º 1, artículos 2 y 3, tiene el carácter de vinculante y posee superioridad jerárquica ante los poderes constituidos, ya que emanó del Pleno de la instancia constituyente y en ejercicio de sus plenos poderes, –incluido el legislativo– por tanto, la Amnistía objeto de análisis conforma el sistema jurídico ecuatoriano y posee una disposición clara de hacer, en función de los beneficiarios y destinatarios de la Amnistía, investido de la máxima jerarquía jurídica, por lo que no está sujeto a impugnación y tampoco es susceptible de incumplimiento por autoridad alguna del poder estatal instituido.

²¹² Corte Constitucional, Sentencia No. 004-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No.0001-08-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 43 de 8 de Octubre del 2009, cuya ponencia pertenece al juez PATRICIO PAZMIÑO FREIRE.

Por otro lado, partiendo de la aplicación jurídica de la subsunción, al emanarse la Amnistía N.º 4 denominada “Derechos Humanos Criminalizados”, conforme el Mandato N.º 1, se convierte en norma constitutiva del sistema jurídico ecuatoriano y tampoco puede ser susceptible de impugnación alguna por ningún poder constituido, sino tan solo susceptible de aplicación, cotejándolo con el listado de beneficiarios de la misma.”

Dentro de otro caso, en cambio, la Magistratura catalogó a estos mismos actos como leyes orgánicas, dejando a salvo, entonces, su posible impugnación:²¹³

“Resulta trascendente ponderar que el Mandato Constituyente No. 2, y en particular de su artículo 8, tiene el carácter de ley orgánica, razón por la cual posee la representación de generalidad, en armonía con la rigidez característica de nuestra Constitución de la República. El carácter de generalidad establece destinatarios con una pluralidad indeterminada o general, lo contrario al carácter singular, cuyo receptor es una persona individual y concreta.”

Asimismo, en otro caso, la Corte Constitucional concedió acción por incumplimiento respecto de una resolución emitida por el ex Tribunal Constitucional, dentro de un amparo constitucional, sin tomar en cuenta que, mediante esta acción constitucional, no es factible exigir el cumplimiento de sentencias, salvo el caso de que sean emitidas por organismos internacionales de derechos humanos y que no puedan cumplirse por otra vía:²¹⁴

“**NOVENA.-** En consideración de los antecedentes narrados, es evidente que la Resolución N.º 0565-08-RA, del 8 de octubre del 2008, expedida por la Segunda Sala del extinto Tribunal Constitucional que concedió el amparo constitucional presentado por el señor Diego Antonio Castro Freire, en su calidad de procurador común de 198 trabajadores, no ha sido acatada en su verdadero sentido y alcance, a pesar de que su efecto es de cumplimiento inmediato.

²¹³ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-10-SAN-CC, dictada dentro del caso No.0040-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 196 de 19 de Mayo del 2010, cuya ponencia pertenece al ex juez ROBERTO BHRUNIS LEMARIE.

²¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia No.003-09-SAN-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-09-IS y 0018-09-AN (acumuladas), publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 577 de 24 de Abril del 2009, cuya ponencia pertenece al ex juez PATRICIO HERRERA BETANOCURT.

DÉCIMA.- Por lo tanto, a fin de dar cumplimiento a la Resolución N.º 0565-08-RA, que ordena el pago de utilidades a los 198 trabajadores accionantes, es necesario, sobre la base de la lista de trabajadores que continuaron prestando sus servicios a la Empresa CONAZUL, durante el ejercicio fiscal 2007, y que tienen derecho a las utilidades ya depositadas en la cuenta del Ministerio del Trabajo y Empleo, se proceda a realizar una reliquidación, por cuanto estos trabajadores (109) recibieron las utilidades del año 2006 en exceso.”

En otro pronunciamiento, el órgano de control constitucional rechazó una acción por incumplimiento argumentando que la norma cuyo cumplimiento se exigía (Ley Orgánica de Régimen Municipal), propia del sistema pretérito, no era propia de aquella acción, pues esta fue prevista en el texto fundamental de 2008, sin tomar en cuenta que ni el marco constitucional ni legal hacen exclusión alguna respecto a las normas cuyo cumplimiento pueda solicitar y que, por tanto, al estar vigente aún (por no haber sido derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización), era objeto de cumplimiento mediante aquella vía constitucional. Por tanto, de acuerdo con el criterio que se cita, toda norma jurídica preconstitucional omitida no es susceptible de acción por incumplimiento:²¹⁵

“La acción que nos ocupa, al impugnar o señalar que se ha incumplido una norma, disposición legal que data del año 2004, año en el cual estaba en vigencia la anterior Constitución Política de 1998, la Corte evidencia que en la Carta Suprema referida no estaba prevista la acción jurisdiccional por incumplimiento, la misma que como quedó indicado en el punto referente al marco general de este tipo de acción constitucional, no estaba contemplada, ya que se la incorpora recién en el marco de la entrada en vigencia de la actual Constitución (20 de octubre del 2008); por ende, a partir de la actual Constitución recién entra en marcha y/o aplicación la presente Acción por Incumplimiento.

Tomando en cuenta la norma constitucional citada, la Corte evidencia que en el presente caso, al haberse presentado la Acción por Incumplimiento entorno a una disposición legal que data del año 2004 cuando no estaba prevista tal acción

²¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia No.005-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0026-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 54 de 26 de Octubre del 2009, cuya ponencia pertenece a al ex jueza NINA PACARI VEGA.

jurisdiccional constitucional, y cuando la disposición en cuestión determinaba una obligación a un organismo (Consejo Nacional de la Judicatura) que ya no existe por la reforma y/o derogatoria del marco legal correspondiente, y cuando el sistema de registro en la actualidad corresponde a otras entidades (Función Ejecutiva y Municipios) no se puede hablar de incumplimiento a tal disposición legal por parte del Consejo Nacional de la Judicatura.”

2.2.3.- EN TORNO A LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La omisión inconstitucional, en Ecuador, tiene por objeto la protección de la Constitución en cuanto esta es norma fundamental y suprema dentro del orden jurídico. En tal virtud, esta acción se orienta a detectar y sancionar el incumplimiento o inobservancia de preceptos o mandatos constitucionales cuando órganos del poder público con competencia normativa han obviado desarrollar la norma cuyo mandato de legislar consta en la Ley Fundamental, o, incluso, como ha previsto el constituyente de forma más amplia, existen mandatos constitucionales que no ordenan la expedición de normas y estos son omitidos por parte de alguna institución estatal (arts. 436.10 CE y 128 LOGJCC). Por esta razón se señaló que la inconstitucionalidad por omisión, en el sistema ecuatoriano, no solo tiene por objeto, como ocurre en otros países, la sanción ante la mora legislativa, sino que amplía su objeto hacia la omisión de otros mandatos constitucionales. En todo caso, como se revisó, el tipo de mandato constitucional objeto de este instituto es de aquellos que la doctrina denomina como normas de eficacia aplazada.²¹⁶

3.- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA ACTIVA²¹⁷

²¹⁶ *Vid. Supra.*, Capítulo II.

²¹⁷ Generalmente, la doctrina procesal suele distinguir entre los conceptos de legitimación en la causa con la legitimación en el proceso. En este sentido JOSÉ OVALLE FAVELA señala que la legitimación en la causa es la condición particular y concreta de las partes, que se deriva de su vinculación con el litigio objeto del proceso de que se trate. Asimismo, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA señala que tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez. Por ello, la legitimación en la causa puede ser activa o pasiva, será activa cuando quien propone la acción ejerce sus derechos subjetivos y los plasma en una pretensión, mientras que será pasiva o habrá legítimo contradictor cuando contra quien se dirige la pretensión está en la capacidad y resguardo legal para contradecirla, es decir, implica el ejercer el derecho del actor a demandar y del accionado a contestar dicha demanda.

3.1.- EL CASO DE LAS GARANTÍAS DE DERECHOS: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO:²¹⁸

La Constitución resulta tener contradicciones en materia de legitimación activa respecto de garantías de derechos. Por un lado, el texto fundamental reconoce legitimación para cualquier persona, grupo de personas, comunidades, pueblos y nacionalidades (art. 86.1 CE). No obstante, en lo posterior, la Constitución misma restringe esta amplia legitimación, dejándola a favor, solamente, de los ciudadanos, quienes pueden presentar acciones constitucionales de manera individual o colectiva (art. 440 CE).

En el caso de la acción de protección y la acción por incumplimiento, al ser, constitucionalmente, garantías de derechos, les es aplicable el régimen general de normas que regula la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En este sentido, bien hizo el legislador en mantener el criterio amplio del constituyente respecto de la legitimación activa para la activación de las garantías de derechos, por lo que, en todo caso, se ratifica que cualquier persona, colectivo, comunidad, pueblo o nacionalidad puede proponer las acciones en comento, sea por sí misma o mediante apoderado o representante (art. 9 LOGJCC).

Aunque, si bien, por una parte, la Constitución y la ley reconocen legitimación activa amplia respecto de las garantías de derechos, la Corte Constitucional ha optado por aplicar el criterio restrictivo impuesto por el constituyente de la forma en que se cita:²¹⁹

“Los recurrentes se encuentran plenamente legitimados para proponer la presente acción por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, al cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 439 de la Constitución de la República, que expone: *“Las acciones constitucionales*

Por otro lado, la legitimación en el proceso es para OVALLE FAVELA la aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro. Es decir, la legitimación en el proceso comprende tanto a la capacidad procesal, como a la aptitud que tienen las personas que actúan en representación de otros, ya sea por carencia de capacidad procesal o por una representación voluntaria.

²¹⁸ Se hace referencia a las dos acciones constitucionales, únicamente, para establecer, procesalmente, el régimen de legitimación activa aplicable a aquellas por ser consideradas por el constituyente como garantías de derechos, so pena de que el presente trabajo ya estableció que la acción por incumplimiento no reúne las características de una garantía de derechos.

²¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 006-10-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0109-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 370 de 25 de Enero del 2011, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VITERI OLVERA.

podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente””.

3.1.1.- EN CASO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS INDIVIDUALES

En caso de omisión o incumplimiento de un acto, el motive la proposición de una acción de protección o de una acción por incumplimiento respectivamente, quien resulte afectado, directamente, por aquel y, por tanto, sus derechos resulten lesionados, se encuentra legitimado para activar la jurisdicción constitucional para conseguir el amparo de los mismos mediante dichas acciones; no obstante, este argumento no excluye la posibilidad de que una persona pueda proponer una acción en nombre y representación del afectado siempre que este último lo consienta.

3.1.1.1.- LA PERSONA NATURAL POR SÍ MISMA: Los derechos y libertades individuales bien pueden ser defendidos por el directamente afectado por la omisión ilegítima o el incumplimiento. Sin embargo, lo que no puede ocurrir es que se presenten estas acciones constitucionales cuando las omisiones o incumplimientos no afecten al peticionario.

Asimismo, ocurre que la Constitución permite que, quien active la jurisdicción constitucional mediante este tipo de garantías, lo haga, incluso, sin necesidad de contar con el patrocinio de un abogado, así como tampoco requiere determinar las normas vulneradas con aquellas inactividades (arts. 86.2, letra c) CE y 8.7 LOGJCC).

Por otro lado, en caso de que la omisión o el incumplimiento provenga de un órgano del poder público, los argumentos del accionante se presumen ciertos cuando dicha institución no demuestre lo contrario o no suministre información; asimismo, cuando la omisión proviene de un particular en materia de daño ambiental o discriminación, lo cual implica una suerte de inversión de la carga probatoria en beneficio del legitimado activo quien, a diferencia del sistema anterior, no precisa de demostrar que ha existido la omisión o el incumplimiento (arts. 86.3 CE y 16 LOGJCC). A pesar de que no es necesaria la demostración de la existencia de omisión en los casos anotados, lo que sí es vinculante para el accionante es la demostración del daño que aquella produce respecto a los derechos vulnerados (art. 9 LOGJCC).

3.1.1.2.- LA PERSONA NATURAL POR APODERADO: Asimismo, los derechos individuales pueden ser exigidos por terceros a nombre del directamente afectado por la omisión o el incumplimiento, esto es, mediante apoderado, el cual debe poseer facultad para proponer acciones judiciales en favor del poderdante. Sin embargo, lo que sí ocurre es que el directamente afectado por la omisión o el incumplimiento puede comparecer al proceso en cualquier momento, incluso, modificar la demanda, desistir de la acción e interponer los recursos que la ley franquea aunque aquel no haya comparecido al proceso anteriormente (art. 11 LOGJCC).

3.1.1.3.- LA PERSONA JURÍDICA POR REPRESENTANTE LEGAL: La Constitución, al referirse a la legitimación activa amplia en materia de garantías de derechos, lo hace sin distinción alguna. Esto implica que, cualquier persona, sea natural o jurídica, nacional o extranjera, puede proponer acciones constitucionales con el objetivo de la defensa de sus derechos individuales (arts. 86.1 CE, 9.1 LOGJCC, 40 y 42 CC).

En este sentido, la doctrina ha sido enfática al señalar la procedencia de acciones constitucionales propuestas por personas jurídicas.²²⁰ Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, en un inicio, pretendió negar esta posibilidad²²¹, aunque, con acierto y rapidez, se corrigió este equívoco por parte del ex Tribunal Constitucional, al conceder, por ejemplo, acciones de amparo propuestas por personas jurídicas, señalando que una garantía en esta sede es viable en favor de estas personas cuando el derecho que se alega vulnerado tiene por titular a aquella, quedando, a consecuencia de dicho criterio, excluidos los derechos humanos.²²²

Actualmente, la Corte Constitucional ha optado por reconocer legitimación activa para personas jurídicas en materia de garantías de derechos, aunque lo ha hecho sin hacer la distinción que, en su momento, la hizo el entonces Tribunal Constitucional:²²³

²²⁰ Argumentos a favor respecto de esta postura se pueden encontrar en la obra del profesor RAFAEL OYARTE MARTÍNEZ: La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina, ya citada en este trabajo.

²²¹ Resolución No. 024-RA-00-IS y Resolución No. 009-RA-00-IS dictadas por el ex Tribunal Constitucional.

²²² Resolución No. 025-99-TP y Resolución No. 009-RA-00-IS dictadas por el ex Tribunal Constitucional

²²³ Corte Constitucional, Sentencia No. 014-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0371-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 192 de 13 de mayo de 2010, cuya ponencia pertenece al ex juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

“El artículo 86 de la Constitución de la República, al referirse a las garantías jurisdiccionales, en las disposiciones comunes, refiere que cualquier persona puede interponer las acciones previstas en la Constitución, es decir, pueden ser naturales o jurídicas, como es el caso de la compañía AUTECH S.A. (...).”²²⁴

Lo que no ha ocurrido es que la Magistratura delimite, jurisprudencialmente, los personeros que actúan a nombre y representación de la persona jurídica, ni la forma en que estos o su órgano de presentación debía legitimar su intervención en el proceso. Estas cuestiones sí fueron debidamente analizadas por el ex Tribunal Constitucional, quien señaló que, en el caso de proposición de acciones constitucionales por parte de personas jurídicas, quien debía actuar a nombre de aquellas, es su representante legal²²⁵, el cual legitimaba su participación entregando copias certificadas de su nombramiento.²²⁶

3.1.2.- EN CASO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE GRUPOS DE PERSONAS, COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES

Por otro lado, la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional también reconocen legitimación activa para grupos de personas (que bien podrían ser aquellos a los que la Constitución califica como grupos de atención prioritaria o bien pueden ser agrupaciones de individuos unidos, precariamente, por motivos de índole laboral, académica o de clase), comunidades, pueblos y nacionalidades (estos, en cambio, se han unido por vínculos de pertenencia, es decir, por compartir creencias, costumbres, cultura, lengua, entre otros aspectos), agrupaciones que pueden actuar por sí mismas o mediante representante o apoderado (arts. 86.1 CE y 9.1 LOGJCC).

²²⁴ Esta postura fue ratificada por la Magistratura en varios fallos: Sentencia No. 023-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0490-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 202 de 28 de mayo de 2010, Sentencia No. 020-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0583-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 228 de 5 de julio de 2010, No. 033-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0167-10-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 258 de 17 de agosto de 2010 y Sentencia No. 050-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0193-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 331 de 30 de noviembre de 2010.

²²⁵ Resolución No. 0135-2004-RA y Resolución No. 809-2002-RA dictadas por el ex Tribunal Constitucional.

²²⁶ Resolución No. 0101-2003-RA dictada por el ex Tribunal Constitucional.

En tal virtud, este tipo de agrupaciones cuentan con un cúmulo de derechos específicos y propios a cada uno, lo cual induce a pensar que, estas organizaciones no estarían legitimadas para hacer valer derechos o libertades individuales, sino, solamente, aquellos que la Constitución y los instrumentos de derechos humanos consagran como derechos propios del colectivo, lo que implica, entonces, que la omisión ilegítima o el acto incumplido deberá afectar, directamente, a los derechos del grupo y no de quienes lo componen.²²⁷ Sin embargo, se debe hacer presente que cada integrante de dicha agrupación, como sujeto individual, sí es titular de derechos subjetivos constitucionales, pero aquellos no pueden ser tutelados bajo legitimación activa grupal, sino personal en los términos ya esbozados, pues hacer lo contrario tornaría en inadmisibles la proposición de una acción de protección por omisión o acción por incumplimiento si, en base a legitimación activa colectiva, se pretenden amparar derechos individuales.²²⁸

3.1.2.1.- EL COLECTIVO POR SÍ MISMO: En consideración con lo anterior, la actuación del grupo o colectivo por sí mismo implica, en todo caso, que aquel no ha recurrido al designación de una persona que ostente representación y actúe, en tal virtud, a su nombre (art. 9.1 LOGJCC). El criterio vertido por el legislador, entonces, imposibilitaría la comparecencia del colectivo como tal, si se tiene presente que aquel se compone de personas naturales, por lo que, más bien, lo adecuado debió ser el reconocimiento de legitimación activa para aquellos grupos pero siempre mediante un representante o apoderado debidamente legitimado para desarrollar tales actuaciones.²²⁹

En este sentido, la Corte Constitucional no ha delimitado la vía de procedencia de garantías de derechos cuando un colectivo obre por sí mismo. No obstante, a criterio de la Magistratura, esta legitimación procede mediante la comparecencia directa de cada integrante del grupo por sus propios derechos pero obrando como colectivo organizado, lo cual, se insiste, desdibuja la posibilidad de que un colectivo comparezca por sí mismo, pues los derechos de colectivos y de comunidades no son inherentes a sus

²²⁷ Estos son conocidos por la doctrina como grupos indeterminados sin representación. Al respecto, OSVALDO A. GONZAÍNI ofrece un criterio contrario al expuesto en este trabajo, dejando abierta la posibilidad de que se aplique legitimación activa colectiva para proteger derechos individuales. En todo caso, sobre este tópico, el lector puede revisar la obra: Los Problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales, cuyo autor ha sido mencionado.

²²⁸ Al respecto, la Constitución consagra y reconoce derechos para este tipo de colectivos entre los artículos 35 a 60.

²²⁹ Al respecto, tales señalamientos fueron hechos por el ex Tribunal Constitucional en Resolución No. 121-2001-TP y Resolución No. 447-RA-IS.

individuos, sino a todo el grupo, lo que inhabilita a sus integrantes a hacer valer, por sus propios derechos, aquellas prerrogativas propias de la agrupación a la que se deben. En todo caso, la Magistratura ha señalado lo que sigue:²³⁰

“La presente acción de incumplimiento fue presentada por los señores: María Eva Toapanta Jaigua, José Ricardo Sandoval Viana, Patricio Manuel Chushig Chushig, Manuel Anibal Pilataxi Llumiquinga, Rosa Elvira Tarco Zapata, Mónica Yolanda Guañuna Guamán, Mayra Verónica Vega Males, Graciela Grimaneza León Cunín y Margarita Azucena Villagómez Padilla, por sus propios derechos, ante la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con fecha 20 de enero del 2009, en contra de la ingeniera Mónica Yolanda Melo Marín, en su calidad de Gerente de la Empresa Metropolitana de Aseo EMASEO; de la doctora Margarita de la Cueva, en su calidad de Gerente de Recursos Humanos de EMASEO; del General Paco Moncayo Gallegos, en su calidad de Alcalde Metropolitano de Quito, y del doctor Carlos Jaramillo Díaz, en calidad de Procurador Síndico Municipal, por incumplir lo dispuesto en el Mandato 8.”

3.1.2.2.- EL COLECTIVO POR REPRESENTANTE O APODERADO: Conforme lo señalado, se hace presente determinar que, en el caso de la de acción de protección por omisión y la acción por incumplimiento que fueren propuestas por agrupaciones, la única manera de legitimar su comparecencia ante la justicia constitucional es actuando mediante un representante designado por el colectivo, comunidad, pueblo o nacionalidad o, a su vez, mediante el otorgamiento de poder a un tercero para que sea este el que cuente con facultad suficiente para representar al grupo en instancia jurisdiccional.

Pese a lo señalado, la Corte Constitucional, en franca confusión entre la teoría del derecho subjetivo con la procedencia de una garantía de derechos mediante legitimación activa grupal o colectiva, ha establecido que, en caso de acciones constitucionales propuestas por colectivos, no se requiere que exista representante o que, habiéndolo, este no requiere legitimar su calidad de tal, postura con la cual no se comparte en virtud

²³⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 002-10-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0005-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 724 de 14 de Junio del 2012, cuya ponencia pertenece al ex juez EDGAR ZÁRATE ZÁRATE.

de que admitir esta postura acarrea serios dilemas a la hora de determinar qué derechos pretenden ser protegidos²³¹;²³²

“El primer aspecto a ser dilucidado por esta Corte Constitucional es aquel relacionado con una de las alegaciones esgrimidas por el accionante, y que guarda alusión con la legitimación activa en la acción de protección de derechos constitucionales.

[...] El accionante dice que comparece en calidad de representante de los estudiantes y graduados de la ex universidad y acompaña a su libelo de acción una fotocopia de certificación de la secretaria Dra. Inés Castillo de fecha 11 de abril de 200 que certifica la elección de los representantes de la UCCE. Sin embargo no existe documento alguno que certifique a la mencionada señora Inés Castillo como empleada de la ex universidad y mucho menos que la señora sea la autorizada para emitir certificaciones de la extinta institución por lo que mal puede el señor Edison Vélez endosarse la calidad de representante de los graduados de la ex universidad, el juez en forma por demás vergonzosa, no califica ni se pronuncia al respecto a pesar de haber el compareciente impugnado tal representación y la falta de legalidad del mismo (el subrayado es nuestro).

La aseveración del accionante en el caso *sub iudice*, parte de la confusión entre lo que fue la legitimación activa en la acción de amparo constitucional, y el acceso a las nuevas garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, entre ellas, la acción de protección. De conformidad con el contenido previsto en el artículo 95 de la Constitución Política de 1998, la acción de amparo constitucional podía ser activada por cualquier persona *por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad*. Es decir, el accionante se encontraba en la necesidad de acreditar una vulneración a un derecho subjetivo constitucional o, en su defecto, demostrar su legitimación como representante de

²³¹ GONZAÍNI, OSVALDO A., Los Problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales, México, Editorial Porrúa, 2005, pp.153-154.

²³² Corte Constitucional, Sentencia No. 031-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0485-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 628 de 27 de Enero del 2012, cuya ponencia pertenece a la jueza RUTH SENI PINOARGOTE.

una colectividad. Aquél presupuesto de admisibilidad, inherente a la acción de amparo constitucional, fue ratificado y desarrollado por la jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional del Ecuador. Es así que como regla jurisprudencial se circunscribió la procedencia de la acción a la vulneración a derechos subjetivos constitucionales, lo que trajo consigo que una serie de derechos de dimensiones o exigencias colectivas sean excluidos del ámbito de protección de la garantía. Aquella limitación atinente a la legitimación activa de la garantía de derechos humanos prevista en la Carta fundamental, fue sustancialmente modificada con la Constitución 2008, la misma que a partir de las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales determina, de manera expresa, que: Artículo 86 (...) *Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.* Por consiguiente, la Constitución de la República vigente, guardando conformidad con el modelo de Estado previsto en el artículo 1 de la Constitución, *El Estado Constitucional*, y la visión de la ciencia jurídica inmersa en él, *el constitucionalismo contemporáneo*, ha fortalecido el carácter vinculante de las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales y ha modificado una serie de elementos y características inherentes en ellas, entre ellos, su naturaleza, legitimación activa, procedimiento, entre otros.

En cuanto a la legitimación activa, es claro que se trata de un elemento que trae consigo que las garantías jurisdiccionales se conviertan en auténticos mecanismos adecuados y eficaces para la protección de cualquier tipo de vulneración a derechos constitucionales, que por determinadas circunstancias resultarían imposibles de proteger si se acudiera a la teoría del derecho subjetivo.

Al respecto, la doctrina constitucional ecuatoriana ha señalado:

(...) La Constitución 2008, en cambio, permite que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad pueda proponer acciones constitucionales. La violación a derechos humanos no puede ser ajena a

*persona o grupo de personas alguna. Al Estado y a la comunidad le interesa que se sepa cuándo hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos. Este avance constitucional, que podría ocasionar escándalo a los tratadistas tradicionales del derecho, no es nada nuevo en la legislación nacional menos aún en el derecho internacional. A nivel constitucional, se ha establecido algo parecido para el hábeas corpus y en la práctica se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentre privado ilegítimamente y la misma Constitución 1998, prevé que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano puede ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente. A nivel legal, en las normas procesales penales, se permite que cualquier persona pueda poner en conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal. A nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo mismo sucede con los atentados a la libertad, al ambiente, a los bienes jurídicos penalmente protegidos, a los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, debe suceder con las violaciones a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente la violación de los derechos humanos sin recurrir a las acciones constitucionales.*²³³

A partir de lo dicho, es claro que el argumento esgrimido por parte del accionante, en relación a presuntas deficiencias en la legitimación activa de la acción de protección planteada por el accionado, carece de sustento y relevancia desde el punto de vista de los artículos 1 y 86 numeral 1 de la Constitución de la República del Estado.”

²³³ Corte Constitucional citando a Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías: herramientas indispensables para el cumplimiento de los derechos”, en Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez Dalmau y Ramiro Ávila Santamaría (ed), *Desafíos Constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 94.

3.1.3.- EL CASO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO²³⁴

En el caso de Ecuador, no es novedosa la estrecha relación entre la figura del defensor del pueblo y la protección de derechos humanos y fundamentales mediante su gestión. En este sentido, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reconoce legitimación activa al defensor del pueblo para proponer acciones constitucionales, como es el caso de la acción de protección por omisión y la acción por incumplimiento (art. 9.2 LOGJCC). Esta tesis conmina a señalar que, en todo caso, el defensor del pueblo bien podría activar la jurisdicción constitucional en nombre de cualquier persona, lo cual no resulta ser viable. Con similar criterio el constituyente incurre en el error de señalar que el defensor del pueblo podrá patrocinar de oficio o a pedido de parte este tipo de acciones de orden constitucional; el traspie está, precisamente, en conceder la potestad de actuación oficiosa de este funcionario (art. 215.1 CE). Por otro lado, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, norma preconstitucional, permite que este órgano actúe, únicamente, de oficio en estos casos (art. 2, letra a) LODP). Todo ello trae serias complicaciones.

Un criterio diferente y más acertado era el previsto en el Código Político de 1998: el defensor del pueblo solo obraba a pedido de parte (art. 96 CPE), pese a que la derogada Ley de Control Constitucional incurrió en el mismo yerro que la actual ley de la materia (art. 48 LCC). Incluso, el ex Tribunal Constitucional condicionó la proposición de garantías de derechos por parte del defensor del pueblo a la comparecencia conjunta con el interesado o, a su vez, el anexo, en adjunto, con el pedido del mismo, dirigido hacia el defensor del pueblo²³⁵. En todo caso, actualmente, este sistema ha variado y la potestad de este personero resulta ser amplia al permitírsele actuar de oficio, aunque, de todas formas, el directamente afectado por la omisión o el incumplimiento pueda comparecer al proceso en cualquier momento, incluso, modifique la demanda, desista de la acción e interponga los recursos que la ley franquea aunque aquel no haya comparecido al proceso anteriormente (art. 11 LOGJCC).

3.1.4.- LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

²³⁴ Sobre este aspecto puede verse lo anotado por OSVALDO ALFREDO GONZAÍNI en la obra citada *supra* (p.115).

²³⁵ Resolución No. 0217-2003-RA y Resolución No. 0213-2001-RA, dictadas por el ex Tribunal Constitucional.

Hasta aquí se ha hecho referencia al régimen de legitimación activa para el caso de personas o colectivos de orden privado; no obstante, surge la inquietud de discutir si el poder público, mediante sus órganos integrantes, está habilitado también para proponer acciones constitucionales.

Si bien la Constitución omite referirse a la posibilidad de que las instituciones que forman parte del Estado actúen en calidad de legitimados activos en materia de garantías de derechos, la ley de la materia no los incluye dentro de aquel grupo. Los pronunciamientos respecto a este tópico fueron variables por parte del extinto Tribunal Constitucional, pues en un inicio se negó esta posibilidad²³⁶, aunque, posteriormente, sí se la aceptó.²³⁷ Actualmente, la Corte Constitucional ha sido silente respecto a este predicamento, aunque, debe señalarse, ha resuelto, en su mayoría, favorablemente, acciones constitucionales propuestas por el Estado, sin entrar a analizar el eventual conflicto respecto de la legitimación activa.²³⁸

A pesar de lo señalado, es criterio de quien elabora el presente trabajo que, en virtud del origen y naturaleza de las garantías de derechos, que se resume en la protección de libertades y derechos fundamentales y humanos frente violaciones provocadas, esencialmente, por el Estado ya sea por acción u omisión, resulta incomprensible que cualquier órgano del poder público actúe como legitimado activo proponiendo acciones constitucionales, pues ello implica que el Estado busca protección frente a sus propias actuaciones u omisiones, arrogándose derechos que, indiscutiblemente, son inherentes a las personas, mucho más si se tiene presente que aquellos surgieron como freno de abusos y arbitrariedades estatales.²³⁹

3.2. EL CASO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Respecto al instituto de la inconstitucionalidad por omisión, igualmente, el sistema ecuatoriano trae consigo una serie de contradicciones en materia de legitimación activa,

²³⁶ Resolución No. 0452-RA-00-IS, dictada por el ex Tribunal Constitucional.

²³⁷ Resolución No. 0307-2004-RA, dictada por el ex Tribunal Constitucional.

²³⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 011-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0038-08-EP. Similar cuestión ocurrió en Sentencia No. 023-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0399-09-EP, asimismo, en Sentencia No. 031-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0485-09-EP, además, en Sentencia No. 032-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0415-09-EP.

²³⁹ Similar criterio puede verse en el aporte de RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA: “En defensa del neoconstitucionalismo transformador”, en Ruptura, libro No.56, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2013.

pues, por un lado, la Constitución aplica el aludido criterio restrictivo al señalar que las acciones constitucionales se proponen por cualquier ciudadano, individual o colectivamente (art. 439 CE), mientras que la ley reconoce, con criterio amplio, la legitimación activa para el caso de personas, las cuales pueden proponer la acción en forma individual o colectivamente, lo que torna a la omisión inconstitucional en una acción de carácter popular, a diferencia de lo que ocurrió con la acción de inconstitucionalidad en el sistema pretérito (arts. 278 CPE, 77 y 128 LOGJCC). No obstante aquello, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional incurre en otra contradicción, pues, si se tiene presente que el legislador homologó el proceso de la omisión inconstitucional al sistema común del control abstracto de constitucionalidad por acción (art. 128 LOGJCC), se puede inferir que la norma aplicable debería ser la disposición común para la presentación de acciones de inconstitucionalidad que aquel reglamento trae, por lo que, quienes estarían legitimados para presentar la demanda son los ciudadanos²⁴⁰, en forma individual o colectiva, siendo que estos últimos deben nombrar procurador común para que los represente, además, personas jurídicas de derecho Público o privado mediante sus representantes legales e, incluso, instituciones públicas carentes de personería jurídica, las cuales comparecen representadas por el procurador general del Estado (art. 56 RSPCCC); sin embargo, pese a lo anotado, en el mismo cuerpo normativo, la Corte Constitucional, colegiado que dictó el citado reglamento, crea una suerte de legitimación activa específica para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión: están legitimadas todas las personas, además de los colectivos, comunidades, pueblos y nacionalidades, es decir, aplica el criterio amplio que reconoce la Constitución, pero que se prevé para la procedencia de garantías de derechos, por lo que se evidencia una total confusión respecto a la naturaleza de cada acción que se ha venido estudiando (art. 75 RSPCCC).

En todo caso, lo que se evidencia respecto a esta materia es un conflicto o antinomia entre lo regulado por la Constitución, la ley y el reglamento, por lo que, en aplicación de la interpretación que más favorece a los derechos de las personas (art. 11.5 CE), se considera improcedente incorporar, como criterio absoluto, la legitimación activa solo

²⁴⁰ En este sentido, se hace presente que la Corte Constitucional aplica el criterio restrictivo de la Constitución al referirse a ciudadanos y no personas, como ocurre con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

para ciudadanos, lo cual, evidentemente, vulnera los principios de igualdad y no restricción normativa en materia de derechos (art. 11.2 y 4 CE). Por ello, se sugiere, más bien, ampliar la legitimación a cualquier persona, sea que actúe individual o colectivamente, así como a las comunidades, pueblos y nacionalidades, de acuerdo a lo que se analiza a continuación.

3.2.1.- LA PERSONA NATURAL POR SÍ MISMA O MEDIANTE APODERADO: Conforme lo señalado, las personas naturales, sean estas nacionales o extranjeras, están legitimadas para proponer acción de inconstitucionalidad por omisión. En tal virtud, esta legitimación procede cuando la persona la propone la acción por sí misma, es decir, individualmente o por sus propios derechos.

Como resulta evidente, el sistema de legitimación activa de las garantías de derechos, dista del propio al control abstracto de constitucionalidad al cual se ciñe el instituto en análisis. En este sentido, la escasa jurisprudencia de la Corte Constitucional tampoco ha contribuido a profundizar sobre este tema. En todo caso, se estima que el accionante podrá comparecer por sus propios derechos o, incluso, mediante apoderado, otorgándole a este poder suficiente para iniciar acciones legales en su representación y a su nombre, cuando la omisión inconstitucional que pretende sea declarada afecte sus derechos subjetivos constitucionales, aunque, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las garantías de derechos, la ley de la materia sí exige el patrocinio de abogado, lo cual formaliza al proceso en comparación, por ejemplo, con las acciones de protección y por incumplimiento, las cuales, como se vio, se caracterizan por ser informales en este sentido (art. 79.8 LOGJCC).

3.2.2.- EL COLECTIVO DE PERSONAS NATURALES: Por otro lado, se considera que habrá legitimación activa colectiva si la omisión inconstitucional alegada afecta a los derechos que le han sido reconocidos a ese colectivo, más no a las libertades o derechos individuales de sus integrantes, por lo que, en tal virtud, se sugiere que el colectivo de personas actúe mediante procurador común y con patrocinio de abogado, ello, para evitar el conflicto que se suscita al considerar que un colectivo pueda actuar por sí mismo (arts. 79.8 LOGJCC y 56 RSPCCC).

3.2.3.-COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES: Al igual que lo que ocurre con el colectivo de personas naturales, en el caso de las comunidades, pueblos y

nacionalidades, se reconoce su legitimación activa, la cual, se sugiere, sea condicionada a la designación de un procurador común que los represente en el proceso y siempre que la omisión inconstitucional demandada afecte a los derechos propios de estas agrupaciones y no a derechos subjetivos constitucionales, así como también deberán contar con el patrocinio de un abogado (arts. 79.8 LOGJCC, 56 y 75 RSPCCC).

3.2.4.- LA PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO O PRIVADO POR MEDIO DE REPRESENTANTE LEGAL: Si se toma en cuenta el criterio restrictivo previsto en la Constitución, las personas jurídicas quedarían inhabilitadas para proponer acción de inconstitucionalidad por omisión, toda vez que no reúnen la calidad de ciudadanos (art. 439 CE). Sin embargo, la ley no hace distinción entre personas naturales y jurídicas, por lo que, al referirse, únicamente, a personas, incluye dentro de aquellas a estas últimas (art. 77 LOGJCC), incluso, como se vio, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional reconoce, expresamente, su legitimación activa siempre que propongan la acción mediante su representante legal o su órgano de representación, quienes deben legitimar su comparecencia (art. 56 RSPCCC), aunque, en todo caso, más adelante aplica el concepto de persona, en igual sentido que la ley (art. 75 RSPCCC). Lo que sí se debe hacer presente también es que, al igual que en el caso de las personas naturales, la omisión inconstitucional debe afectar a los derechos subjetivos constitucionales de las personas jurídicas privadas, excluyéndose los derechos humanos, por no ser atribuibles a aquellas. En el caso de personas jurídicas públicas, se concibe compleja la posibilidad de que estas sean titulares de derechos, por lo que, más bien, la omisión inconstitucional deberá entorpecer u obstaculizar el ejercicio de sus atribuciones o competencias, su organización, estructura y funcionamiento, por ello, dicha omisión debe afectar, directamente, a lo atinente al ejercicio del poder en las áreas que la Constitución o la ley le asignaren a la persona.

Por otro lado, se estima improcedente la comparecencia colectiva de personas jurídicas, pues, si estas actúan a través de sus representantes legales, resultará complejo determinar cuál de aquellos es el llamado a representarlas en el proceso.

En todo caso, la primera causa resuelta por la Corte Constitucional en esta materia fue propuesta por una persona jurídica, la cual actuó mediante su secretario general y no

mediante su representante legal, pese a aquella cuestión, la Magistratura omitió pronunciarse sobre la legitimación activa de la misma.²⁴¹

“La presente acción de inconstitucionalidad por omisión fue presentada por el señor Johnny Ricardo Firmat Chang (Secretario General de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME), con fecha 10 de noviembre del 2010, en contra de la Asamblea Nacional y el Ejecutivo, al incurrir en la omisión de desarrollar el precepto constitucional previsto en la Disposición Transitoria Primera, inciso primero, y numeral 3 del inciso segundo de la Constitución de la República, que ordena que el órgano legislativo en el plazo máximo de ciento veinte días aprobará la “Ley electoral” y, en trescientos sesenta días aprobará la “Ley que regule la participación ciudadana”.

3.2.5.- LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS QUE NO POSEEN PERSONERÍA JURÍDICA: La Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional omiten pronunciarse, al igual que en el caso de las dos garantías analizadas anteriormente, respecto a la posibilidad de que las instituciones públicas cuenten con legitimación activa en este tipo de procesos. Sin embargo, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, expresamente, reconoce legitimación activa para aquellas en el caso de propongan acción de inconstitucionalidad por omisión y que, además, carezcan de personería jurídica, lo cual condiciona su participación procesal bajo el patrocinio de la Procuraduría General del Estado, lo cual se ratifica en la ley de esta institución (arts. 56 RSPCCC y 3, letra b) LOPGE).

Por otro lado, aunque el orden jurídico no lo prevé, se hace presente, al igual que ocurre con las personas jurídicas de derecho público que, en el caso de instituciones públicas que carecen de personería jurídica, la omisión inconstitucional deberá afectar al pleno ejercicio de sus competencias, a su organización o funcionamiento.

4.- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PASIVA

4.1. EL CASO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN POR OMISIÓN

²⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso No. 0005-10-IO, publicada en el Registro Oficial suplemento No.378 de 4 de febrero de 2011, cuya ponencia pertenece al ex juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

La Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales han establecido, taxativamente, las personas contra las cuales procede la proposición de una acción de protección por omisión. En este sentido, se han reconocido como legitimados pasivos a las autoridades públicas no judiciales cuando su omisión de obrar conforme mandan el orden jurídico y la Constitución vulnera derechos, las personas naturales o jurídicas en caso de que la omisión que transgrede derechos provoque daño grave, cuando dichas personas prestan servicios públicos impropios, cuando actúan por delegación o concesión, o si el afectado se encuentra en subordinación o indefensión frente a dicha persona natural o jurídica y, además, contra toda omisión provocada por prestadores de servicios públicos (arts. 88 CE y 41.1,3 y 4 LOGJCC).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, considerando lo anotado, señaló que la proposición de la acción de protección se da de la forma en que se cita:²⁴²

“En definitiva, la Constitución entrega a los ciudadanos dos tipos de acciones para la tutela de derechos, que no sean la libertad y la información: a) la acción de protección para tutelar derechos vulnerados por actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, por políticas públicas o por particulares cuando provoquen daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por concesión o delegación o si el afectado se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

4.1.1.- LA AUTORIDAD PÚBLICA NO JUDICIAL: El régimen de justicia constitucional vigente determina que la acción de protección procede contra omisiones ilegítimas de autoridad pública no judicial²⁴³, variando del sistema anterior en el que no se precisaba el tipo de autoridad pública del cual podía emanar la omisión violatoria de derechos. La duda que surge al respecto es, entonces, respecto a la posibilidad de impugnar, mediante

²⁴² Corte Constitucional, Sentencia No. 013-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0232-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 638 de 21 de Julio del 2009, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VITERI OLVERA.

²⁴³ Anteriormente se debía demostrar la existencia de la omisión materia de garantía si es que ella provenía de autoridad pública. La Constitución vigente cambia el parámetro descrito y establece una presunción de verdad respecto de las afirmaciones del accionante cuando el accionado sea una autoridad o institución pública o un particular en caso de daño ambiental o discriminación (arts. 86.3 CE y 16 LOGJCC). En tal virtud, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dentro de los requisitos generales para presentar demandas en materia de garantías de derechos solo exige la descripción de la omisión” y una relación circunstanciada de los hechos, de ser posible; sin embargo, no requiere demostración de la misma (art. 10.3 LOGJCC).

acción de protección, omisiones violatorias de derechos por parte de organismos o autoridades que integran la Función Judicial, el Tribunal Contencioso Electoral y la Corte Constitucional, antes que, pese a estar fuera de la aludida función, son también autoridades públicas de naturaleza judicial, cuestión que será analizada posteriormente.

Las omisiones procedentes de autoridad pública son aquellas inacciones provenientes de las entidades del Estado, las cuales integran el denominado sector público (art. 225 CE).

- a) **OMISIONES DE LAS FUNCIONES DEL PODER PÚBLICO:** El constituyente varió la estructura estatal respecto de las tres clásicas funciones del poder, propia de la teoría de Montesquieu. En tal virtud, ya no solo que en Ecuador se reconoce la existencia del poder Ejecutivo, Judicial y Legislativo, sino que a estos se suman dos: el poder Electoral y el de Transparencia y Control Social (art. 225.1 CE).

En el caso de la Función Ejecutiva, los órganos que la componen son el Presidente y Vicepresidente de la República, los ministros de Estado más sus entes dependientes o adscritos, los cuales conforman la Administración Pública Central, así como las personas jurídicas de derecho público que son adscritas a cualquiera de los órganos anotados y las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismo que integran la Administración Pública Central, a estos dos últimos se los denomina Administración Pública Institucional (arts. 141 CE y 2 ERJAFE). Las omisiones en las que incurran estos órganos y que afecten a derechos fundamentales o humanos son impugnables mediante acción de protección.

La Función Legislativa se integra por órgano único: la Asamblea Nacional, la cual también puede incurrir en omisión violatoria de derechos, misma que es susceptible de proposición de acción de protección (arts. 118 CE y 2 LOFL).

La Función de Transparencia y Control Social también puede incurrir en omisión que vulnere derechos, la cual ingresa en el ámbito de la acción de protección. Esta se integra por el Consejo de Participación Ciudadana y Control

Social, las superintendencias, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General del Estado (art. 204 CE).

La Función Judicial también cuenta con órganos que la componen. Así forman parte de ella órganos jurisdiccionales (Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales de justicia, tribunales y juzgados y juzgados de Paz), órganos administrativos (Consejo de la Judicatura), órganos auxiliares (notarios, martilladores judiciales, depositarios judiciales) y órganos autónomos (Defensoría Pública y Fiscalía General del Estado) (arts. 177 y 178 CE).

Ahora bien, respecto del Tribunal Contencioso Electoral y los órganos de la Función Judicial cabe reflexionar sobre la posibilidad de que las omisiones violatorias de derechos en las que aquellos incurran puedan ser susceptibles de protección mediante la aludida garantía. Al respecto, se debe tener presente que cuando el constituyente se refiere a autoridades públicas no judiciales se refiere a aquellos personeros que no ejercen jurisdicción, por ello, para el caso del Tribunal Contencioso Electoral y los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial²⁴⁴ ha de entenderse que sus omisiones no son susceptibles de protección mediante dicha vía constitucional, ello, además, porque para impugnarlas, el accionante cuenta con otro mecanismo: la acción extraordinaria de protección (arts. 94 CE y 58 LOGJCC).²⁴⁵

Curioso resulta ser que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prohíba impugnar omisiones provenientes del Consejo Nacional Electoral, las cuales, a criterio del legislador, pudieren ser juzgadas por el Tribunal Contencioso Electoral (art. 42.7 LOGJCC), decisión, ciertamente, inconstitucional, pues resulta inobservar los principios de no restricción normativa y de aplicación directa e inmediata de la Constitución si se tiene presente que aquella excepción no fue prevista en la norma fundamental (art.

²⁴⁴ Por lo señalado, el resto de órganos que componen la Función Judicial, en caso de que incurran en omisión ilegítima, bien pueden ser demandados por aquellos mediante acción de protección.

²⁴⁵ En caso de impugnar omisiones provenientes del Tribunal Contencioso Electoral, debe tenerse en cuenta que aquellas no son susceptibles de impugnación mediante acción extraordinaria de protección cuando fueren ocurridas en procesos electorales (art. 62.8 LOGJCC).

11.3 y 4 CE). Por otro lado, es llamativo el hecho de que ni la ley de la materia ni la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador hayan previsto los casos en los que las omisiones del Consejo Nacional Electoral, las cuales afecten derechos, puedan ser impugnadas ante el Tribunal Contencioso Electoral. Por otro lado, las omisiones que no podrían ser impugnadas mediante esta garantía son en las que incurran las delegaciones provinciales del Consejo Nacional Electoral, pues aquellas dependen de este último órgano al ser órganos administrativos de gestión del mismo, por lo que, al ser desconcentrados, dependen de él, no son autónomos (art. 58 LOEOPE). Para el caso de las juntas receptoras del voto, las juntas intermedias de escrutinio y las juntas provinciales, regionales y distritales al ser su actividad netamente electoral, las omisiones emanadas de aquellos no son susceptibles de proposición de acción de protección (arts. 35 a 57 LOEOPE).²⁴⁶

- b) **OMISIONES DE ENTIDADES DEL RÉGIMEN AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO:** El Ecuador es un Estado que se rige por el sistema de descentralización (art. 1 CE), materia propia del Derecho Administrativo; sin embargo, en el caso de los entes que componen el régimen autónomo descentralizado²⁴⁷, los cuales gozan de un sistema de competencias y atribuciones reconocidas por la Constitución y la ley, puede producirse el hecho de que incurran en omisión violatoria de derechos, por lo que también pueden comparecer como legitimados pasivos cuando medie acción de protección.
- c) **OMISIONES DE ENTIDADES CREADAS POR LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY:** Se hace presente que estos organismos son creados para el ejercicio de la potestad estatal, prestación de servicios públicos o desarrollo de actividades económicas asumidas por el Estado. Este es el caso, por ejemplo, del Servicio de Rentas Internas (art. 1 LCSRI), Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (art. 370 CE), Banco Central (art. 303 CE), entre otras entidades que ejercen poder estatal si se

²⁴⁶ Al respecto, si bien la Corte Constitucional no se ha pronunciado respecto a aquello, el ex Tribunal Constitucional sí lo hizo en Resolución No. 100-2001-TP, dictada dentro del caso No. 281-2000-RA.

²⁴⁷ Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales (art. 238 CE).

tiene presente que los administrados se encuentran en relación de subordinación a las mismas, razón por la cual puede ocurrir que las mismas omitan actuar conforme al marco legal y constitucional, situación que provoque la proposición de la acción de protección en caso de que haya vulneración de derechos.

Ahora bien, existen casos de instituciones que se crean por mandato constitucional o legal y que son definidas como “autónomas”, es decir, que no forman parte de las funciones de poder estatal. Ello ocurre, por ejemplo, con el caso de la Procuraduría General del Estado (arts. 235 CE y 1 LOPGE), Corte Constitucional (arts. 429 CE y 190 LOGJCC), Defensoría Pública y Fiscalía General del Estado. Estos dos últimos, si bien son entes autónomos, están regulados dentro del Código Orgánico de la Función Judicial (art. 178 CE). En todo caso, no queda duda de que la acción de protección procederá para el caso de que cualquiera de dichas autoridades incurra en omisión violatoria de derechos. Ahora bien, dentro de este análisis, merece especial atención lo que ocurre con la Corte Constitucional, pues sus autoridades son públicas pero de carácter judicial, lo que impide que sus omisiones, las cuales, eventualmente, pudieran inobservar derechos, sean impugnadas mediante acción de protección.²⁴⁸

- d) OMISIONES DE PERSONAS JURÍDICAS CREADAS POR ACTO NORMATIVO SECCIONAL:** Cabe recalcar que los actos normativos de entidades del régimen seccional se traducen en ordenanzas, las cuales son inferiores a la ley, por lo que la Constitución hace referencia a la potestad de estos entes de emitir este tipo de normas que permitan crear personas jurídicas que presten servicios públicos. En este caso, las denominadas empresas públicas son un claro ejemplo de la referencia constitucional a la que se alude (art. 4.2 LOEP), las cuales pueden comparecer al proceso en calidad de legitimados pasivos cuando sus omisiones vulneren o afecten derechos humanos o fundamentales.

4.1.2.- EL PRESTADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS: El caso de los prestadores de servicios públicos como legitimados pasivos en la acción de protección por omisión fue incluido

²⁴⁸ Además, se estima improcedente que se propongan acciones de protección frente a omisiones de la Corte Constitucional porque puede ocurrir el evento de que la sentencia sea remitida a dicha Magistratura para la correspondiente selección y revisión, lo cual la convertiría en juez y parte de dichas omisiones.

en la ley, mas no fue previsto por el texto constitucional; sin embargo, como ocurre con el caso de las autoridades públicas no judiciales, dicha omisión debe vulnerar derechos para que proceda la proposición de esta acción constitucional (art. 41.3 LOGJCC).

Ahora bien, en principio, parecería ser innecesaria la distinción que hizo el legislador entre la omisión proveniente de autoridad pública no judicial y la omisión proveniente de un prestador de servicios públicos²⁴⁹ si se tiene presente que, eventualmente, los prestadores de servicios públicos podrían incluirse dentro de la legitimación pasiva de las autoridades públicas no judiciales.

Incluso, atendiendo al canon de interpretación constitucional histórico, se puede señalar que, antiguamente, no existió esta distinción, pues se hablaba, únicamente, de la autoridad pública. En todo caso, si se quiere, aplicando los cánones interpretativos gramatical y sistemático de la Constitución, se puede establecer, con meridiana claridad, que el constituyente incluyó a los prestadores de servicios públicos dentro de la categoría de autoridades públicas no judiciales, pues la Constitución define a los servidores públicos como personas que en cualquier forma o bajo cualquier título, trabajan, prestan servicios o ejercen cargo o dignidad dentro del sector público, el cual está integrado por los organismos descritos en el acápite anterior, argumento con el cual se refuerza la postura de que la distinción hecha por la ley es innecesaria y, además, confusa (arts. 225, 229 y 427 CE).

4.1.3.- PERSONAS NATURALES Y PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS: Para el caso de la procedencia de una acción de protección por omisión frente a personas naturales o jurídicas del sector privado, el ordenamiento jurídico resulta ser limitante, pues no toda persona natural o jurídica podrá comparecer como legitimada pasiva en este proceso constitucional. En este sentido, tanto la Constitución, como la Ley señalan los casos en los que procede la proposición de dicha garantía frente a este tipo de personas, esto es,

²⁴⁹ Se advierte que, por otro lado, criterios opuestos podrían sostener que la distinción es viable si se analiza que no toda autoridad pública no judicial presta un servicio público y, viceversa, no todo prestador de servicio público es una autoridad pública no judicial, argumentando que es necesario distinguir entre las máximas autoridades de las instituciones-catalogándolas como autoridades públicas no judiciales- y los prestadores de servicios públicos-incluyendo, en esta esfera, a los funcionarios jerárquicamente inferiores- criterio que, en todo caso, guardaría contradicción con el texto constitucional (art. 225 y 229 CE).

cuando aquellas prestan servicios públicos impropios o de interés público, cuando realizan la misma prestación bajo delegación o concesión, cuando provocan daño grave o cuando el afectado se encuentre en relación de subordinación o indefensión (arts. 88 CE y 41.4 LOGJCC).

A) CUANDO PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS O DE INTERÉS PÚBLICO:

El estudio del régimen de servicios públicos es materia propia del Derecho Administrativo; sin embargo, como ya quedó anotado, existen tópicos en los cuales aquella rama del derecho se relaciona, estrechamente, con el Derecho Constitucional. En este sentido, importa, para una mejor comprensión de esta categoría de legitimación pasiva, el recurrir al análisis breve de la institución del servicio público y sus categorías, así como de las actividades de interés público o general.

En consecuencia, los servicios públicos no son sino un conjunto de prestaciones o provisiones materiales que satisfacen necesidades individuales o particulares de relevancia colectiva o general. En similar concepción, León DUGUIT señala que el servicio público es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, la cual no puede ser realizada, completamente, sino con la intervención gubernamental.²⁵⁰

El régimen de servicios públicos ha sido clasificado por la doctrina del Derecho Administrativo en servicios propios e impropios, siendo que, los primeros refieren a prestaciones asumidas y provistas, directamente, por el Estado, el cual, como su titular, se reserva para sí las actividades de administración, control, regulación y gestión de los mismos, lo cual implica que aquel publica ciertas actividades materiales que, a la vez, satisfagan necesidades individuales y generen relevancia grupal, es decir, de toda la sociedad.²⁵¹ Frente a aquellos,

²⁵⁰ DUGUIT, LEÓN, Tratado de Derecho Constitucional, Segunda Edición, París, Sirey, 1923.p.61.

²⁵¹ Ello ocurre, por ejemplo, con los denominados sectores estratégicos (telecomunicaciones, recursos naturales, sector hidrocarburífero biodiversidad, patrimonio genético, agua, espectro radioeléctrico) y los servicios públicos (agua potable, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias), los cuales son reservados a la titularidad e intervención estatal directa,

como bien señala Juan Carlos CASSAGNE²⁵², se encuentran los servicios públicos impropios que constituyen prestaciones excepcionales que se canalizan mediante la extensión del régimen jurídico de los servicios públicos propios, hacia determinadas actividades que son prestadas, en cambio, por particulares y que se erigen en un servicio objetivo²⁵³, generalmente, mediante autorización estatal, en los cuales la gestión queda a cargo del prestador-el particular- y la regulación, control y administración siguen siendo del Estado.²⁵⁴

Pese a que la Corte Constitucional ha sido silente en esta materia a través de su jurisprudencia, el ex Tribunal Constitucional, en su momento, sí se pronunció al respecto, reconociendo legitimación pasiva para quienes presenten servicios públicos impropios:²⁵⁵

“Que, de acuerdo a lo anteriormente manifestado, la educación en nuestro país es un servicio público impropio, en atención al inciso final del artículo 67 de la Constitución de la República que garantiza la educación particular, en concurrencia con la educación fiscal. Por lo tanto, pese a ser la Institución demandada de derecho privado, cabe proponer en su contra acción de amparo por las consideraciones expuestas.”

Por otro lado se encuentran las actividades de interés público o general. En principio, este concepto se desarrolla por Héctor Jorge ESCOLA²⁵⁶, autor que señala que aquel es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría y que encuentra su

donde, en cambio, la iniciativa privada interviene por excepción a manera de delegación (arts. 313, 314, 315, 316 CE).

²⁵² Óp.Cit., CASSAGNE, JUAN CARLOS, pp. 413-414.

²⁵³ Se hace referencia a que es un servicio público objetivo porque, aunque reúne los requisitos y cualidades del servicio público propio, el Estado ha decidido no asumirlas directamente y, por tanto, no las publica, toda vez que, hacerlo de manera absoluta, resultaría inconstitucional, pues implicaría restringir el ejercicio de libertades económicas privadas (art. 66.15 CE) y porque, además, no siempre el Estado cuenta con los recursos y tecnología suficientes para sumir la prestación de ciertos servicios.

²⁵⁴ Ejemplos de este tipo de servicios públicos se encuentran en el sistema de salud, educación y transporte público.

²⁵⁵ Tribunal Constitucional, Resolución No. 0233-2002-RA.

²⁵⁶ ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989, pp.249-250.

origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o le afecten. Entendido así el interés público, cabe señalar que las actividades que con él se relacionan refieren a prestaciones de titularidad privada, asumidas, administradas y gestionadas por la misma, pero bajo control y regulación del Estado, lo que sugiere que, en este caso, aquel interviene ya no como prestatario directo ni como delegante, sino que se concentra en fomentar, limitar, vigilar, controlar y regular la actividad privada, cuando aquellas importan al interés colectivo²⁵⁷, lo cual, además, a criterio de Gabino FRAGA, mantiene el orden jurídico, buscando coordinar el interés individual con las necesidades e intereses públicos.²⁵⁸

En todo caso, para efectos del presente estudio reviste interés hacer presente que, quienes presten servicios públicos impropios o quienes realicen actividades de interés público, sea como personas naturales o jurídicas privadas que, por omisión, vulneren derechos fundamentales o humanos, pueden comparecer en calidad de legitimados pasivos dentro de un proceso de acción de protección. Evidentemente, la vulneración derechos por omisión debe desprenderse del ejercicio prestatario de dicho servicio público o de aquellas actividades de interés general.

B) CUANDO PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS POR DELEGACIÓN O CONCESIÓN: En párrafos anteriores quedó establecido un somero concepto de servicio público, por lo que, en el caso que ocupa este tópico, corresponde desentrañar, brevemente, dos institutos bajo los cuales un particular puede relacionarse con el Estado para la prestación de servicios públicos: la delegación y la concesión.

En tal virtud, la delegación, en el ámbito del Derecho Administrativo, refiere, más bien, a una forma de desconcentración, pues implica el encargo del ejercicio de competencias de un órgano jerárquicamente superior, a uno inferior a él,

²⁵⁷ Ejemplos de actividades de interés público son la prestación bancaria, la producción de alimentos, de vestimenta, automotriz, entre otras.

²⁵⁸ FRAGA, GABINO, Derecho Administrativo, Quadragésima Séptima Edición, México, Editorial Porrúa, 2009, p.17.

siempre que aquella figura esté prevista en una norma legal o reglamentaria, salvo las que sean asignadas mediante norma constitucional.²⁵⁹

En similar criterio, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define a la delegación de la forma en que se cita:

“Art.55. Las atribuciones propias de las diversas entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional, serán delegables en las autoridades u órganos de inferior jerarquía, excepto las que se encuentren prohibidas por Ley o por Decreto. La delegación será publicada en el Registro Oficial.”

Por las consideraciones señaladas, se estima poco adecuado que el legislador haya incluido, a manera de legitimación pasiva en la acción de protección, la figura de la delegación, pues, como se anotó, este instituto es propio de la función administrativa, mediante el cual, lo que se pretende es el encargo del ejercicio de competencias, mas no de la prestación de un servicio público. Lo que, en todo caso, sí puede ocurrir, es que una persona natural pueda actuar como delegado sin necesidad de ser funcionario público, lo cual no se prevé para personas jurídicas del sector privado (art. 55, inciso segundo ERJAFE); sin embargo, como se señaló, se considera improcedente la legitimación pasiva por omisión proveniente de delegados particulares ya que, por la naturaleza jurídica de la figura, esta se prevé para el ejercicio de competencias propias de la función administrativa y no para la prestación de servicios públicos.

Por otro lado, la concesión es una especie de contrato administrativo, cuando deviene de un acto bilateral, o un tipo de acto administrativo, cuando proviene de la decisión unilateral de un órgano público, mediante la cual el Estado otorga a un particular derechos y obligaciones para la prestación de servicios públicos cuya prestación correspondería, naturalmente, a aquel.²⁶⁰ Un concepto más amplio lo ofrece Miguel GALINDO CAMACHO al señalar que la concesión es, en términos generales, una facultad que otorga la administración pública a personas

²⁵⁹Óp.Cit., DROMI, ROBERTO, p.258.

²⁶⁰Óp.Cit., PÉREZ, EFRAÍN, p.454.

privadas, para realizar algunos actos consistentes en la prestación de servicios o la explotación de bienes.²⁶¹

En relación con el mismo tema, el profesor Rafael OYARTE afirma que la concesión es un acto administrativo unilateral y no normativo, a través del cual se amplía la esfera jurídica de los administrados, pues mediante este instrumento la administración entrega una facultad al administrado, creándole derechos reales administrativos *ex novo*, respecto de la administración de bienes demaniales, la ejecución de obra pública o la prestación de servicios públicos, manteniendo la intervención administrativa subyacente sobre esa relación que es ajena al derecho privado.²⁶²

En todo caso, la legitimación pasiva de la persona privada que actúa por concesión se considera procedente siempre que, la omisión en la que incurra, derive de la prestación del servicio público que debe brindar en virtud del contrato o acto administrativo, dependiendo del caso y que, además, dicha omisión, afecte o restrinja derechos fundamentales o humanos.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional es escasa en la materia, el extinto Tribunal Constitucional sí se pronunció respecto a la imposibilidad de proponer una garantía de derechos en caso de no haber relación administrativa entre el legitimado activo y el concesionario:²⁶³

“SEXTA.- Si bien PACIFICTEL S.A. es una empresa concesionaria del servicio de telecomunicaciones y, como tal, puede ser legitimado pasivo en una acción de amparo constitucional, la empresa representada por el accionante del presente amparo no mantiene una relación de administrado a entidad proveedora de un servicio de telecomunicaciones con la demandada, sino que, conforme a lo señalado en el considerando anterior, mantiene una relación contractual de reventa de servicios.”

²⁶¹ GALINDO CAMACHO, MIGUEL, Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, 2003, p.46.

²⁶² Óp.Cit., OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, pp-78-79.

²⁶³ Tribunal Constitucional, Resolución No. 0149-2003-RA.

C) CUANDO PROVOCA DAÑO GRAVE: Para la procedencia de la acción de protección frente a la omisión de una persona natural o jurídica privada, la ley de la materia prevé otro caso específico: que dicha omisión provoque un daño grave. A diferencia de lo que ocurría con el sistema anterior en el cual, para la procedencia de una acción de amparo constitucional se requería no solo la existencia del daño grave, sino la inminencia del mismo, en el caso actual, el legislador eliminó este último elemento, dejando, solamente, la necesidad de la omisión haya provocado daño grave, el cual, a criterio del profesor Rafael OYARTE, debe tener como fuente la violación de derechos fundamentales y no la simple vulneración de la legalidad.²⁶⁴

Al respecto, si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional es escasa en cuanto a la definición y delimitación del daño grave, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional lo hace refiriéndose, específicamente, al daño, al señalar que este consiste en la consecuencia o afectación que la violación de derechos produce fruto de una omisión en el caso que ocupa este estudio (art. 9 LOGJCC).

En virtud de lo señalado, se estima que la existencia del daño grave proveniente de una omisión de un particular resulta ser la vía más amplia para la procedencia de una acción de protección frente a personas privadas, pues, como se anotó, la sola violación de derechos, es calificada por la ley y la doctrina como daño grave.

D) CUANDO EL AFECTADO ESTÁ EN RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN O INDEFENSIÓN: La ley de la materia también prevé que la acción de protección tenga por legitimado pasivo a todo particular en el caso de que la omisión en la que aquel incurra, vulnere derechos fundamentales o humanos, siempre que este tenga relación de jerarquía superior respecto del afectado o que este último este subordinado a aquel; o, a su vez, si la omisión violatoria de derechos coloca al legitimado activo en situación de indefensión.

²⁶⁴ Óp.Cit., OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, p. 126.

Al respecto, se podría señalar erróneamente que, las relaciones de subordinación o de indefensión son circunstancias de poder propias del Derecho Público y que, además, cuando aquellas se producen, en efecto, existe limitación a libertades y derechos, negando la posibilidad de que dichas prerrogativas puedan afectarse, también, por parte de particulares. No obstante, Juan María BILBAO UBILLOS enfatiza en la necesidad de no ignorar el fenómeno del poder privado como instrumento de violación de derechos, para lo cual, el Derecho debe brindar mecanismos y garantías apropiadas para su defensa, evitando dejar inmune al poder privado.²⁶⁵

En este sentido, la subordinación supone la existencia de una relación jerárquica de orden vertical entre el accionante y el accionado, en la cual, este último tiene situación de preferencia porque posee potestades o facultades superiores de orden económico, social o moral respecto de aquel, como ocurre, por ejemplo, en las relaciones laborales educativas y familiares, en las que el trabajador, el estudiante o el hijo, se encuentran en relación de subordinación con el empleador, el docente o el padre.

La indefensión, en cambio, resulta ser consecuencia directa de la omisión en la que incurra un particular, lo cual implica que, por su inacción, ha provocado violación de derechos, dejando al accionante en estado de indefensión, situación que no necesariamente sugiere afectación al derecho de defensa como parte del derecho al debido proceso, cuyo amparo, además, como ya se señaló, quedaría reservado a la acción extraordinaria de protección (art. 437 CE, 39 y 58 LOGJCC). Por tanto, la omisión de particular que provoque indefensión puede vulnerar otro tipo de derechos fundamentales, como podría ocurrir en el caso de que un empleador prescinda de los servicios de su trabajador sin cumplir con los parámetros legales, por ejemplo, con la notificación de dicha decisión mediante los medios franqueados por la ley, en cuyo caso se colocaría al empleado en situación de indefensión y, además, existiría violación del derecho al trabajo.

4.2. EL CASO DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

²⁶⁵ BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA, La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p.250.

Si bien la Constitución no determina, como sí ocurre con la acción de protección, las categorías de legitimación pasiva, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sí regula dicho régimen. En tal virtud, la norma en comento señala como legitimados pasivos a las autoridades públicas, a las personas naturales y jurídicas privadas, cuando presten servicios públicos o ejerzan función pública y, específicamente, a las personas naturales a las cuales se les haya impuesto una obligación expresa y determinable en una sentencia o informe en materia de derechos humanos (art. 53 LOGJCC).²⁶⁶

Este criterio ha sido ratificado por la Corte Constitucional en sentencia, aunque sin mayor análisis de fondo, pues ha optado por citar lo que señala la norma legal²⁶⁷:

“La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en su artículo 53 la legitimación pasiva en los siguientes términos: *“**Art. 53.- Legitimación pasiva.-** La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable”.*”

4.2.1. LA AUTORIDAD PÚBLICA: A diferencia de lo ocurre con la acción de protección, en la cual, como se dijo, actúan, como legitimados pasivos, únicamente, las autoridades públicas no judiciales²⁶⁸, en la acción por incumplimiento, el legislador optó por generalizar y ampliar la legitimación pasiva a toda autoridad pública, es decir, incluyó, dentro de este concepto, a las autoridades judiciales, como ocurre con el caso de los jueces ordinarios, constitucionales y electorales, quienes también, al incumplir los actos

²⁶⁶ Aunque, el artículo 75 de las derogadas Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición traía consigo una legitimación pasiva más amplia, pues señalaba que la demanda de incumplimiento se dirigirá contra la autoridad, funcionario, juez o particular, renuente a cumplir la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe, que trata el artículo 93 de la Constitución.

²⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia No.006-10-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0107-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No.370 de 25 de Enero del 2011, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VITERI OLVERA.

²⁶⁸ Vid. *Supra*. pp.122-127.

objeto de esta acción constitucional, deben comparecer, como legitimados pasivos, por tal omisión. Sin embargo, la ley de la materia condiciona la procedencia de esta legitimación pasiva a que las autoridades públicas presten servicios públicos²⁶⁹ o ejerzan función pública, por lo que la omisión debe desprenderse del ejercicio de dichas actividades para requerir al proceso a dichos personeros (art. 53 LOGJCC).

Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia de la acción por incumplimiento en contra de omisiones provenientes de autoridades, aunque, sin especificar si se hace referencia a autoridades públicas²⁷⁰:

“Esta acción pone a disposición de los particulares un mecanismo que permite exigir a las autoridades la realización de un deber que ha omitido cumplir, en procura de la plena vigencia de las leyes y actos administrativos de carácter general, así como decisiones de organismos internacionales de Derechos Humanos, atacando el voluntarismo o discrecionalidad en su cumplimiento, de manera que los respectivos mandatos tengan concreción en la realidad.”

4.2.2. LA PERSONA NATURAL Y JURÍDICA PRIVADA: El caso de los particulares resulta ser similar al de las autoridades públicas, es decir, su participación en calidad de legitimados pasivos se restringe al hecho de que el incumplimiento o la omisión de aquellos provenga del ejercicio de una función pública o de la prestación de un servicio público, por lo que, en todo caso, se advierte la imposibilidad de que un particular comparezca al proceso como accionado cuando se encuentre fuera del ejercicio de las citadas actividades, aunque pudiese inobservar los actos objeto de la acción por incumplimiento.

4.2.3. EL CASO DE SENTENCIAS O INFORMES DE DERECHOS HUMANOS: La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional parece limitar la procedencia de la acción por incumplimiento de sentencias o informes de derechos humanos al evento único de que la omisión en esta materia provenga de particulares, lo que excluiría, en todo caso, a las autoridades públicas. Sin embargo, la sentencia o informe incumplido por el accionado debe contener una obligación clara, expresa,

²⁶⁹ *Vid. Supra.* p.127-128.

²⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia No.004-10-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0069-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No.370 de 25 de Enero del 2011, cuya ponencia pertenece al ex juez HERNANDO MORALES VINUEZA.

exigible y determinada (art. 53 LOGJCC). Por tanto, podría ocurrir el evento de que sea la autoridad pública la que incumpla una sentencia o informe de derechos humanos; no obstante, en este caso, el accionante no podrá requerir en demanda al personero omiso, por existir disposición legal expresa que vincula a este tipo de incumplimiento, únicamente, a los particulares.

4.3. EL CASO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En lo que respecta al instituto de la inconstitucionalidad por omisión, a diferencia de lo que ocurre con los dos casos analizados anteriormente, el orden jurídico no señala, expresamente, las categorías de legitimación pasiva, tornando al tópico en cuestión, inclusive, confuso, en virtud de la discordancia que mantienen tanto la Constitución, como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en esta materia, cuestión que, además, induce a la discusión respecto del alcance la omisión inconstitucional en el caso ecuatoriano.²⁷¹

En este sentido, la Constitución hace uso del aludido criterio amplio respecto del alcance de la omisión inconstitucional y la dirige contra toda autoridad pública vinculada en virtud de la existencia de un mandato constitucional; en cambio, la Ley aplica el criterio restringido de omisión y la encamina, únicamente, a los órganos con competencia normativa, con especial énfasis en el legislador.

4.3.1.- LAS AUTORIDADES E INSTITUCIONES PÚBLICAS SEGÚN EL TEXTO CONSTITUCIONAL: La Constitución hace referencia a autoridades públicas e instituciones del Estado que por omisión vulneren normas constitucionales, cuestión que induce a pensar que no necesariamente implica incumplimiento o mora en el desarrollo normativo secundario de aquellos mandatos que imponen obligaciones al legislador, sino que, también, como se dijo, puede tratarse de normas constitucionales programáticas, las que, en todo caso, en criterio de Ángel GARRORENA MORALES, forman parte de las normas constitucionales de eficacia aplazada (art. 436.10 CE).²⁷² Por lo tanto, desde el punto de vista argüido, bien se podría señalar que el constituyente no limitó la procedencia de este expediente, solamente, en contra de instituciones o autoridades públicas con competencia normativa, sino que reconoció una amplia

²⁷¹ Vid. *Infra*, pp.88-91.

²⁷² GARRORENA MORALES, ÁNGEL, *Derecho Constitucional, Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p.95.

legitimación pasiva en esta materia. Similar criterio es recogido en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, el cual hace referencia a autoridades renuentes a cumplir con mandatos constitucionales (art. 75, inciso segundo, letra b) RSPCCC).

Este criterio se sostuvo, en principio, por la Corte Constitucional, en la forma en que se cita²⁷³:

“Conforme lo determina el artículo 436, numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador, entre las competencias de la Corte Constitucional se encuentra: *“declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto admitido, de acuerdo con la ley”*.

4.3.2.- LOS ÓRGANOS CON COMPETENCIA NORMATIVA SEGÚN EL MANDATO LEGAL:

Ahora bien, cuestión distinta sucede con lo dispuesto por el legislador, pues este, al parecer, limitó la legitimación pasiva a los órganos competentes que omiten desarrollar, normativamente, preceptos constitucionales, con lo cual, con meridiana claridad, se puede comprender que se hace referencia expresa a los órganos públicos con competencia normativa, excluyendo al resto de autoridades e instituciones públicas que carecen de aquella atribución, situación que, además, atisba la idea que la omisión inconstitucional, bajo esta perspectiva, solo recae sobre mora en el cumplimiento de normas constitucionales que imponen mandatos al legislador y no sobre normas constitucionales programáticas. (art. 128 LOGJCC).

En franca contradicción con el criterio expuesto en primer lugar, la Corte Constitucional, dentro del mismo fallo aludido, aplica, en cambio, el criterio de la ley por sobre el de la Constitución²⁷⁴:

²⁷³ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso No. 0005-10-IO, publicada en el Registro Oficial suplemento No.378 de 4 de febrero de 2011, cuya ponencia pertenece al ex juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

“De la lectura del antes mentado precepto constitucional se puede colegir que la Constitución de la República establece la denominada inconstitucionalidad por omisión, como una institución del derecho constitucional asociada al denominado control abstracto de constitucionalidad, correspondiendo a los jueces constitucionales determinar si las instituciones estatales o las autoridades públicas por omisión han inobservado una disposición constitucional expresa, que contenga un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales.”

5.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA

5.1. UNA DISTINCIÓN NECESARIA ENTRE EL JUICIO DE ADMISIBILIDAD Y LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA: La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, norma secundaria que desarrolló el sistema de justicia en esta materia en Ecuador resulta ser confusa e incompleta en cuanto a la distinción de los institutos de la admisibilidad y la procedencia de las acciones constitucionales que se vienen analizando.

En este sentido, por ejemplo, en el caso de la acción de protección lo que la ley hace es determinar los casos de procedencia e improcedencia de dicha garantía, pero nada señala respecto a las causas de admisión o inadmisión específicas para la misma, mas, lo que ocurre es que el legislador confunde los conceptos al determinar que, en caso de concurrir las causas de improcedencia, el juez debe inadmitir al trámite la acción explicando los motivos de por los cuales no procede (arts. 40 y 41 LOGJCC). Para el caso de la acción por incumplimiento, no se determinan los requisitos de procedencia, pero sí se consagran las razones de improcedencia, aunque el legislador las confunde con causas de inadmisión a trámite (art. 56 LOGJCC). En materia de inconstitucionalidad por omisión, no se establecen los requisitos de procedencia e improcedencia, mas, en materia de admisibilidad, este proceso se ciñe a las normas comunes que rigen al control abstracto de constitucionalidad por acción, aunque, en este caso, el legislador solo refiere a una sola causa de inadmisión: el incumplimiento de requisitos insubsanables de la demanda (arts. 128, 79, 83 LOGJCC y 75 RSPCCC).

²⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso No. 0005-10-IO, publicada en el Registro Oficial suplemento No.378 de 4 de febrero de 2011, cuya ponencia pertenece al ex juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

En todo caso, se hace presente que la admisibilidad, en materia procesal, refiere a un juicio previo que permite al órgano jurisdiccional estudiar o decidir sobre la posibilidad de resolver, en lo posterior, lo principal de la causa. Suele, además, señalarse que el juicio de admisibilidad de una causa se limita, exclusivamente, a la verificación de requisitos de forma; no obstante, es de criterio de quien presenta este trabajo que el análisis de admisión a trámite de una acción constitucional es más amplio y comprende no solo la revisión de los requisitos que la ley exige para la presentación de la demanda (arts. 10, 55 79 LOGJCC y 75 RSPCCC), sino que, además, supone un estudio del juez respecto de la legitimación activa, legitimación pasiva o legítimo contradictor (arts. 86.1, 436.10, 439 CE, 9, 41, 53, 77, 128 LOGJCC, 56 y 75 RSPCCC) y la competencia para conocer y resolver la causa sometida a su conocimiento, en este caso, aquellas acciones constitucionales que son de conocimiento directo del órgano de control concentrado, como la acción por incumplimiento e inconstitucionalidad por omisión (arts. 93 y 436.5 y 10 CE), así como las que no son conocidas por la Corte Constitucional de manera directa, como ocurre con la acción de protección que se propone ante juez ordinario del lugar en el cual se produce la omisión o donde aquella surte efectos (arts. 86.2 CE y 7 LOGJCC). Se hace presente, además, que esta decisión, generalmente, se plasma en un auto.

Por otro lado, el análisis de la procedencia de una acción constitucional refiere causas legales que vinculan al juzgador constitucional a realizar un análisis posterior al de admisión mediante el cual, además, examina la posibilidad de conceder o no la acción, observación que, en cambio, engloba cuestiones de fondo respecto de la causa, que serán analizados a continuación y que se evidencian, generalmente, en sentencia.

5.2. EL CASO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN POR OMISIÓN

En materia de acción de protección, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina, taxativamente, los requisitos que el accionante debe cumplir, de forma copulativa o simultánea, a la hora proponer un garantía como la que se estudia. En concordancia con aquello, el accionante debe demostrar la violación de un derecho, la omisión proveniente de autoridad pública o de particular y, además, acreditar la inexistencia de otra vía judicial adecuada y eficaz para la protección de los derechos vulnerados (art. 40 LOGJCC); sin embargo, en el caso de este último

requisito, vale remitirse a lo analizado anteriormente, razón por la cual no cabe volver a tratar dicha temática.²⁷⁵

A pesar de que la ley es clara en cuanto a las causas de procedencia de la acción de protección, la Corte Constitucional, en franca confusión entre dicho instituto y la acción extraordinaria de protección, determinó en un fallo varios requisitos de procedencia para la acción de protección, cuando, en realidad, lo que resolvía era una acción extraordinaria de protección:²⁷⁶

“Requisitos a observarse para la aproximación al juzgamiento en una acción de protección

Tratándose de una nueva garantía de protección de derechos, es necesario determinar los requisitos generales de procedencia, que la Corte pasa a señalar en la siguiente síntesis:

- a. Que la impugnación que se realice tenga trascendencia constitucional, en razón del objetivo de la acción, orientada a conocer la afectación de derechos de las partes en las decisiones judiciales, razón por la que la Corte no puede conocer cuestiones de otra naturaleza, como aspectos de mera legalidad por ejemplo, cuya definición corresponde a otras jurisdicciones.
- b. Que la persona afectada haya agotado todos los medios de defensa judicial existentes, salvo que la falta de interposición de un recurso no sea atribuible a su negligencia. En consecuencia, el actor de este tipo de acción debe acudir a todos los mecanismos judiciales previstos por el ordenamiento jurídico en defensa de sus derechos; de lo contrario, ocurriría que la jurisdicción constitucional sustituiría a la función judicial ordinaria en sus competencias, desnaturalizando su carácter extraordinario al convertirla en un mecanismo alternativo.
- c. Que sea interpuesta en un término razonable a partir de la fecha de adopción de la decisión judicial que originó la vulneración del derecho, a fin de no sacrificar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, mediante un reclamo que se realice

²⁷⁵ *Vid. Supra.* pp.74-78.

²⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia No.027-09-SEP-CC, dictada dentro del caso 0011-08-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No.58 de 30 de Octubre del 2009, cuya ponencia pertenece al ex juez HERNANDO MORALES VINUEZA.

años después de emitida la decisión y evitar así que el conjunto de las decisiones judiciales sean colocadas en situación de absoluta incertidumbre que les despoje de la condición de mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

- d. Que la irregularidad procesal sea de tal naturaleza que incida de manera determinante en la decisión adoptada y cuyo resultado sea la afectación de los derechos constitucionales de quien interpone esta acción, por lo que pequeñas desviaciones del procedimiento que no incidan en la decisión final no pueden ser materia de esta acción.
- e. Que exista una razonable identificación de los hechos que generaron la vulneración como de los derechos que han resultado vulnerados y que, siempre que sea posible, haya sido alegada en el proceso judicial, a fin de que la pretensión ante la Corte cuente con un sustento razonable sobre la afectación de sus derechos que permita a ésta dilucidar de mejor manera y decidir en el caso.
- f. Que se trate de autos o sentencias emitidos fuera de la jurisdicción constitucional, ya que en esta sede se debate precisamente sobre protección de los derechos, debate que no puede prolongarse de manera indefinida.”

5.2.1. VIOLACIÓN DE DERECHOS: La acción de protección ampara a las personas frente a omisiones que menoscaben, afecten o vulneren derechos consagrados en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos, así como los derechos subjetivos naturales de la persona.²⁷⁷ En tal virtud, quien proponga la acción de protección no solo que está obligado a demostrar la violación de derechos, sino que, la omisión en este aspecto, torna a dicha acción en improcedente y deslegitima al accionante para activar la jurisdicción constitucional (arts. 9 y 42. 1 LOGJCC). No obstante, este criterio no implica que el juzgador constitucional no aplique, en sentencia, el principio *iura novit curia* en los términos previstos en la ley y que fueron anteriormente analizados (art. 4.13 LOGJCC).²⁷⁸

En consecuencia, la violación de derechos no está sujeta a la mera enunciación por parte del accionante, es preciso que fundamente y demuestre tal expediente en el escrito de

²⁷⁷ Óp.Cit. OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, pp.114-115.

²⁷⁸ Vid.Supra. pp.25-27

petición. Incluso, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto señalando lo que se cita:²⁷⁹

“Para ello debe tenerse presente que no es suficiente que el accionante haga la mención y transcripción de los derechos supuestamente vulnerados, sino que realice una relación entre estos y la conducta del juzgador que hubiere incurrido en violación, por acción u omisión, de manera tal que pueda identificársela.”

Se debe tomar en cuenta que la Constitución, en principio, incurriría en la aplicación del positivismo estricto al señalar que los derechos susceptibles de amparo mediante acción de protección son, únicamente, los consagrados en su texto, sin tomar en cuenta a los derechos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 88 CE)²⁸⁰. No obstante, si se tiene presente que el principio de aplicación directa e inmediata se prevé también para el caso de los instrumentos internacionales de derechos humanos²⁸¹ y que, en observación irrestricta del mismo, el legislador incluyó a los derechos humanos dentro del ámbito de la acción de protección, la crítica a una tendencia positivista por parte del constituyente queda desvanecida (arts. 11.3 CE, 6 y 39 LOGJCC).

A lo anotado, se suma el reconocimiento que hace el constituyente de los principios de cláusula abierta y de progresividad en materia de derechos y garantías²⁸². Ello, indiscutiblemente, incorpora un criterio más amplio respecto del ámbito de protección de esta acción constitucional, pues el reconocimiento de derechos fundamentales y humanos no excluye a los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, los cuales se desarrollan mediante normas, jurisprudencia y políticas públicas (art. 11.7 y 8 CE).²⁸³

²⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 053-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0684-10-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 714 de 31 de mayo de 2012, cuya ponencia pertenece al ex juez ALFONSO LUZ YUNES.

²⁸⁰ Esta aparente restricción no estaba prevista en la Constitución de 1998, pues en ella, expresamente, se reconocía la procedencia del amparo constitucional para proteger derechos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 95 CRE).

²⁸¹ *Vid. Supra*, pp.12-16.

²⁸² *Vid. Supra*, pp.18-19.

²⁸³ Este criterio sí se recogió en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición (art. 45).

A) DERECHOS FUNDAMENTALES O CONSTITUCIONALES: Bien suele señalar la doctrina que las constituciones, en general, constan formadas de dos partes: la primera, una parte dogmática, la cual constituye el cúmulo de artículos en donde el constituyente incorpora el catálogo de derechos fundamentales y consagra los instrumentos procesales para su protección, es decir, las garantías; la segunda refiere a una parte orgánica, pues regula la organización del Estado y la asignación de competencias para los órganos del poder público.²⁸⁴

En este sentido, la Constitución reconoce un vasto catálogo de derechos que son susceptibles de protección mediante la garantía en comento y que, además, fueron brevemente analizados supra.²⁸⁵ Al respecto, en materia de acción de protección, el texto constitucional no hace distinción alguna respecto de los derechos fundamentales que son objeto de su patrocinio, sino que, más bien, hace referencia, en términos generales, a derechos constitucionales que, en este caso, por omisión resulten lesionados (art. 88 CE). Ahora bien, la postura del constituyente no resulta ser compartida por el legislador, pues este restringe el ámbito de derechos resguardados por la acción de protección para el caso de que aquellos también pudiesen ser justiciables mediante la activación de otra garantía jurisdiccional, cuestión que, como se señaló, fue recogida por la Corte Constitucional en sentencia.²⁸⁶

B) DERECHOS RECOGIDOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS: La incorporación y reconocimiento de los derechos humanos y de los instrumentos internacionales donde aquellos constan en el derecho interno no es un tema de nueva data ni tampoco constituye una dádiva por parte del Estado hacia sus ciudadanos, pues, la lucha por afirmar la vigencia y supremacía de los derechos respecto de la gestión y actividad de los órganos del poder público, fue la inspiración del surgimiento del constitucionalismo a nivel mundial en la búsqueda de frenar el abuso y desviación del mismo. En tal virtud, los Estados y, entre ellos, el Ecuador, están en la obligación de incorporar, en su orden interno, medios procesales para viabilizar la vigencia y

²⁸⁴ Cfr. PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS, Teoría Constitucional, p.15.

²⁸⁵ Vid.Supra, pp.6-9.

²⁸⁶ Vid.Supra, pie de página No. 189.

aplicación real de los derechos humanos (art. 25 CADH). Ello ocurre, precisamente, con la acción de protección, la cual, al menos, legislativamente, sí permite exigir el cumplimiento de los mismos mediante este vehículo procesal (art. 39 LOGJCC).

En todo caso, como se suele estudiar en el Derecho Internacional Público, todos los instrumentos internacionales, incluyendo los atinentes a derechos humanos, deben pasar por un proceso de aceptación en el derecho interno de cada Estado Parte para estar en vigencia, lo cual conmina a pensar en que se podrán exigir, únicamente, derechos humanos cuyos tratados hayan sido ratificados y puestos en vigencia por el Ecuador.²⁸⁷ En este sentido, la potestad para suscribir tratados, convenios, acuerdos, pactos o instrumentos internacionales es atributiva del Presidente de la República (arts. 147.10 y 418 CE); sin embargo, existen instrumentos que, en unos casos, requieren de aprobación legislativa previa a la ratificación por parte del Jefe de Estado y, otros, en cambio, son ratificados, directamente, por dicho funcionario (art. 419 CE). Si el instrumento incurre, como sucede con el caso de los derechos y garantías, en una de las causas señaladas para la aprobación legislativa previa, precisará, además, de control *a priori* de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, con lo cual, luego de efectuados dichos trámites, se podrá proceder a publicar el tratado en el Registro Oficial (arts. 438.1 CE, 107.2 y 110.1 LOGJCC).

La duda que surge respecto a este tema es el eventual conflicto entre un instrumento internacional de derechos humanos y la Constitución. En este caso, el predicamento se soluciona, a criterio de Rafael OYARTE²⁸⁸, aplicando la norma y la interpretación que más favorezca a la efectiva y plena vigencia de los derechos, mas no el principio de jerarquía, en favor de la supremacía constitucional²⁸⁹²⁹⁰, ni el *pacta sunt servanda* en favor del tratado o convenio,

²⁸⁷ Esta postura, como se verá, no resulta ser del todo cierta en virtud del reconocimiento del citado principio de cláusula abierta en materia de derechos.

²⁸⁸ Óp.Cit., OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, pp.121-123.

²⁸⁹ Vid.Supra, pp-28-30.

²⁹⁰ Incluso, si existe un tratado internacional de derechos humanos cuyo contenido es más favorable que el catálogo de derechos constitucionales, aplicará el primer acto normativo sobre este último, lo cual, como se enunció, constituye la excepción al principio de supremacía constitucional ya estudiado en este mismo trabajo (arts. 424 y 426 CE).

cuestión que, además, ha sido prevista en el texto constitucional a manera de principio y que fue abordado en la primera parte de este estudio (arts. 11.5 y 427 CE).²⁹¹

C) DERECHOS DERIVADOS DE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS: Se hizo presente que el constituyente, con acierto, no limitó, de manera taxativa, el reconocimiento de derechos en el sistema ecuatoriano. En consecuencia de aquello, cualquier derecho que se derive de la dignidad de las personas debe ser aplicado, directamente, por parte del juzgador constitucional, aunque el mismo no conste consagrado en el texto constitucional o en un instrumento internacional de derechos humanos (art. 11.5 CE).

Incluso, el juez de la materia no podrá alegar falta de ley o desconocimiento de norma para justificar eventuales violaciones a derechos, rechazar la proposición de una acción o negar el reconocimiento de dichos derechos, lo que induce a concluir que, aunque un derecho se consagre en un instrumento internacional no ratificado por el Ecuador y, por tanto, no vigente, ello no constituye obstáculo para que aquella prerrogativa sea plenamente justiciable mediante este mecanismo constitucional (art. 426, inciso segundo CE).

5.2.2. OMISIÓN DE AUTORIDAD PÚBLICA NO JUDICIAL O DE PARTICULARES: En el Capítulo Segundo del presente trabajo se ha desentrañado lo que se entiende por omisión para el Derecho Procesal Constitucional ecuatoriano. Asimismo, ya se determinó, en el capítulo que se viene desarrollando, que dicha inacción proviene o tiene como legitimados pasivos a las autoridades públicas no judiciales y a los particulares, en los casos previstos en la ley, por lo que no se insistirá sobre lo mismo.

Lo que sí se debe hacer presente es que, al igual que ocurre con la vulneración de derechos, el accionante debe identificar la omisión que va a atacar mediante la proposición de la acción de protección, señalando, además, la persona o autoridad de la cual emana tal inacción (art. 10.2 y 3 LOGJCC).

Que el acto u omisión que se impugna debe ser identificado por el accionante ha sido postura sostenida por la Corte Constitucional.²⁹²

²⁹¹ *Vid. Supra*, pp.17-18.

“No precisa el legitimado activo de qué manera los jueces han transgredido este principio previsto en la Carta Suprema, pues no indica qué acto u omisión imputado a ellos es de carácter regresivo de derechos, ni se advierte que en el supuesto señalado, tales actos u omisiones han disminuido, menoscabado o anulado su derecho de acceder ante los órganos judicial a presentar su acción.”

Aunque, por otro lado, si la demanda no reúne todos los requisitos para su procedencia, como es el caso de identificar la omisión violatoria de derechos, el juzgador deberá mandar completar la misma, pero, si transcurrido el plazo de tres días otorgado por la ley para solventar esas omisiones, la acción sigue incompleta y se evidencian violaciones a derechos, el juez debe tramitar el proceso, subsanando, en lo que le fuere posible, las omisiones del accionante con el fin de permitir que se llegue a la audiencia, disposición legal que, evidentemente, incita al prevaricato, pues resulta incomprensible que el juez constitucional se pronuncie, en juicio de admisión de la demanda, sobre violaciones a derechos que son, más bien, materia de sentencia por ser asuntos de fondo de la causa (art. 10, inciso último LOGJCC).

Situación harto distinta es que, por la informalidad de la que se revistieron a las garantías de derechos en el esquema del constituyente, al legitimado activo no se le exija citar las normas o la jurisprudencia pertinentes y que sirvan de fundamento para la proposición de la acción (arts. 86.2, letra c) CE y 10.3 LOGJCC).

5.3. EL CASO DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

A diferencia de lo que sucede con la acción de protección, en materia de acción por incumplimiento, ciertamente, el legislador omitió determinar, expresamente, los requisitos de procedencia de la misma, situación que no genera un escenario seguro a la hora de su proposición. Por tanto, la falta de establecimiento de ciertos requisitos de procedencia otorga a la Corte Constitucional cierta subjetividad a la hora de decidir sobre la concesión o denegación de la acción, lo cual provoca, además, vulneración directa a la seguridad jurídica (art. 82 CE). En todo caso, se estima que la acción por incumplimiento procede siempre que el legitimado activo demuestre lo siguiente:

²⁹² Corte Constitucional, Sentencia No. 037-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0990-10-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 714 de 31 de mayo de 2012, cuya ponencia pertenece al ex juez HERNANDO MORALES VINUEZA.

5.3.1. RELACIÓN E IDENTIDAD ENTRE EL INCUMPLIMIENTO ALEGADO Y LOS ACTOS OBJETO DE LA ACCIÓN: Este requisito de procedencia sugiere que el incumplimiento alegado en la petición o demanda recaiga sobre cualquiera de los actos que son objeto de dicho mecanismo y que fueron analizados anteriormente, esto es, actos normativos infraconstitucionales, actos administrativos de alcance general y sentencias e informes en materia de derechos humanos que no cuenten con otra vía judicial que viabilice su cumplimiento²⁹³ o que, contando con una, la inadmisión de la acción constitucional, provoque un daño grave e inminente al legitimado activo, lo cual, a decir de Johanna ROMERO LARCO²⁹⁴, refiere, únicamente, a que la vía ordinaria sea menos eficaz, adecuada o protectora que la constitucional²⁹⁵.

5.3.2. DEMOSTRACIÓN DE QUE EL ACTO INCUMPLIDO CONTIENE UNA OBLIGACIÓN: No solo que el accionante debe fundamentar e identificar en su demanda que el incumplimiento se desprende de un acto de la naturaleza de los señalados, sino que, además, el incumplimiento debe provenir de la violación de una obligación expresa, clara y exigible de hacer o no hacer que vincule al legitimado pasivo y que se contenga en el acto incumplido.

Ahora bien, estos requisitos podrían no ser indispensables en el evento de que la acción se proponga contra una autoridad o institución pública o de un particular en materia de daño ambiental o discriminación, pues, en este caso, existe una suerte de inversión de carga probatoria en contra del legitimado pasivo, ya que si estos no contradicen lo argumentado por el accionante o no remite la información correspondiente, se presumen como ciertos los fundamentos del legitimado activo, aunque no hayan sido comprobados, con lo cual, la acción procede (arts. 86.3 CE y 16 LOGJCC).

5.3.3. QUE LA ACCIÓN NO SE PROPONGA EN REEMPLAZO DE OTRA GARANTÍA DE DERECHOS: A pesar de que ya se señaló que la naturaleza jurídica de la acción por incumplimiento no es la de una garantía de derechos, hay que hacer presente que el

²⁹³ *Vid. Supra*, pp.38-43.

²⁹⁴ Cfr. Óp.Cit, ROMERO LARCO, JOHANNA, pp.237-238.

²⁹⁵ Sin embargo, la postura citada se encuentra, ciertamente, incompleta, es decir, no solo que la ineficacia o inadecuación de un proceso judicial ordinario que, como se señaló *supra*, no existe en el caso ecuatoriano, frente el constitucional, puede provocar la consecuencia señalada a la hora de inadmitir la acción por incumplimiento, sino que, además, la tesis del daño grave e inminente en materia de garantías de derechos tiene precedentes más amplios emitidos por el ex Tribunal Constitucional, los cuales serán analizados *a posteriori* en el acápite de las causas de improcedencia de la acción por incumplimiento.

legislador condiciona la procedencia de la misma a que no sea propuesta para la protección de derechos que son objeto de amparo de otras garantías constitucionales.

En tal virtud, a decir de Johanna ROMERO LARCO, el único derecho que puede ser protegido mediante acción por incumplimiento es la seguridad jurídica, pues dicha acción se prevé para dotar de eficacia al orden jurídico cuando el mismo está siendo incumplido. Por tanto, si el objeto de este mecanismo es la garantía de la aplicación de los actos que se subsumen a aquel, este será el resultado del análisis del juez constitucional cuando se constate dicha circunstancia.²⁹⁶ Sin embargo, la postura anotada por la citada autora incurre en el error de confundir la naturaleza jurídica de la acción por incumplimiento, con los derechos que esta pretendería proteger, los cuales no referirán, exclusivamente, a materia de seguridad jurídica, so pena de que ya se hizo presente que, al no ser esta una garantía, en esencia, no estaría prevista para proteger derechos, sino para vincular al legitimado pasivo a la aplicación y cumplimiento de los actos objeto de la acción.

5.4. EL CASO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Al igual que ocurre con la acción por incumplimiento, la acción de inconstitucionalidad por omisión tampoco cuenta con requisitos de procedencia expresamente previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. No obstante lo señalado, se estima procedente exponer, a manera de propuesta, los siguientes casos de procedencia en esta materia, aunque ello no implica que puedan existir otros o que la Corte Constitucional, mediante la emisión de jurisprudencia, pueda delimitar estos vacíos en los que el legislador ha incurrido (art. 436.6 CE).

5.4.1. ESTABLECER LA RELACIÓN ENTRE LA OMISIÓN Y EL MANDATO CONSTITUCIONAL VULNERADO: En materia de inconstitucionalidad por omisión, el accionante debe determinar la relación que se produce entre la omisión que impugna y el mandato constitucional que, a su criterio, se ha incumplido. En tal virtud, el establecimiento de dicha relación se sujeta a la demostración por parte del legitimado activo en cuanto a que la omisión recae sobre un mandato constitucional, lo que supone que dicha norma ha sido inobservada por un órgano del poder público por la vía de la inacción, es decir, que la omisión se ha suscitado a consecuencia de existir norma

²⁹⁶ Cfr. Óp.Cit. ROMERO LARCO, JOHANNA, pp.241-242.

constitucional expresa que debía ser cumplida, pero que, en efecto, no lo ha sido (arts. 436.10 CE y 128 LOGJCC).

Asimismo, no solo que la omisión debe provenir de un mandato constitucional, sino que, además, dicho mandato constitucional no puede ser cualquiera, pues debe tratarse de mandatos constitucionales de eficacia aplazada, es decir, normas constitucionales con contenido mandatorio de legislar y de orden programático. En tal virtud, la acción de inconstitucionalidad por omisión será improcedente cuando, mediante aquella, se pretendan hacer cumplir normas que, so pena de ser constitucionales, no reúnan las características ya estudiadas.²⁹⁷

Por otro lado, no solo que la proposición de una acción de inconstitucionalidad por omisión de actos normativos no constitucionales torna a la misma en improcedente, aunque la ley nada diga al respecto, sino que, para dicho efecto, existe otra vía constitucional de impugnación, esto es, la acción por incumplimiento. Incluso, la exclusividad de la inconstitucionalidad por omisión frente mandatos constitucionales se hace evidente desde que las omisiones que recaen sobre aquellas normas no pueden ser objeto de de impugnación mediante acción por incumplimiento (art. 56.2 LOGJCC).

5.4.2. DEMOSTRAR QUE EL MANDATO CONSTITUCIONAL IMPONE UNA OBLIGACIÓN: No resulta suficiente con que el accionante demuestre que la omisión proviene de un mandato constitucional, sino que, además, debe hacer identificar que, dentro de dicho mandato, existe una obligación impuesta. Se señaló que la omisión debe recaer sobre mandatos constitucionales de eficacia aplazada, pues son aquellos los que, generalmente, imponen una obligación a los órganos del poder público.

Ahora bien, la obligación impuesta por el mandato constitucional no puede ser, asimismo, cualquiera, pues en el caso ecuatoriano, la omisión inconstitucional adopta el aludido concepto amplio en la materia, lo cual implica que, o bien la obligación implica la imposición de legislar o desarrollar, mediante norma secundaria, una norma constitucional o, por otro lado, genera una vinculación de acción a los poderes

²⁹⁷ Este caso podría presentarse frente a lo que ÁNGEL GARRORENA MORALES define como normas constitucionales de eficacia directa, pues aquellas disposiciones, por sí solas, incluyen, en su contenido, todos los elementos necesarios para su aplicación, por lo que operan por ellas mismas, situación que ocurre con normas que consagran derechos, normas de orden orgánico y normas contentivas de principios y valores.

públicos²⁹⁸, excluyéndose de aquella a la actividad normativa. Por lo tanto, se atisba la improcedencia de una acción de inconstitucionalidad por omisión para el caso de mandatos constitucionales que no contengan este tipo de obligaciones.

En este sentido, la Corte Constitucional ha denominado a este requisito como la exigencia constitucional para obedecer un mandato constitucional de actuar:²⁹⁹

“El primero de los elementos es aquel que determina la constitucionalidad del problema y lo distingue de vulneraciones a otras normas, susceptibles de ser subsanadas por fuera de la jurisdicción constitucional. La aplicación de dicho elemento implica que si no existe una norma constitucional que establezca un deber positivo, la omisión no tendrá por resultado la transgresión de la Carta Fundamental. Ahora, este deber, como lo ha señalado esta Corte, debe ser, en palabras de la Ley de la materia, claro y concreto.”

5.4.3. DELIMITAR EL TIPO DE OMISIÓN INCONSTITUCIONAL CUYA DECLARACIÓN SE PRETENDE: Este, tal vez, se conciba como un requisito ajeno a la relación procesal que existe entre el juzgador y las partes litigantes, en este caso, el accionante, pues, es bien sabido que, mientras actor y demandado traban la litis mediante la proposición de una acción y la contestación a la misma, el juez es quien, por su calidad y, mediante sentencia, resuelve el fondo de la causa, en base a las conclusiones a las que llegue en aplicación de las normas, los argumentos dados por las partes y su sana crítica, por lo que, pretender delimitar la decisión del juez mediante el establecimiento del tipo de omisión inconstitucional que se requiere sea declarada, en principio, dirían algunos, invadiría el campo de acción del juez constitucional.

²⁹⁸ Ahora bien, lo que ocurre en Ecuador es que el legislador, como ya se dijo, incorporó el concepto restringido de omisión y no el amplio, lo cual le indujo a evitar la regulación respecto a la omisión de mandatos constitucionales de naturaleza programática pero que no imponen obligación de legislar, lo cual, evidentemente, genera un predicamento en el evento de que se proponga una acción de inconstitucionalidad frente a este tipo de mandatos constitucionales que contienen la obligación aludida, pues, en esta materia, lo único que procede al amparo de la ley es la impugnación de omisiones normativas.

²⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia No.001-13-SIO-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO (acumulados), publicada en el Registro Oficial suplemento No.919 de 25 de marzo de 2013, cuya ponencia pertenece a la juez WENDY MOLINA ANDRADE.

No obstante, en materia de omisión inconstitucional, este argumento no resulta ser aplicable, toda vez que ha sido el legislador el que ha previsto, en aplicación de lo dispuesto por el constituyente, dos tipos de omisiones que pueden ser objeto de impugnación mediante el mecanismo que se analiza y que, ciertamente, son incompatibles, lo cual induce a pensar que la proposición de dicha acción en la cual conste la petición conjunta de declaratoria de inconstitucionalidad de las dos omisiones, resultaría ser improcedente. El legislador y el constituyente han previsto la existencia de omisiones absolutas y omisiones relativas. El primer caso ocurre, como ya se vio, cuando no se ha dictado una norma ordenada por la Constitución y la segunda cuando, en cambio, dictada la norma, esta resulta ser incompleta. Por tanto, si una norma no fue dictada, evidentemente no podrá ser incompleta y, asimismo, si una norma ha sido dictada, pero es incompleta, será imposible que esta no exista, lo que ocurre es que posee vicios o lagunas. Por estos motivos, se considera, como requisito de procedencia de esta acción, al hecho de que el accionante delimite y especifique el tipo de omisión inconstitucional que es objeto de su pretensión, pues de aquella actuación dependerá la decisión que la Corte Constitucional tome en sentencia: dictar las reglas básicas de manera transitoria hasta que el órgano omiso dicte la norma o, mediante sentencia manipulativa, cubrir las lagunas normativas de manera definitiva (art. 129 LOGJCC).³⁰⁰

Similar criterio fue recogido por la Magistratura al señalar lo que sigue:³⁰¹

“La distinción en el tipo de inacción o abstención lleva a concluir en que, respecto de un mismo mandato establecido en la Constitución, no es posible que en la práctica concurren al mismo tiempo una omisión absoluta y una relativa. En el caso bajo análisis, no podría a la vez consentirse en que no se ha promulgado una norma que desarrolle la Disposición Transitoria Vigésimo Primera de la Constitución de la República, mientras se sostiene que sí se ha promulgado, pero sin cumplir completamente con lo prescrito por la Carta Constitucional.

³⁰⁰ Incluso, la letra c) del artículo 75 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional señala, como requisito de la demanda de inconstitucionalidad por omisión, el hecho de que el accionante especifique, en concreto, su pretensión y los efectos de la misma.

³⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia No.001-13-SIO-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO (acumulados), publicada en el Registro Oficial suplemento No.919 de 25 de marzo de 2013, cuya ponencia pertenece a la juez WENDY MOLINA ANDRADE.

Los accionantes no son precisos en determinar el tipo de comportamiento que omitió el órgano legislativo. En algunos de sus argumentos se advierte que consideran que la Asamblea Nacional definitivamente no ha llevado a cabo el procedimiento legislativo para cumplir con lo dispuesto en la transitoria; mientras que en otros, aceptan un desarrollo deficiente de la misma, con un resultado que omitiría elementos importantes de la norma, o que incluso, consistiría en una lesión al principio de igualdad y no discriminación, en razón de una exclusión arbitraria de beneficios. Por su parte, en mayor o menor medida, las autoridades que contestaron las demandas presentaron argumentos respecto de las dos posibilidades.”

Dentro del mismo caso en el que, como se dijo, se propuso, simultáneamente, omisión absoluta y relativa, la Corte Constitucional, en aplicación incorrecta y errónea de la aludida regla *iura novit curia*, en lugar de haber enviado a corregir la demanda antes de resolver el fondo de la cuestión, conforme lo determina el artículo 83 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, corrigió, de oficio, los vicios de la petición:³⁰²

“Ante esta eventualidad, en aplicación del principio *iura novit curia* la Corte Constitucional debe definir el tipo de inacción o abstención de la que se trata. En el proceso ha sido consentido por todas las partes, que la Asamblea ha promulgado normas legislativas encaminadas a la aplicación de la disposición transitoria, aunque no exista acuerdo respecto de cuáles son dichas normas. En todo caso, es claro que no nos encontramos frente a la falta de promulgación de la norma, lo que excluye la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión absoluta.”

6.- CASOS DE IMPROCEDENCIA

6.1. EL CASO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

³⁰² Corte Constitucional, Sentencia No.001-13-SIO-CC, dictada dentro de los casos No. 0001-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO (acumulados), publicada en el Registro Oficial suplemento No.919 de 25 de marzo de 2013, cuya ponencia pertenece a la juez WENDY MOLINA ANDRADE.

En materia de acción de protección, si bien la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece, taxativamente, los casos en los cuales dicha garantía no procede, se incurre en el error de confundir entre la procedencia y la admisión, pues, el legislador ha determinado que, en caso de que el juez encuentre improcedente la acción, deberá, mediante auto, declararla inadmisibile (art. 42 LOGJCC).

En todo caso, la ley prevé causas de improcedencia tanto para la acción de protección por acción como para aquella que impugna omisiones. Por tanto, para efectos del presente trabajo, al ser objeto de estudio el último tipo de acción de protección, se analizarán, a continuación, aquellos casos en los cuales esta no procede.

6.1.1. CUANDO DE LOS HECHOS NO SE DESPRENDA QUE EXISTE UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS³⁰³: Si se comparan las tres acciones constitucionales que se vienen analizando y si, además, se tienen presentes las puntualizaciones efectuadas respecto a cada una, se puede inferir que, de aquellas, la única que, por antonomasia, protege derechos ante una eventual vulneración o amenaza de los mismos es la acción de protección, en este caso, por omisión.

Si la acción de protección es una vía constitucional expedita para el amparo directo de derechos fundamentales y humanos, resulta lógico pensar en que el juez niegue la procedencia de la misma cuando, del análisis y de los hechos planteados respecto a la omisión impugnada, no se desprenda una flagrante violación a derechos (art. 42.1 LOGJCC).

Ahora bien, el legislador incurre en el equívoco de señalar que, anticipadamente, esto es, mediante auto, se inadmita a trámite la acción propuesta en caso de que no encuentre vulneración de derechos, lo cual implica vincular al juez a adelantar un criterio que, en todo caso, debería ser materia de pronunciamiento en sentencia y luego de haberse suscitado el proceso. Inclusive, tómesese en cuenta que el análisis sobre eventuales violaciones a derechos forma parte de la estructura y contenido básico de una sentencia de garantías constitucionales, no de un auto de admisión (art. 13.4 LOGJCC). Ante la no existencia de violación de derechos lo que cabe es negar la acción por ser

³⁰³ Esta causal de improcedencia no fue prevista en las derogadas Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición (art. 50).

improcedente, mas no inadmitirla a trámite sin el estudio correspondiente del caso (art. 42, último inciso LOGJCC).

6.1.2. CUANDO EN LA DEMANDA EXCLUSIVAMENTE SE IMPUGNE LA CONSTITUCIONALIDAD O LEGALIDAD DE LA OMISIÓN, QUE NO CONLLEVEN LA VIOLACIÓN DE DERECHOS: Por regla general, la proposición de una acción de protección en la cual se impugne una omisión por ser inconstitucional o ilegal, esto es, por resultar irregular respecto del texto constitucional o por lesionar el orden jurídico infraconstitucional, no es procedente.

Ahora bien, el legislador comete un error al dejar anunciada una posibilidad de que, mediante esta acción, se pueda impugnar la inconstitucionalidad o la ilegalidad de una omisión, pues, al parecer, si aquella conlleva la violación de derechos, dicho mecanismo constitucional propuesto en este sentido podría resultar procedente, previsión legislativa, ciertamente, curiosa (art. 42.3 LOGJCC).

6.1.2.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN: Téngase en cuenta, por un lado que, de admitirse a trámite y declararse posteriormente procedente una acción de protección en estas condiciones, se generarían, básicamente, dos problemas: El primero sería un predicamento de competencia, pues el juez ordinario que, por conocer y resolver un garantía, asume roles de juez constitucional, resultaría ser incompetente en razón de la materia, pues, en todo caso, el análisis sobre la eventual inconstitucionalidad de un acto u omisión corresponde al órgano de control concentrado, es decir, la Corte Constitucional. La segunda dificultad que se produce es la equivocación de vía por parte del legitimado activo, ya que, la impugnación de una omisión inconstitucional quedaría reservada, más bien, a la acción de inconstitucionalidad por omisión, siempre que dicha omisión recaiga sobre los tipos de normas constitucionales analizadas.

Al respecto, se estima que, de existir omisiones que contradigan la Constitución, pero que no devienen de normas fundamentales objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión (art. 436.10 CE), estas, a primera vista, no contarían con un mecanismo de tal naturaleza para ser impugnadas, pues el control abstracto de constitucionalidad ha sido diseñado para ejercer supervisión

de actos normativos o administrativos, más no de omisiones (art. 436.2. y 4 CE). No obstante, en virtud de la salvedad arriba expuesta, podría señalarse que, de producirse dichas omisiones, bien cabría su impugnación mediante una acción de protección, siempre que, de aquellas, se desprenda la violación a derechos, pues sería el único mecanismo constitucional para hacer efectiva dicha pretensión, aunque, a criterio de quien realiza el presente estudio, tal proceder implicaría la desnaturalización de la garantía de derechos en mención.

De ahí que, mientras una acción de protección persigue impugnar una omisión ilegítima violatoria de derechos³⁰⁴, la omisión inconstitucional, en Ecuador, pretende impugnar la mora en la emisión de normas secundarias de desarrollo constitucional (omisión de un mandato constitucional de legislar) o de cumplir una orden de acción prevista para los poderes públicos (mandato constitucional programático). Asimismo, mientras la acción de protección por omisión tiene como objetivo que el juez, mediante sentencia, vincule al ente omiso a actuar para frenar o evitar violación a derechos, la omisión inconstitucional se enfoca en exigir que un mandato constitucional de legislar sea absolutamente cumplido o que, a su vez, un mandato constitucional programático sea observado por el órgano competente y obligado a ello.

6.1.2.2. LA ILEGALIDAD DE LA OMISIÓN: Por otro lado, el control de legalidad de los actos administrativos y normativos ha sido encargado a la jurisdicción contencioso administrativa (arts. 1,2 y 3 LJCA), pero, ¿qué ocurre cuando la ilegalidad no se relaciona con un acto, sino con una omisión? En efecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa nada señala respecto a que sus jueces puedan hacer control legal respecto de tal evento. Por esta razón, las omisiones ilegales escapan tanto al control de legalidad como al de constitucionalidad, salvo el caso de que dichas omisiones ilegales acarreen violación de derechos, requisito con el cual, aunque sea una omisión ajena al campo de la jurisdicción constitucional, ésta, en virtud de la salvedad dejada por el legislador, bien podría ser impugnable mediante una acción de protección, lo

³⁰⁴ La omisión ilegítima implica, en palabras de RAFAEL OYARTE, la mora de actuación en la que incurre un órgano en virtud de su actividad, pese a que el orden jurídico le ha dotado de atribuciones suficientes para obrar, provocando con ello una evidente vulneración de derechos.

cual, al igual que en el caso anterior, desnaturaliza la garantía señalada, pues el juez constitucional estaría pronunciándose sobre asuntos de mera legalidad, cuestión harto ajena a su ámbito de competencia.³⁰⁵

Sobre esta causa de improcedencia, la Corte Constitucional ha señalado los presupuestos de diferenciación entre el control abstracto de constitucionalidad y las garantías de derechos. No obstante, nada señaló respecto a la excepción prevista en la ley: la posibilidad de que la omisión, sea esta legal o inconstitucional, vulnere derechos:³⁰⁶

“La razón de ser de este presupuesto de improcedencia de la acción de protección, reconocido en el numeral 3 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, encuentra fundamento en uno de los principios de interpretación constitucional, en concreto, aquél denominado de "interpretación sistemática". En efecto, dicho canon de interpretación propende que la Constitución sea leída en su integridad, con el fin de evitar que a partir de lecturas aisladas se prive de eficacia a otros preceptos constitucionales que regulen una materia similar. Es el caso del control abstracto de constitucionalidad y la acción de protección. En el primer caso, es claro que cuando un acto administrativo con efectos generales, o un acto normativo con efectos generales contravengan preceptos constitucionales y la pretensión sea la expulsión de dicho acto del ordenamiento jurídico o su ineficacia, la vía adecuada será el control abstracto de constitucionalidad, competencia exclusiva y excluyente de la Corte Constitucional, de conformidad con los numerales 2, 3 y 4 del artículo 436 de la Constitución de la República. En el segundo caso, cuando un acto o u omisión de cualquier autoridad no judicial, política pública, acción u omisión proveniente de un particular, bajo los parámetros previstos en

³⁰⁵ Se considera que, en este caso, no se incurre en residualidad, pues no existe reemplazo de la justicia constitucional en lugar de la ordinaria ya que, en esta última sede, como se dijo, no existe proceso principal alguno que permita impugnar las omisiones ilegales, por lo que, más bien, la acción de protección se torna principal, con lo que se cumple el requisito de procedencia de inexistencia de otra vía judicial adecuada y eficaz para proteger el derechos violado (art. 40.3 LOGJCC).

³⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 055-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0213-10-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de Enero del 2011, cuya ponencia pertenece al ex juez EDGAR ZÁRATE ZÁRATE.

el artículo 88 de la Constitución de la República, VULNEREN DERECHOS CONSTITUCIONALES, y la pretensión sea la declaración de dichas vulneraciones junto con la reparación integral, será la acción de protección el mecanismo constitucional adecuado para la protección y reparación de esos derechos vulnerados.”

6.1.3. CUANDO LA PRETENSIÓN DEL ACCIONANTE SEA LA DECLARACIÓN DE UN DERECHO: Téngase presente que la acción de protección es, por naturaleza, un proceso constitucional de conocimiento, no declarativo. Por ello, en razón de su naturaleza, el legislador ha previsto, como uno de sus límites, el hecho de que, quien proponga dicha garantía con finalidad declarativa, esto es, que el juez establezca la existencia de un derecho o determine que el accionante es su titular, constituye causal de improcedencia de la misma, por lo que el juzgador, en este caso, no podrá concederla, pues, como se hizo presente, la acción de protección tiene como finalidad el amparo directo de derechos frente a actos u omisiones, mas no la declaración de los mismos.³⁰⁷

Ahora bien, cierto sector de la doctrina en Ecuador comete una equivocación al confundir la naturaleza declarativa de un proceso con el establecimiento, reconocimiento o consagración de derechos en un instrumento jurídico positivo. Así, por ejemplo, Juan MONTAÑA PINTO³⁰⁸ y Pablo ALARCÓN PEÑA³⁰⁹, respecto de la causa de improcedencia que se analiza, señalan que aquella resulta obvia, por cuanto los derechos objeto de amparo de la acción de protección ya han sido previamente declarados y establecidos en la norma constitucional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos e, incluso, aquellos que derivan de la naturaleza de la persona que, aunque no consten escritos, son objeto de protección en virtud de los principios de cláusula abierta y progresividad de derechos, por lo cual no corresponde determinar o declarar la existencia de un derecho mediante sentencia, sino solo su salvaguarda, en caso de ser necesario. Por tanto, para estos autores, la improcedencia de la acción de protección con un fin declarativo se relaciona con la consagración previa de

³⁰⁷ *Vid.Supra.* pp.70-73.

³⁰⁸ Cfr. MONTAÑA PINTO, JUAN, Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección, Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo II, Quito, Corte Constitucional, 2011, p.117.

³⁰⁹ Cfr. ALARCÓN PEÑA, PABLO, Residualidad: Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección, Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp.595-596.

un derecho en una norma, señalamiento que dista doctrinariamente de lo que se definió como proceso declarativo, pues una cosa es que una norma consagre en su contenido un derecho y otra, muy distinta, que un proceso declare un situación jurídica en favor de una de las partes procesales.

En todo caso, la tarea del juez constitucional consiste en evidenciar la violación de derechos y ordenar, en sentencia, su reparación, situación que dista de la posibilidad de que se declare una situación jurídica, en este caso, un derecho, mediante una garantía constitucional cuya función es, más bien, protegerlo (art. 17.4 LOGJCC).

6.1.4. CUANDO LA OMISIÓN EMANE DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Y PUEDA SER IMPUGNADA ANTE EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL: La intención de excepcionar del ámbito de la justicia constitucional a los actos y omisiones provenientes de los órganos electorales no es motivo de discusión de nueva data. Así, el Reglamento de Trámites y Expedientes en el Tribunal Constitucional excluía, expresamente de la procedencia de una acción de amparo, lo relativo a los recursos de queja tramitados ante el entonces Tribunal Supremo Electoral (art. 50 RTETC), aunque, el entonces órgano de control constitucional sí podía conocer quejas frente a ciertas omisiones provenientes del Tribunal Supremo Electoral (arts. 45 y 96 LE)³¹⁰, situación que no implicaba que, por apelación, resuelva amparos constitucionales en materia electoral, pues, a criterio del profesor RAFAEL OYARTE, el amparo no podía reemplazar la queja electoral.³¹¹

Actualmente, la Función Electoral no está integrada por un solo órgano, como ocurría en el sistema anterior. Por ello, existen dos cuerpos colegiados que la conforman: el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, el primero un ente administrativo y, el segundo, jurisdiccional (arts. 218, 219, 220 y 221 CE). En consecuencia de aquella estructura, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional resulta ser más amplia respecto de la exclusión prevista en el aludido Reglamento, pues advierte que no procede una acción de protección frente a

³¹⁰ Dichas omisiones recaían sobre la no convocatoria a elecciones por parte del ex Tribunal Supremo Electoral y sobre la no resolución de los recursos de apelación por parte del mismo órgano, en cuyo caso el ex Tribunal Constitucional tenía facultades sancionatorias, pero no jurisdiccionales. Actualmente, en materia de omisión de convocatoria a elecciones por parte del Consejo Nacional Electoral, la intervención de la Corte Constitucional es, asimismo, subsidiaria y sancionatoria, así como también interviene, con criterio dirimente, en caso de conflicto de competencias entre los dos órganos de la Función Electoral (arts. 88 y 8 LOPECD).

³¹¹ Cfr. Óp.Cit. OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, p.165.

omisiones provenientes del Consejo Nacional Electoral que puedan ser impugnadas ante el Tribunal Contencioso Electoral, salvedad que ya no recae solamente en el caso de las quejas, sino de cualquier inacción (art. 41.7 LOGJCC). Sin embargo, la norma en mención prescinde del ámbito de la acción de protección, únicamente, aquellas omisiones que pudieren ser conocidas por el Tribunal Contencioso Electoral, lo que podría permitir la procedencia de una acción de protección frente a omisiones que no puedan ser conocidas por dicho organismo (art. 42.7 LOGJCC). No obstante, se considera que la ley electoral obvió establecer, de manera expresa y clara, las omisiones del Consejo Electoral que pueden y no pueden ser objeto de control judicial por parte del Tribunal Contencioso Electoral³¹², por lo cual esta causal de improcedencia resulta ser oscura y confusa.

Por otro lado, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas prevé los recursos que, respecto de las actuaciones del Consejo Nacional Electoral, pueden ser interpuestos ante el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, esto es, la apelación, la queja, la nulidad y la revisión, cada uno con causales propias de procedencia (arts. 268, 269, 270, 271 y 271 LOEOPECD). Todos aquellos plantean requisitos de procedencia frente a actos provenientes del Consejo Nacional Electoral, mas no frente a omisiones, salvo el caso del recurso de queja, en cuyo caso, sus causas de procedencia obedecen, solamente, a omisiones, las cuales, como se dijo, están sujetas a revisión del órgano judicial en la materia (art. 270 LOEOPECD).

Ahora bien, además de vacío normativo señalado respecto a la distinción entre omisiones electorales sujetas al control electoral y omisiones electorales sujetas al control constitucional, cabe cuestionar: ¿Quién es el juez competente para resolver omisiones electorales que afecten a derechos fundamentales, como podría ocurrir, en este caso, con los derechos políticos? La respuesta a tal inquietud resulta ser no menos compleja; no obstante, se comprende que la intención del legislador se encamina a que toda actuación del Consejo Nacional Electoral escape al control de la constitucionalidad, lo cual, a criterio de Juan MONTAÑA PINTO³¹³, es una decisión legislativa que deviene de una interpretación antojadiza en la que se ve al Tribunal Contencioso Electoral como juez de constitucionalidad en materia de derechos políticos sin tomar en cuenta que

³¹² Similar criterio al esbozado puede verse en el ensayo de PABLO ALARCÓN PEÑA, citado anteriormente en este trabajo.

³¹³ Óp.Cit. Cfr. MONTAÑA PINTO, JUAN, p.118.

aquello no fue previsto por la Constitución, lo que vulnera, a su criterio, el principio de supremacía constitucional.³¹⁴

6.1.5. SI SE PROPONE LA ACCIÓN PARA PROTEGER DERECHOS QUE SON OBJETO DE AMPARO MEDIANTE OTRA GARANTÍA: Ello implica que la acción de protección procede siempre que los derechos cuyo amparo se pretende no sean susceptibles de defensa mediante otra garantía, esto es, el hábeas data, hábeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección. Aunque esta causa de improcedencia no está prevista en aquellas que se regulan en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sí se la prevé en el artículo 39 de la misma y pretende evitar que se active esta garantía de derechos en reemplazo de otra.

Se debe decir además que, aunque la Ley nada señala respecto la delimitación de los derechos que, eventualmente, puedan ser objeto de una u otra garantía, la jurisprudencia constitucional³¹⁵ tampoco ha aportado a la delimitación del ámbito de derechos correspondientes a cada acción, con lo cual, se genera un riesgo en esta materia: al momento de su proposición, el accionante no tiene definida la vía constitucional adecuada para la protección del derecho que, señala, ha sido lesionado, fijación que se hace en virtud del subjetivismo en el podrían incurrir los jueces a la hora de conceder o no la garantía que se analiza.

Ahora bien, esta restricción legal es, como se dijo, innecesaria, pues téngase presente que la Constitución no hace reserva alguna de derechos en favor de cada garantía, lo cual implica que, dependiendo de los hechos y del tipo de acto u omisión del que se trate, el accionante, cumpliendo con los requisitos de admisibilidad y de procedencia, optará por la garantía que, según su pretensión, sea la vía adecuada para la protección de cualquiera de los derechos fundamentales y humanos.

³¹⁴ En el sistema constitucional mexicano, a diferencia de lo que ocurre con el ecuatoriano, se estableció un juicio específico para la protección de los derechos políticos y electorales de los ciudadanos, el cual es conocido por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como un instrumento procesal paralelo al juicio de amparo que, como bien señala HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, tradicionalmente, no procede para la tutela de derechos políticos. En cambio en Nicaragua, es la Constitución la que limita el recurso de amparo en esta materia, pues niega la posibilidad de que se impugnen, mediante recursos ordinarios o extraordinarios, los actos u omisiones provenientes del Consejo Supremo Electoral (art.173).

³¹⁵ Tómesese en cuenta que la Corte Constitucional es el órgano competente para emitir jurisprudencia vinculante en materia de garantías de derechos (art. 436.6 CE).

En consecuencia, la reserva de derechos en materia de garantías es ajena al espíritu del constituyente, pues si se aplica esta intención legislativa de delimitación de derechos, implicaría es las garantías, entre sí, se tornan inaplicables, pues, frente a la proposición de una de ellas, siempre existiría otra adecuada para la protección del derecho que con la otra se pretenda conseguir, lo cual desdice y dista del “garantismo” al que tanto han hecho alusión quienes propugnan el *constitucionalismo contemporáneo* en Ecuador. Por ello, como se dijo, la solución no está en entablar reservas de derechos entre garantías, sino que, para evitar su choque, se requiere de un correcto tratamiento legal de las mismas en cuanto a su objeto, ámbito de aplicación, procedencia e improcedencia, sin importar el derecho que protejan.

6.2. EL CASO DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La acción por incumplimiento, al igual que la acción de protección, sí cuenta con causas expresas de improcedencia. No obstante, en similar confusión que el caso anterior, el legislador no distingue entre la improcedencia y la inadmisión, pues las llama causas de inadmisión pero manda al juez constitucional a declarar improcedente la acción en caso de que sobrevengan dichos señalamientos que, en todo caso, impiden que la acción sea concedida (art. 56 LOGJCC). En similar confusión incurre cierto sector de la doctrina ecuatoriana³¹⁶ al determinar que las causas previstas en la ley de la materia, esto es, la proposición de la acción para proteger derechos amparados por otras garantías, para impugnar omisiones de mandatos constitucionales, la existencia de otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento del acto y el incumplimiento de los requisitos de la demanda³¹⁷, son motivos de inadmisión.³¹⁸

³¹⁶ Cfr. Óp.Cit, LARCO ROMERO, JOHANNA, pp.241-244.

³¹⁷ Como se verá *a posteriori*, el único caso en el que el legislador hace referencia a una causal de inadmisión es cuando señala el incumplimiento de los requisitos de la demanda.

³¹⁸ Sistemas constitucionales como el colombiano tienen definidos los casos en los que opera la improcedencia de la que, en su ordenamiento, se denomina acción de cumplimiento. En tal virtud, el artículo 9 de la Ley No. 393 señala que dicha acción no procede cuando se trate de proteger derechos que, siendo fundamentales, deben ser garantizados mediante acción de tutela; sin embargo, al misma disposición vincula al juez a que, en el evento de que el accionante confunda la vía, aquel le dé el trámite correspondiente a la última acción constitucional; otra causa se presenta cuando el actor, en condición de afectado, cuente con otra vía judicial para lograr el efectivo cumplimiento del acto salvo que la improcedencia de la acción genere un perjuicio grave e inminente al accionante y; cuando se trate de exigir el cumplimiento de normas que establecen gastos.

En el caso peruano, el Código Procesal Constitucional también señala causas específicas de improcedencia del proceso de cumplimiento, entre ellas, si la acción de propone contra resoluciones del

6.2.1. SI LA ACCIÓN ES INTERPUESTA PARA PROTEGER DERECHOS QUE PUEDAN SER AVALADOS MEDIANTE OTRA GARANTÍA: A pesar de que se señaló que la acción por incumplimiento no posee las características ni la naturaleza de una garantía de derechos, esta no puede reemplazar otras vías constitucionales de protección de derechos, en esencia, las garantías creadas por el constituyente, por lo cual, si se propone dicha acción con la finalidad de proteger derechos y no de lograr el cumplimiento de un acto, el accionante equivocaría la vía para la consecución de su finalidad; aunque no se puede dejar de advertir que esta causa de improcedencia se convierte es un instrumento confuso y peligroso a la hora del examen de procedencia por parte de la Magistratura.

6.2.2. SI SE TRATA DE OMISIONES DE MANDATOS CONSTITUCIONALES: Se hizo presente que, si bien el constituyente incurrió en la confusión de los institutos de la omisión inconstitucional con la acción por incumplimiento, el legislador enmendó dicho equívoco al tornar improcedente esta última cuando, por su medio, el accionante pretenda exigir el cumplimiento de normas o mandatos constitucionales³¹⁹, con lo cual, el menos tácitamente, quedaron definidos los ámbitos de aplicación y procedencia de cada una (arts. 93, 436. 5 y 10 CE, 56.2 y 128 LOGJCC).

6.2.3. SI EXISTE OTRA VÍA JUDICIAL PARA LOGRAR EL CUMPLIMIENTO DEL ACTO, SALVO QUE, DE NO ACEPTARSE LA ACCIÓN, SE PROVOQUE DAÑO GRAVE E INMINENTE AL ACCIONANTE: A pesar de que se señaló que no existen, en el sistema ecuatoriano, vías judiciales ordinarias para ejecutar y cumplir con los actos objeto de este mecanismo constitucional, lo cual torna al mismo en un proceso principal, el legislador optó por prever su eventual carácter de instituto sustitutivo mediante la sanción legal de improcedencia, pues, si hay vías ordinarias para perseguir el cumplimiento del acto omitido, la acción por incumplimiento no tiene cabida, por lo que esta última no podrá reemplazar a las vías principales (art. 56.3 LOGJCC).

Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones, si se pretende que el Congreso de la República apruebe una ley o se busca insistir en la misma, si se busca proteger derechos garantizados por otros mecanismos constitucionales, si se impugna la validez del acto administrativo, si se demanda el cumplimiento de competencias discrecionales, si se lo propone en reemplazo del proceso competencial, si no existió reclamo previo y si se lo propuso extemporáneamente.

³¹⁹ Respecto a los mandatos constitucionales, tómesese en cuenta el análisis doctrinario sobre su tipología y la relación previamente establecida entre estos y la omisión inconstitucional.

En todo caso, esta causa de improcedencia, que deviene de expresa disposición constitucional³²⁰, señala una regla y una excepción a la misma y que ya fueron analizadas *supra*.

La regla general es que, si existiendo mecanismos judiciales ajenos a la acción por incumplimiento, los cuales avizoren la posibilidad de alcanzar el cumplimiento del acto, el accionante emplee esta vía procesal constitucional en lugar de hacer uso de los otros instrumentos, aquella se torna improcedente.

Por otro lado, la excepción se pone de manifiesto en el evento de que, aunque el acto cuente con otros medios judiciales para su cumplimiento, la improcedencia ordenada por la Corte Constitucional respecto de la acción por incumplimiento propuesta genere un perjuicio o daño grave e inminente para el accionante, la torna, más bien, procedente.

Un problema que se suscita respecto a este tema es que, como se señaló, la Corte Constitucional no ha definido jurisprudencialmente los parámetros bajo los cuales deba declararse procedente esta acción por sobrevenir daño grave e inminente aunque existan vías judiciales para el cumplimiento del acto. Por tanto, se sugiere tomar en cuenta la postura que el ex Tribunal Constitucional adoptó en esta materia. En este sentido, el extinto órgano de control de constitucionalidad señaló, respecto al daño grave, lo que sigue:³²¹

“Un acto administrativo ilegítimo es grave cuando el efecto que ha de producir es grande, cuantioso o casi permanente.”

En otro caso se ratificó el citado criterio, señalando lo que se cita:³²²

“Un acto administrativo conlleva la peculiaridad de un daño grave porque los efectos de ese acto son perjudiciales en gran medida.”

En tal virtud, el daño grave, según el ex Tribunal Constitucional, deviene de la violación y perjuicio a los derechos de las personas, mas no a violaciones a la legalidad, pues ello

³²⁰ Véase el artículo 436.5 de la Constitución ecuatoriana.

³²¹ Tribunal Constitucional, Resolución No. 001-RA-99-I.S.

³²² Tribunal Constitucional, Resolución No. 106-RA-99-I.S.

ocasionaba, a su criterio, que la justicia constitucional reemplace a la ordinaria, lo cual no era admisible.³²³

En el caso de la inminencia del daño, el maestro Rafael OYARTE señala que esta hace referencia a un hecho futuro que amenaza suceder prontamente, aunque, jurídicamente, señala el autor, la inminencia del daño no solo atinge a hechos futuros, sino también a hechos ocurridos o que están ocurriendo.³²⁴

Esta misma postura fue adoptada por el entonces Tribunal Constitucional:³²⁵

“Al hablar de daño inminente se quiere decir que hay potencialidad cierta de que pueda ocurrir; que el daño se esté produciendo; o bien, que exista la virtualidad de que los efectos dañosos se extiendan en el tiempo, sin que se los pueda evitar o eludir.”

Sin embargo de lo señalado por el citado profesor, hay que hacer presente que, en el caso de la acción por incumplimiento, la inminencia del daño a la que refiere la ley parecería tener en cuenta que no existe daño actual, sino que la misma es sobreviniente, es decir, se espera que surja si la Corte Constitucional no declara la procedencia de la señalada acción aunque hayan otros remedios judiciales no constitucionales para asegurar el cumplimiento del acto, por lo que se sugiere que, en todo caso, el juez haga referencia o señale si existen y cuáles son los hechos que vislumbran el apareamiento de un perjuicio a producirse en el futuro en contra del accionante, a causa de su decisión.

Por tanto, en este caso, no solo que, eventualmente, de declararse improcedente una acción por incumplimiento en estas circunstancias, se podría prolongar la vulneración de derechos provenientes del incumplimiento directo del acto, sino que, además, la decisión judicial emitida por la Corte Constitucional provocaría una ulterior vulneración, traducida en daño grave e inminente, adicional al provocado por el órgano o persona omisa.

6.2.4. SI NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS DE LA DEMANDA: El incumplimiento de los requisitos de la demanda por parte del accionante, como se dijo, es materia del examen

³²³ Tribunal Constitucional, Resolución No. 025-99-TP.

³²⁴ Óp. Cit, OYARTE MARTÍNEZ, RAFAEL, pp. 124-128.

³²⁵ Tribunal Constitucional, Resolución No. 33-RA-01-I.S.

de admisibilidad por parte del juez constitucional, mas no, propiamente, elemento preponderante que lo oriente a definir si concede o no la acción propuesta, cuestión inherente al juicio de procedencia. Por tanto, se considera un error del legislador el hecho de haber incluido, dentro de los casos de improcedencia de esta acción, al no cumplimiento de los requisitos de la demanda (art. 56.4 LOGJCC).

En todo caso, los requisitos básicos de la demanda incluyen la identificación del legitimado activo, pasivo, el acto incumplido, la prueba del reclamo previo, la declaración de no haber presentado otra acción contra la misma persona, con la misma pretensión y por la misma omisión, así como señalar el lugar de notificación del accionado (art. 55 LOGJCC). No obstante, no solo que el legislador se equivoca al incluir en el juicio de improcedencia de esta acción a un elemento de admisión, sino que se contradice con otra disposición legal en la cual, en cambio, el no cumplimiento de los requisitos de la demanda, no constituye causa de inadmisión e improcedencia de la acción, sino que vincula al juez a mandarla a completar dentro del plazo de tres días, luego del cual, aunque persista la demanda incompleta, debe sustanciar la causa si se evidencia vulneración de derechos, subsanando las omisiones en las que incurrió el accionante (art. 10, inciso último LOGJCC).³²⁶

6.3. EL CASO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En materia de inconstitucionalidad por omisión, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no contempla requisitos para su procedencia. Asimismo, pese al error de haberse homologado el control por omisión al control por acción, tampoco el régimen de normas comunes al procedimiento del control abstracto de constitucional prevé norma específica en cuestión de procedencia e improcedencia de dicha acción. Lo cual conlleva a señalar que, en este caso, la ley adolece de una omisión relativa, pues no desarrolla completamente la disposición constitucional que generó este instituto.

El Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional tampoco señala disposición alguna en esta materia; pero, lo que sí hace es aumentar

³²⁶ RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE no concuerda con el criterio esbozado por la ley, pues, señala, una vez vencido el plazo otorgado por el tribunal al recurrente para que subsane el defecto sin que aquello haya sido cumplido, la demanda debe desestimarse.

requisitos propios del juicio de admisión, puesto que refieren a añadiduras a las exigencias que la ley hace respecto al contenido básico de una demanda de inconstitucionalidad, situación que en nada aporta al caso en análisis (arts. 79 LOGJCC y 75 RSPCCC).

En todo caso, frente a las cuestiones de procedencia sugeridas en párrafos anteriores, se hace presente que la acción de inconstitucionalidad por omisión no procede si, mediante aquella, no se impugnan omisiones provenientes de mandatos constitucionales de eficacia aplazada, los cuales, en virtud de su naturaleza, contengan una obligación de dictar una norma o de cumplir con una acción ordenada por una norma constitucional. Dicha obligación, como se anotó, debe dirigirse a cualquier órgano del poder público que incurra en mora del cumplimiento del mandato constitucional que lo vincula a legislar o ejecutar una acción en él ordenado.

Asimismo, se considera improcedente la acción de inconstitucionalidad por omisión que pretenda alcanzar el cumplimiento de normas constitucionales de eficacia directa o autoaplicativas, tal como ya se hizo presente.

Como corolario de lo establecido; y, aunque el señalamiento del tipo de inconstitucionalidad omisión cuya declaratoria pretende el accionante forma parte de los requisitos de la demanda, propios del examen de admisión, se considera que, en este caso, más bien, se hace referencia a un tópico de procedencia, pues, como se anotó, la proposición conjunta de una demanda cuyo objeto sea la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión absoluta y relativa, torna a la misma en improcedente, razón por la cual es transcendental que el accionante delimite su pretensión con el objeto de lograr un mejor resolver por parte del juez constitucional.

7.- FACTORES QUE DIFERENCIAN A CADA ACCIÓN

7.1. FACTORES ESENCIALES

7.1.1. SU NATURALEZA JURÍDICA

La acción de protección, por naturaleza, es un garantía jurisdiccional, de conocimiento, no residual, reparatoria, tutelar y eventualmente cautelar de derechos, pues esta pretende que el juez constitucional resuelva el fondo de la causa, esto es, se pronuncie sobre la violación eventual a las prerrogativas del accionante y ya no solamente suspenda los

efectos del acto u omisión, como ocurría con el amparo constitucional. Asimismo, como se demostró, dicha garantía no posee carácter residual, pues vincula al juez a pronunciarse sobre asuntos de estricta legitimidad, como es el caso de violación a derechos, dejando, para la justicia ordinaria, la resolución de asuntos de mera legalidad y, además, la vía contencioso administrativa resulta ser inadecuada y poco eficaz para la defensa de derechos. Sin perjuicio de lo señalado, la acción de protección no es, como sucedió con el amparo constitucional, un proceso cautelar, es decir, un mecanismo judicial en el que el juez adopta medidas temporales de suspensión de los efectos del acto u omisión violatorio de derechos, sino que, además de aquello, la acción de protección se encamina a la tutela o protección directa y definitiva de los derechos, de ahí que exista la posibilidad de proponer la acción de protección, en conjunto o individualmente, con una petición de medidas cautelares, las cuales, en cambio, sí son provisionales. Por último, al ser una garantía de derechos y un proceso de conocimiento, esta posee naturaleza reparatoria, esto es que, una vez detectado el derecho violado, el juez no solo debe declarar aquel evento, sino que, además, en sentencia, debe determinar el modo en que se ha de reparar la afectación, sea de manera integral (material o inmaterial); o, de manera económica.

Por otro lado, la acción por incumplimiento, a diferencia de la acción de protección, no es, como el constituyente y el legislador la concibieron, una garantía jurisdiccional de protección de derechos, sino que, más bien, es un mecanismo constitucional que viabiliza la aplicación y acatamiento del orden jurídico y los actos infraconstitucionales que lo componen, así como las sentencias e informes en materia de derechos humanos, pero no ampara los derechos de las personas. Asimismo, esta acción constitucional posee naturaleza ejecutiva, lo cual implica que la Corte Constitucional, en sentencia, solo se limitará a ordenar el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, clara expresa y exigible, contenida en el acto omitido, por lo que se ve imposibilitada de resolver el fondo del conflicto, razón por la cual, inclusive, se han creado mecanismos de cumplimiento de la decisión que la Magistratura adopte. Por tanto, lo que no podría ocurrir es que, dentro de esta acción, la Corte resuelva cuestiones atinentes a violaciones de derechos, señalamiento que invita a descalificarla como proceso de conocimiento, pues, si bien el incumplimiento del acto podría violar derechos, la vía adecuada para juzgar aquellas actuaciones es la acción de protección, mas no la acción por incumplimiento. A diferencia de la acción de protección, esta, al no ser garantía de

derechos, no posee naturaleza tutelar ni reparatoria, por lo que, al no haber pronunciamiento sobre violación de derechos, orden de reparación se vuelve innecesaria. Por otro lado, se debe decir, la ley no prohíbe la proposición alternativa o conjunta de la misma con la petición de medidas cautelares, por lo que, eventualmente, esta acción, dependiendo de la petición, puede ser cautelar (art. 27 LOGJCC).

En materia de inconstitucionalidad por omisión, en cambio, se encuentra que, a diferencia de las acciones de protección y por incumplimiento, esta figura no garantiza derechos ni asegura el cumplimiento y eficacia del orden jurídico, sino que es un proceso de alcance amplio o general cuyo objetivo es la garantía de la supremacía y fuerza normativa de la Constitución. Es decir, no solo que el constituyente sanciona la mora en la emisión de normas de desarrollo constitucional, sino que, además, castiga con inconstitucionalidad a la omisión de actuar conforme a un mandato fundamental que vincula a cualquier órgano del poder público a obrar de acuerdo a su contenido, por lo que el alcance de este instituto no solo refiere a omisiones por parte de entes con competencia normativa, sino a toda institución obligada a actuar conforme manda una norma constitucional de eficacia aplazada. Además, la inconstitucionalidad por omisión es un proceso ajeno al control abstracto por acción, por lo que se sugirió denominarlo atípico, ello porque tampoco podría formar parte del control concreto de constitucionalidad, situación que genera la necesidad de incluir en la ley el acápite correspondiente al control por omisión. Asimismo, es un proceso de naturaleza ejecutiva en caso de omisiones absolutas, pues, en primer lugar, luego de detectada la mora inconstitucional, el juez ordena que, dentro de un plazo, se cumpla y ejecute la obligación contenida en el mandato constitucional, aunque, además, este instituto posee naturaleza legislativa, la cual se condiciona al tipo de omisión que se demande: si es absoluta, la naturaleza legislativa es subsidiaria y temporal, pues procede cuando la orden de ejecución del mandato constitucional señalada por la Magistratura no sea cumplida y persiste hasta que el órgano competente dicte la normativa correspondiente, razón por la cual mientras que, si es una omisión relativa, la naturaleza legislativa es definitiva, pues la Corte Constitucional cubre las lagunas axiológicas o las regulaciones incompletas mediante sentencia.

7.1.2. SU OBJETO

Respecto del objeto de cada mecanismo, se debe hacer presente que la acción de protección ampara, directamente, derechos fundamentales, humanos y aquellos derivados de la naturaleza de las personas, los cuales, además, no estén protegidos por otra garantía y que han sido violados, en el caso en estudio, por inacción u omisión. En el caso de la acción por incumplimiento, si bien se la consagra como garantía de derechos, su objeto son los actos normativos, administrativos generales y sentencias o informes emitidos en materia de derechos humanos, los cuales incluyen en su contenido una obligación clara, expresa y exigible, cuando aquellos no han sido cumplidos o ejecutados. Mientras que, en el caso de la inconstitucionalidad por omisión, se tiene por objeto, solamente, mandatos constitucionales de eficacia aplazada, esto es, aquellos que imponen una obligación de legislar o, por otro lado, aquellos que la doctrina ha denominado programáticos.

7.2. FACTORES FORMALES

7.2.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El régimen de legitimación activa se distingue, con los reparos y señalamientos expuestos, entre el aplicable, generalmente a las garantías de derechos y el aplicable al control abstracto de constitucionalidad. En tal virtud, dentro de las normas comunes a las garantías jurisdiccionales de derechos se encuentran tanto la acción de protección como la acción por incumplimiento, mientras que, en el último caso, se incluye a la acción de inconstitucionalidad por omisión.

En este sentido, la acción de protección y la acción por incumplimiento no se diferencian en esta materia, pues comparten un mismo sistema de legitimación activa, ya que, en los dos casos, las pueden proponer personas naturales por sí mismas o mediante apoderado, personas jurídicas por representante legal, colectivos (grupos de personas, comunidades, pueblos y nacionalidades) por representante o apoderado, el defensor del pueblo y, además, aunque fue objetada su legitimación, las instituciones públicas.

En cambio, la inconstitucionalidad por omisión si tiene un régimen distinto a las dos acciones señaladas, pues no solo se reconoce su procedencia por parte de personas naturales por sí mismas o por apoderado, sino que se hace reconocimiento expreso de legitimación activa para personas jurídicas públicas o privadas siempre que actúen por

representante legal e, incluso, a diferencia de las otras acciones, es viable la proposición de esta acción por parte de instituciones públicas sin personería jurídica. Asimismo, aunque reconoce legitimación activa para colectivos (grupos de personas, comunidades, pueblos y nacionalidades), nada dice sobre su forma de comparecer, cuestión que sí ocurre con los casos anteriores.

7.2.2 LEGITIMACIÓN PASIVA

La acción de protección reconoce a la autoridad pública no judicial (que a criterio del presente trabajo incluye al prestador de servicio o público), personas naturales y jurídicas que presten servicios públicos impropios o de interés público, así como las que los prestan bajo concesión o delegación, las que provocan daño grave o poseen, sobre el accionante, situación de jerarquía o lo han dejado en indefensión.

La acción por incumplimiento, a diferencia del mecanismo anterior, no excluye, de las autoridades públicas, a las judiciales. Asimismo, condiciona a las personas naturales y jurídicas privadas a la prestación de servicios públicos o al ejercicio de una función pública. Aunque, en materia de sentencias o informes de organismos de derechos humanos, la legitimación pasiva se reserva, únicamente, para particulares, excluyendo a las autoridades públicas.

En el caso de la acción de inconstitucionalidad por omisión, a diferencia de las anteriores, la legitimación pasiva solo queda prevista para los órganos del poder público que están obligados a cumplir con mandatos constitucionales de eficacia aplazada.

7.2.3 REQUISITOS DE LA DEMANDA

No es objeto del presente trabajo entrar en el análisis de los requisitos formales de presentación de la demanda de cada acción. Sin embargo, hay que hacer presente algunos elementos que deben estar contenidos en dicho petitorio y que, formalmente, permiten hacer un ejercicio de diferenciación entre cada una, aunque, por otro lado, cuentan con elementos formales en común, como ocurre con la identificación del accionante, accionado, lugar de citación y notificación para cada uno y la declaración de no haber presentado otra acción contra el mismo sujeto, por la misma omisión y pretensión.

La acción de protección no cuenta con requisitos propios de la demanda, razón por la que cabe remitirse a las normas comunes de procedimiento. En tal virtud, quien proponga esta acción debe señalar, en su petición, entre otras exigencias legales, la descripción de la omisión que produjo el daño, a la cual debe acompañarse la indicación de los elementos probatorios que demuestren que dicha omisión ha violado derechos, salvo los casos de inversión de la carga probatoria a la que se hizo alusión (arts. 10. 8, 10.3 y 16 LOGJCC). En este sentido, se exige al accionante, salvo excepciones constitucionales o legales, que, en lo principal, la demanda no solo se limite a la identificación y descripción de la omisión, sino a la fundamentación sobre aquella en relación a los derechos que, alega, han sido violados.

Por su parte, la acción por incumplimiento sí cuenta con requisitos propios para su formulación en demanda. No obstante, no solo que el accionante debe identificar el acto omitido y la obligación clara, expresa y exigible en él contenida, sino, además, es inherente a esta acción, la configuración del incumplimiento mediante la prueba del reclamo previo al órgano o persona omisa, cuestión que no se exige para las dos acciones en estudio. (arts. 54 y 55.2 y 4 LOGJCC).

En cambio, la acción de inconstitucionalidad por omisión, además de cumplir, de manera absurda, con los requisitos previstos para una demanda de inconstitucionalidad por acción (arts. 128 y 79 LOGJCC), debe incluir ciertas exigencias específicas que fueron impuestas por la Corte Constitucional en el Reglamento, entre las cuales, la que destaca como elemento diferenciador es el pedido que se hace al accionante de delimitar su pretensión, es decir, de fijar el tipo de omisión sobre la cual precise de pronunciamiento judicial, cuestión que no ocurre con los dos casos anteriores.³²⁷

7.3 FACTORES MATERIALES

7.3.1. EL CONDICIONAMIENTO DE PROCEDENCIA

La acción de protección, en comparación con las otras dos vías de impugnación de omisiones, sí tiene requisitos expresos de procedencia. En consecuencia, se exige, por su naturaleza jurídica, que exista violación de derechos proveniente de una omisión propia de autoridad pública no judicial o de particulares, siempre que, además, se

³²⁷ Aunque, como se indicó, este es, de preferencia, un requisito de procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

acredite la no existencia de otra vía judicial adecuada y eficaz para la protección de los derechos que supone vulnerados.

En cambio, en el caso de la acción por incumplimiento, la ley omite puntualizar los requisitos de procedencia, por lo que se sugirió que el accionante, al referirse a un acto incumplido, establezca la identidad y relación entre dicho acto y el incumplimiento que, alega, se desprende de aquel, haciendo presente, además, la obligación clara, expresa y exigible que del mismo deviene y siempre que la acción no sea propuesta en reemplazo de otra garantía jurisdiccional.

Por su parte, la inconstitucionalidad por omisión tampoco cuenta con requerimientos expresos de procedencia, por lo que, al igual que en el caso anterior, se propuso que la procedencia de dicha acción se condicione al hecho de que el demandante determine la relación e identidad entre la omisión alegada y el mandato constitucional de eficacia aplazada que, señale, ha sido inobservado, indicando, asimismo, que dicha norma constitucional, por su naturaleza impone, a un órgano del poder público, la obligación de legislar o de actuar conforme al mandato. El accionante deberá, además, delimitar la tipología de omisión inconstitucional que, pretende, sea declarada por la Corte Constitucional.

Como se puede observar, la procedencia de la acción por incumplimiento se condiciona a la previa existencia de un acto infraconstitucional incumplido y que, además, como se hizo presente, no requiere vulnerar derechos, pues, por su naturaleza, el incumplimiento afecta a la eficacia del orden jurídico, mientras que la acción de protección impugna una omisión que no deviene de acto previo y que, en esencia, exige la violación directa de derechos. En cambio, la inconstitucionalidad por omisión limita su procedencia al hecho único de que haya una norma constitucional de eficacia aplazada que ha impuesto un deber a un ente del poder público, sin que, necesariamente, aquello afecte a derechos, sino, más bien, a la supremacía y eficacia normativa de la Constitución.

7.3.2. SU IMPROCEDENCIA

La acción de protección, pese a ser, constitucionalmente, la garantía más amplia para la defensa de los derechos, cuenta con abundantes sanciones legales de improcedencia respecto de las dos acciones que también se han estudiado. Por ello, en materia de omisiones, no solo que la no violación de derechos por parte de aquellas determina,

indudablemente, la improcedencia de dicha acción, sino que la ley la restringe cuando el accionante pretende impugnar omisiones en materia electoral; si tiene finalidad declarativa de derechos o si impugna la legalidad o la inconstitucionalidad de la omisión, siempre que la misma no viole derechos. Asimismo, a manera de residualidad, evita que la acción de protección proceda en reemplazo de otra garantía.³²⁸

El instituto de la acción por incumplimiento, el cual también tiene causas legales de improcedencia, pues está restringido a que mediante aquel se pretende impugnar omisiones de mandatos constitucionales, elemento que, como se dijo, pone de manifiesto el contraste entre ésta y la inconstitucionalidad por omisión. Asimismo, en distingo con la acción de protección, la cual obliga a demostrar al accionante la inexistencia de otra vía judicial para proteger los derechos violados, la acción por incumplimiento, en cambio, es improcedente si existe otra vía judicial para cumplir el acto omitido, aunque, eventualmente, el accionante llegue a demostrar que la misma, de existir, sea inadecuada e ineficaz. Por otro lado, en comparación con la acción de protección, la acción por incumplimiento no excluye de su ámbito de aplicación a las omisiones de actos en materia electoral ni exceptúa de su procedencia a la inexistencia de violación de derechos.

La figura de la inconstitucionalidad por omisión no posee norma legal expresa que exponga casos para su improcedencia. Pese a dicha laguna normativa, se infiere que, por hacer alusión, únicamente, a mandatos constitucionales de eficacia aplazada, esta vía no procede cuando, con su activación, se busque impugnar la omisión de normas constitucionales autoaplicativas o de eficacia directa. Tampoco procede si el accionante no delimita, en su pedido, el tipo de omisión inconstitucional cuya declaración alega. Por tanto, esta, a diferencia de las dos anteriores figuras, solo procede para impugnar omisiones de normas constitucionales.

7.4. FACTORES PROCESALES

7.4.1. EL JUEZ COMPETENTE

³²⁸ Esta última causa de improcedencia es un factor que, más bien, asemeja la acción de protección a la acción por incumplimiento, pues las dos cuentan con dicha restricción.

Debe hacerse presente que hay procesos constitucionales cuyo conocimiento es directo por parte de la Corte Constitucional y otros que, en cambio, son resueltos ante la jurisdicción ordinaria.

En consecuencia de lo dicho, la acción de protección, en principio, no es una garantía de derechos de conocimiento directo por parte de la Corte Constitucional, sino que, a quien compete conocer, sustanciar y resolver este instituto es al juez ordinario de primera instancia, de cualquier materia, del lugar en el que la omisión se origina o, a su vez, donde aquella surta efectos, claro está, previo sorteo de la causa en caso de que haya más de un juzgador (arts. 86.2 CE y 7 LOGJCC).

Por ello, básicamente, la competencia que el constituyente y el legislador fijaron es en razón del territorio. Aunque, por otro lado, resulta criticable que un juez que, en virtud de la materia de su especialidad, la cual, en este caso es ajena a la rama constitucional, asuma este rol y administre justicia en este ámbito, situación que hace dudar respecto de su experticia a la hora de resolver controversias de tal naturaleza.

Pese a lo anotado, hay que tomar en cuenta que la Corte Constitucional cuenta con facultad suficiente para ejercer control sobre las decisiones que, en materia de garantías de derechos indirectas, tomen los jueces ordinarios. Esta potestad deviene de la posibilidad de seleccionar y revisar dichos fallos con el objetivo de emitir precedentes o jurisprudencia vinculante en este ámbito e, incluso, de ser el caso, dictar el fallo que, a su criterio, corresponda, para luego ser notificado a las partes procesales (arts.436.6 CE, 25 LOGJCC, 14 y 16 RSPCCC).

La Corte Constitucional ha señalado que, el hecho de que posea facultad selectora y revisora de sentencias emitidas en garantías jurisdiccionales indirectas no la convierte en órgano de apelación:³²⁹

“La Corte Constitucional, a partir de las Salas de Selección y Revisión, no se convierte en otra instancia de apelación, tal como sucedía con los extintos Tribunales Constitucionales al amparo de la Constitución Política de 1998. En efecto, la Corte Constitucional no guía sus actividades de Selección y Revisión

³²⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-10-PJO-CC, dictada dentro del caso No. 0999-09-JP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 351 de 29 de Diciembre del 2010, cuya ponencia pertenece al ex juez ROBERTO BHRUNIS LEMARIE.

en la reparación “exclusiva” de derechos subjetivos; por el contrario, el deber principal de estas Salas está en la generación de derecho objetivo, en el desarrollo de jurisprudencia vinculante con carácter *erga omnes*. Está claro que si durante el proceso de desarrollo de jurisprudencia vinculante se identifican en el caso materia de estudio vulneraciones a derechos constitucionales, la Corte Constitucional se encuentra plenamente facultada, a través de la revisión del caso, a reparar las consecuencias de dicha vulneración. Pero se insiste, la gravedad y relevancia constitucional de un caso, en los términos previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se encuentran acreditadas únicamente por la vulneración a un derecho subjetivo, deben además existir condiciones adicionales que denoten la necesidad de su selección para la creación de reglas o precedentes sobre el conflicto identificado. La razón de ser de la finalidad de esta novedosa competencia de la Corte Constitucional se encuentra acreditada concretamente a partir del ideal de la constitucionalización de la justicia ecuatoriana, en donde juezas y jueces de la República deben velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas.”

Sobre su competencia para la elaboración de jurisprudencia vinculante mediante los procesos previos de selección y revisión, la Corte Constitucional ha sostenido que aquella se hace efectiva mediante decisiones con efectos *erga omnes* cuando establece la regla o precedente a aplicarse en casos posteriores análogos; y, con efectos *inter partes*, cuando, paralelamente al precedente, ejerce revisión de garantías en caso de detectar violación a derechos dentro de la causa que la sustanció:³³⁰

“De conformidad con el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, y artículo 2, numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional, a través de la Sala de Revisión, emite sentencias que contengan jurisprudencia vinculante, o precedente con carácter *erga omnes*, en los casos que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección. La Corte Constitucional, en ejercicio de dichas

³³⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-10-PJO-CC, dictada dentro del caso No. 0999-09-JP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 351 de 29 de Diciembre del 2010, cuya ponencia pertenece al ex juez ROBERTO BHRUNIS LEMARIE.

competencias constitucionales y legales, está facultada para, de manera paralela al desarrollo de jurisprudencia vinculante, efectuar la revisión con efectos *inter partes, pares o communis* de aquellos casos en los que se constate en la sustanciación o decisión de la causa una vulneración a derechos constitucionales.”

Del fallo citado vale hacer presente que la Magistratura incurre en el error de determinar que la sentencia contentiva de jurisprudencia vinculante es emitida por la Sala de Revisión, cuando, en realidad, lo hace el Pleno de dicho organismo (arts. 25.8 LOGJCC y 16 RSPCCC)

La acción por incumplimiento, en cambio, tiene como juez competente al órgano concentrado del control de constitucional: la Corte Constitucional. Similar situación ocurre con la acción de inconstitucionalidad por omisión. Por tanto, en estos casos, la competencia ha quedado reservada a dicha Magistratura en razón de la materia que se resuelve en estos procesos (arts. 93, 436.5 y 10 CE).

Sobre su competencia en materia de inconstitucionalidad por omisión, la Magistratura ha señalado lo que sigue:³³¹

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436 numeral 10 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es competente para declarar la inconstitucionalidad en la que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley, en concordancia con el artículo 128 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y artículo 75 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte constitucional.”

³³¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-11-SIO-CC, dictada dentro del caso No. 0005-10-IO, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 378 de 4 de febrero de 2011, cuya ponencia pertenece al ex juez PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

Lo propio ha hecho cuando ha conocido y resuelto acciones por incumplimiento.³³²

“Previo a pronunciarse sobre esta acción por incumplimiento contenida en el artículo 93 de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, debe referirse a su competencia para conocerla y resolverla. El artículo 429 de la Constitución de la República se refiere a la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, de la misma forma en que el artículo 436, numeral 5 ibídem, determina las atribuciones de la Corte que son las siguientes: **5.-** *“Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”*.”

Aunque, en otro caso, la Corte Constitucional confundió su competencia en esta materia al señalar que, a través de una acción de tal naturaleza, puede corregir vicios de procedimiento de formación de un acto administrativo cuando para ello encuentre mérito:³³³

“Así también, la Corte puntualiza que a través de la acción por incumplimiento de acto administrativo con efectos generales se busca el cumplimiento o si se quiere, el hacer efectivo el acto administrativo, nada más que eso; por el contrario, no se pretende entrar a examinar el fondo, el contenido del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, salvo que se encuentren vicios en el procedimiento de formación de ese acto. Así, la naturaleza de esta acción se aleja de aquellas que se revisten de un carácter declarativo de derechos.”

Dentro de otra acción por incumplimiento, la Corte Constitucional extralimitó su competencia al analizar prueba y declarar la existencia y titularidad de derechos en

³³² Corte Constitucional, Sentencia No. 006-10-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0107-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 370 de 25 de Enero del 2011, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VITERI OLVERA.

³³³ Corte Constitucional, Sentencia No. 007-09-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0024-09-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento 97 de 29 de Diciembre del 2009, cuya ponencia pertenece al juez PATRICIO PAZMIÑO FREIRE.

favor del accionante, reemplazando entonces al juez competente para ello y olvidando que, lo que cabe en estos casos, es verificar, únicamente, si se ha incumplido con una obligación clara, expresa y exigible contenida en el acto cuyo cumplimiento se solicita.³³⁴

“Adicionalmente, en virtud del análisis de los elementos probatorios se deduce que no existe constancia material alguna que evidencia que el vehículo cuya entrega se demanda pertenezca a Armando William Andrade Ibarra, así se constata en el contrato de compraventa presentado por este sujeto, en donde no se determinan con precisión las particularidades del vehículo y no contiene el nombre del comprador, suscrito por una persona que tampoco acredita ser dueña del automotor (fs.110), circunstancia que debió ser observada por el ex encargado de funciones consulares del Ecuador en Ipiales al momento de la entrega del automotor; en cambio, se evidencia que conforme la matrícula N° 0008983, el vehículo consta a nombre de Claudio Demetrio Masabanda Espín; por lo tanto, asumiéndose que se debe tener por dueño de un vehículo al titular cuyo nombre conste en la matrícula respectiva para hacer efectivo el cumplimiento de esta disposición normativa, el ex encargado de funciones consulares del Ecuador en Ipiales debía realizar la entrega del automotor a su legítimo propietario (...)”

En el mismo fallo que se citó, la Corte Constitucional emitió una regla interpretativa. No obstante, el organismo de control no hizo análisis alguno respecto de la procedencia de la misma dentro de una acción por incumplimiento, pues, se considera más apropiado que dicho ejercicio sea realizado dentro del control abstracto de constitucionalidad, por lo que confunde su competencia en resolución de garantías con su competencia en materia de acción pública de inconstitucionalidad. Asimismo, no solo que no explica la procedencia de la regla, sino que, además, no indica el método interpretativo ni el tipo de norma que interpreta; aunque, en todo caso, la Constitución le otorga expresamente

³³⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 004-13-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0015-10-AN, cuya ponencia pertenece al juez ANTONIO GAGLIARDO LOOR. El fallo citado no se encuentra publicado en el Registro Oficial, pero puede encontrárselo en www.corteconstitucional.gob.ec.

la facultad de interpretar normas de dicho rango, pues la interpretación de la ley queda reservada al legislador (arts. 436.1 y 120.6 CE):³³⁵

“En razón de lo analizado, la Corte Constitucional, al ser intérprete final y auténtico de la Constitución, en ejercicio del artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución, establece como regla interpretativa que:

El monto de la reparación integral económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaratoria de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la determina en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando la deba satisfacer el Estado y en la vía verbal sumaria cuando deba hacer un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos.”

Dentro del mismo caso, la Magistratura incurre en el error de confundir nuevamente su competencia con aquellas previstas para la Asamblea Nacional, pues no solo que dictó, como se dijo, una improcedente regla interpretativa, sino que, además, de manera incomprensible, declaró la inconstitucionalidad conexa del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, reformando la norma legal en base de la declaratoria de inconstitucionalidad sustitutiva, confundiendo su competencia jurisdiccional con la potestad del legislador para aprobar reformas a una ley (art. 120.6 CE):³³⁶

“ En efecto, la frase “...De estos juicio se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes” se encuentra en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 86 numeral 2 literal **a** de la Constitución de la República, por lo que en ejercicio de la competencia atribuida a este Organismo, en el artículo 436

³³⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 004-13-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0015-10-AN, cuya ponencia pertenece al juez ANTONIO GAGLIARDO LOOR. El fallo citado no se encuentra publicado en el Registro Oficial, pero puede encontrárselo en www.corteconstitucional.gob.ec.

³³⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 004-13-SAN-CC, dictada dentro del caso No. 0015-10-AN, cuya ponencia pertenece al juez ANTONIO GAGLIARDO LOOR. El fallo citado no se encuentra publicado en el Registro Oficial, pero puede encontrárselo en www.corteconstitucional.gob.ec.

numeral 3, declara la inconstitucionalidad sustitutiva de la frase “De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes” del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sustituyéndola por la siguiente: “Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite””.

Tal actuación no es criticable solamente porque la Magistratura se arroga funciones propias de otro órgano del poder público, sino que, además, dentro de la resolución no se explica la procedencia de la declaratoria de inconstitucionalidad conexa dentro de una acción por incumplimiento, mucho menos se explica la conexión existente entre el caso concreto o la norma incumplida y el acto normativo cuya inconstitucionalidad se declara; tampoco se realiza el correspondiente análisis de constitucionalidad de la norma.

7.4.2. EL PROCEDIMIENTO

La acción de protección, al menos en teoría, es un proceso constitucional sumario o breve, pues luego de ser propuesta ante juez competente, debe ser calificada a trámite dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación. En el mismo auto de admisión, el juez deberá señalar fecha y hora para que se lleve a cabo la audiencia, acto procesal en el que participan tanto el accionante como el accionado para defender y contradecir sus posturas y que no puede tardar en suscitarse sino en el plazo de tres días desde emitida dicha decisión judicial.

El proceso termina, solamente, cuando el juez tiene un criterio sólido sobre las precisiones hechas por las partes en cuanto a la violación o no de derechos, razón por la cual, en el mismo acto, debe dictar sentencia. No obstante, si requiriera de la práctica de pruebas, puede suspender la audiencia y señalar nueva fecha y hora para continuar con la misma, aunque, en todo caso, el término probatorio no puede exceder de ocho días. Sin embargo, por la complejidad de las pruebas, el juez puede ampliar el plazo antes señalado, con lo cual, luego de reinstalada la audiencia, el juzgador debe emitir la correspondiente sentencia (arts. 13, 14 y 16 LOGJCC).

De lo señalado cabe añadir la posibilidad de que, en conjunto o de manera independiente a la acción de protección, el accionante pueda solicitar las medidas

cautelares que estime necesarias para evitar o cesar la amenaza de violación de sus derechos (arts. 87 CE, 26 y 32 LOGJCC).³³⁷

En materia de acción por incumplimiento, si bien podría sujetarse a las normas comunes de procedimiento previstas por el legislador para la sustanciación de garantías de derechos, se optó, más bien, por especificar e incluir un trámite propio a este mecanismo constitucional.

En tal virtud, un vez que la demanda ha sido ingresada en la Corte Constitucional, pasa por un primer examen: el de admisibilidad.³³⁸ Para efectuar dicho análisis se conforma una Sala de Admisión, compuesta por tres de los nueve miembros de la Magistratura. Luego de conformada de la Sala, la causa es sorteada a uno de sus tres integrantes para que elabore el proyecto de auto, en el cual se sugerirá su admisión o inadmisión a trámite. Si la causa es inadmitida a trámite no cabe recurso alguno frente a tal decisión (arts. 9, 10, 11 y 12 RSPCCC).

Si la demanda es admitida a trámite, el Pleno de la Corte Constitucional sortea un juez sustanciador el cual debe preparar el proyecto de sentencia para conocimiento y aprobación de dicho organismo. Una vez recibido el proceso, el juez debe correr traslado con el contenido de la demanda al accionado para que este, dentro del plazo de dos días cumpla o justifique el incumplimiento en la audiencia, la cual se desarrolla dentro de los dos días subsiguientes a dicha notificación.

En la audiencia, si el juez considera que existen hechos que requieren ser justificados, puede abrir término probatorio por el período de ocho días, tiempo después del cual el Pleno de la Corte Constitucional debe dictar sentencia. Si, en cambio, no se precisa de aquello o el demandado no comparece a la audiencia, la Magistratura conoce el

³³⁷ Similar posibilidad se da para la acción por incumplimiento y la acción de inconstitucionalidad por omisión (arts. 27 y 79.6 LOGJCC). Aunque, resulta criticable en el caso de éste último instituto ya que la Constitución previó la viabilidad de medidas cautelares, solamente, en el caso de garantías de derechos (art. 87 CE).

³³⁸ Sobre la justificación del juicio de admisibilidad en los procesos constitucionales véase HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Lima, Editores Jurista, 2006 y PÉREZ TREMPs, PABLO, *Escritos sobre Justicia Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2005.

proyecto de sentencia del juez sustanciador y emite la decisión dentro de dos días posteriores a la audiencia (arts. 57 LOGJCC, 32 RSPCCC).³³⁹

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión, como ya se dijo, se ciñe, con gran equívoco, a las normas generales de procedimiento del control abstracto de constitucionalidad por acción.

En este sentido, si la demanda ha sido presentada ante la Corte Constitucional, luego de su registro, pasa, al igual que la anterior acción, al examen de admisión por parte de la respectiva Sala, la cual deberá emitir el auto correspondiente a la admisión o inadmisión, en el término de quince días. Si la causa se inadmite y los requisitos incumplidos son insubsanables, el proceso termina y contra dicha decisión no cabe recurso alguno, pero, si se pueden corregir dichas omisiones en la demanda, la Sala debe conceder el plazo de cinco días para que se complete la petición, caso contrario la causa se archiva (arts. 80 y 83 LOGJCC).

Si la demanda es admitida a trámite se sortea al juez sustanciador para que prepare el proyecto de sentencia. Una vez que aquel recibe la causa; y, dentro de los diez días siguientes a la fecha del sorteo, cualquier persona, inclusive, el órgano omiso (aunque la ley en realidad hace referencia al ente emisor del acto impugnado), puede comparecer a defender o impugnar la omisión inconstitucional solicitada (art. 85 LOGJCC).³⁴⁰ Esta es una notoria diferencia procesal entre este mecanismo y las dos acciones anteriores en las cuales no existe la posibilidad de que cualquier persona comparezca a dichos procesos a pronunciarse sobre la violación a derechos o sobre el acto incumplido, respectivamente.

³³⁹ Aunque, debe señalarse, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (art. 33) incurre en contradicción con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (art. 57), pues aquel señala que la audiencia, dentro de un proceso de acción por incumplimiento, concluye el día en el cual el Pleno del organismo sesiona para conocer el proyecto de sentencia presentado por el juez sustanciador, cuando, en realidad, la ponencia se elabora o bien luego del término de prueba o bien dos días después de la audiencia. Por tanto, es criticable el hecho de que sea la misma Corte Constitucional la que confunda los procedimientos e interprete las leyes de manera errónea, no solo porque carece de competencia para ello (art.120.6 CE), sino porque provoca que un reglamento contradiga a una ley de orden orgánico, lo cual, además, es inconstitucional por razones tanto formales como materiales, pues es una norma dictada por órgano incompetente para aquello (art. 147.13 CE) y porque, además, a criterio de quien presenta este trabajo, la disposición en comento genera retardos al desarrollo ágil del proceso (art. 86.2 c) CE).

³⁴⁰ Al respecto, debe observarse la inconsistencia legislativa en este aspecto, pues ¿qué ocurriría en el caso de que el sorteo para designar al juez ponente se efectuó pero el proceso no ha sido remitido o recibido en su despacho? Por ello, se considera un error plantear el plazo contando desde la fecha del sorteo, cuestión que, en la práctica, podría restringir la participación pública y oficial en el proceso.

Otro factor que permite comparar a este proceso constitucional con los antes citados es que, dentro de la sustanciación, el juez puede, para solventar su ponencia, recabar información invitando a personas y organismos expertos en el tema debatido. En este caso, el plazo para presentar el proyecto de sentencia se extiende quince días más contados desde el vencimiento del plazo para las intervenciones públicas (art. 86 LOGJCC).³⁴¹

Incluso, a diferencia de lo que ocurre con los dos casos anteriores, en este proceso, la audiencia no solo que es opcional, sino que es condicionada³⁴², pues cualquier interviniente en el proceso o cualquiera de los jueces constitucionales puede solicitar audiencia pública, siempre que el juez sustanciador esté de acuerdo en ello. Tal diligencia puede ser solicitada hasta dentro de cinco días contados desde que venció el plazo para recabar información o en caso de haberse llevado a cabo las intervenciones públicas y se la realizará dentro de los cinco días posteriores a la fecha en que fue solicitada (art.87 LOGJCC).

Cabe añadir, como factor de diferenciación de este instituto con los dos restantes, la posibilidad que tiene cualquiera de los jueces de la Corte Constitucional para, previo a la elaboración del proyecto de sentencia y su resolución en el Pleno, presentar criterios sobre el proceso, para lo cual, tienen un plazo de veinte días contados desde que se desarrollaron las intervenciones públicas y oficiales (art. 88 LOGJCC).

Con las consideraciones señaladas, el juez ponente debe presentar su proyecto de sentencia, para consideración y resolución del Pleno, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha en que venció el tiempo en el que los demás jueces podían presentar criterios, aunque, asimismo, a diferencia de lo que ocurre con la acción de protección y la acción por incumplimiento, cualquier juez puede observar el proyecto de

³⁴¹ Tómese en cuenta que la ley, en ninguna norma previa, señala plazo alguno para que el juez presente el proyecto de sentencia una vez que ha avocado conocimiento del caso, por lo cual es incomprensible la extensión del plazo al que refiere la disposición legal citada.

³⁴² Hago presente que en materia de acción de protección la ley nada señala respecto a la posibilidad de que la audiencia sea opcional, similar situación ocurre con la acción por incumplimiento, pues, al contrario, la normativa las prevé como obligatorias. No obstante, llama la atención que el reglamento determine, en el caso de la acción por incumplimiento, la posibilidad de que, dentro de su desarrollo, el Pleno o los jueces de la Corte Constitucional puedan convocar, facultativamente, a la audiencia (art.22 RSPCCC).

sentencia dentro de los cinco días subsiguientes a su presentación en la Secretaría General (art.89 LOGJCC).

La decisión emitida por la Corte Constitucional debe adoptarse con mayoría absoluta de votos de sus miembros dentro del plazo de diez días contados desde el vencimiento del tiempo en el que cualquier juez podía observar al proyecto de sentencia, la cual debe contener las exigencias previstas en la ley. Sin embargo, cuando aquel cuerpo normativo alude al contenido del fallo, nada refiere a la inconstitucionalidad por omisión (arts.90, 91 LOGJCC y 26 RSPCCC).

Como corolario, en materia de acción de inconstitucionalidad por omisión y de acción por incumplimiento, vale hacer presente que la ley olvidó regular qué ocurriría en el evento de que el juez sustanciador no presente su ponencia al Pleno de la Magistratura.³⁴³ Este vacío se zanjó en el reglamento al permitir al presidente de la misma que designe, a cualquiera de los jueces, para la elaboración un proyecto de sentencia, norma, ciertamente, criticable, pues el desarrollo del proceso se habrá dado ante el anterior juez sustanciador, mientras que aquel que fuere nominado por el presidente del cuerpo colegiado no contará con elementos de juicio suficientes para un mejor resolver de la causa (art.25 LOGJCC).

7.4.3. LA POSIBILIDAD DE RECURRIR

El derecho a recurrir se relaciona, esencialmente, con el principio de doble instancia al cual ya se hizo alusión en el presente trabajo.³⁴⁴

En consecuencia, este factor procesal de distinción se produce entre aquellos procesos de conocimiento directo por la Corte Constitucional (las acciones por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión) y aquellos que no son tramitados ante dicho organismo (la acción de protección).

Por un lado, en el caso de la acción de protección se hace presente que sí existe la posibilidad de recurrir del fallo de primera instancia, mediante recurso vertical de apelación, ante la Corte Provincial respectiva. El recurso puede ser interpuesto en la misma audiencia o hasta tres días hábiles posteriores a la notificación con la decisión

³⁴³ Este predicamento no se suscita en la acción de protección ya que esta es resuelta por un solo juez y no por un cuerpo colegiado como es el caso de la Corte Constitucional.

³⁴⁴ *Vid.Supra.* pp.24-25.

escrita, aunque, debe señalarse, la apelación propuesta por la parte accionada no suspende la ejecución del fallo de primera instancia (art.24 LOGJCC), disposición legislativa que concede el recurso solamente en el efecto devolutivo y no en el suspensivo (art.331 CPC). En todo caso, el recurso de apelación debe ser resuelto por la Sala respectiva en un plazo de ocho días, aunque, si existe necesidad de probar hechos y convocar a audiencia, dicho término se suspende y se cuenta desde que concluyó la audiencia, diligencia que se debe llevar a cabo dentro de similar período de tiempo, aunque la ley olvida disponer desde qué momento se deben contar aquellos plazos.³⁴⁵

A diferencia de la acción de protección, respecto a las acciones por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión, la norma constitucional es clara: las decisiones emitidas por la Magistratura son definitivas e inapelables (art.440 CE). No obstante, en el caso de este último mecanismo, la ley prevé la posibilidad de interponer recurso horizontal de aclaración y ampliación (art.95 LOGJCC), mientras que la acción por incumplimiento, según el mismo cuerpo normativo, no contaría con recurso alguno; aunque el reglamento solucionó este predicamento al disponer que toda decisión emitida por la Corte Constitucional es susceptible de aclaración y ampliación. En tal virtud el juez que resolvió la causa es el competente para emitir el respectivo auto de aclaración y ampliación, para conocimiento del Pleno, dentro del plazo de cinco días, aunque no señala desde cuando se cuenta dicho período de tiempo (art.29 RSPCCC).

7.4.4. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Se debe iniciar señalando que la normativa procesal constitucional ecuatoriana no regula, en ninguno de los tres casos estudiados, los efectos que las sentencias dictadas dentro de aquellos vayan a surtir.³⁴⁶

Aunque, si bien se guarda silencio respecto a las acciones de protección y por incumplimiento, la ley fija los efectos de los fallos dictados en el control abstracto de

³⁴⁵ Incluso, la decisión emitida por la Corte Provincial puede ser susceptible de acción extraordinaria de protección, cuestión que ha sido avalada por la Corte Constitucional en varios fallos.

Al respecto pueden revisarse algunas decisiones emitidas por la Magistratura en este sentido: Sentencia No.022-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0019-09-EP, Sentencia No.024-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0009-09-EP, Sentencia No.031-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0485-09-EP y Sentencia No.032-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No.0415-09-EP.

³⁴⁶ Aunque se permite a los jueces constitucionales la regulación de los efectos de sus fallos en el tiempo, en la materia y en el espacio para garantizar la vigencia de los derechos y la supremacía constitucional (arts.5 LOGJCC y 28 RSPCCC).

constitucionalidad por acción, más no por omisión, que es el caso que ocupa al presente trabajo. Por ello, se insiste, dicha normativa le es ajena a este último instituto y se critica el poco criterio con el que el legislador identificó a estas dos modalidades de control y la inercia de la Corte Constitucional a la hora de delimitar, jurisprudencialmente, los parámetros procesales de las mismas, generando serios cuestionamientos y vacíos a la hora de su aplicación práctica.

La doctrina procesal suele señalar que los efectos de una sentencia se vinculan con su eficacia, pues la decisión en ella emitida permite concretar en la realidad la pretensión o la excepción de quien ha sido beneficiado con la misma.³⁴⁷ Ahora bien, en el ámbito de la justicia constitucional aquello se traduce en la declaración de certeza sobre la conformidad de la norma acusada de inconstitucional con la Constitución o, en materia de protección de derechos, en un pronunciamiento sobre la vulneración de alguno de ellos, en este caso, por omisión.³⁴⁸

Por lo anotado y, en virtud de que cada fallo dictado dentro de los tres procesos analizados surte efectos distintos y trae, asimismo, cuestiones procesales que merecen especial y breve análisis, se propone esbozar, someramente, precisiones que, respecto al tópico en mención, coadyuven a aclarar y distinguir estas acciones constitucionales.

En este sentido, la sentencia dictada dentro de una acción de protección surte cinco efectos: *inter partes*, reparatorios, en el tiempo, anulatorio y de cosa juzgada³⁴⁹ material.

El primero de ellos implica que la decisión adoptada tanto por el juez de instancia primera, como por el Tribunal de alzada solo vincula a las partes que intervinieron en el proceso constitucional, sea como actor, demandado o tercero interesado, por lo que no

³⁴⁷ CALAMANDREI, PIERO, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1973, pp.139 y ss.

³⁴⁸ Cfr. CASAL HERNÁNDEZ, JESÚS M., Cosa Juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2004, pp.300-301.

³⁴⁹ A criterio de GONZALO ARMIENTA CALDERÓN, la cosa juzgada es la cualidad de inmutable que ostenta la decisión contenida en una sentencia firme respecto de cualquier proceso posterior entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.

genera efecto general, lo cual es propio del sistema de control de constitucionalidad concentrado o kelseniano.³⁵⁰

El segundo efecto, esto es, la reparación de los derechos violados surge no solo por la naturaleza misma de esta garantía, sino que, además, una vez que el juez constitucional tiene certeza de aquel evento, debe dictar sentencia ordenando la restitución y reparación de los derechos del accionante. Además, el efecto reparatorio forma parte del contenido de una sentencia dictada dentro de este proceso constitucional (art.17.4 LOGJCC).

Los efectos en el tiempo pueden ser regulados, facultativamente, por el juez, dentro de la sentencia; y, aunque esta eventual “manipulación de los efectos en el tiempo” se sujeta a dos condiciones legales como son la vigencia y protección de derechos o la salvaguarda de la supremacía constitucional, la ley abre la posibilidad de que el fallo en materia de acción de protección pueda surtir efectos *ex tunc* y *ex nunc*, es decir, efectos retroactivos o hacia el futuro, respectivamente. Inclusive, si se tiene en cuenta que una sentencia de esta naturaleza posee efecto reparatorio, el cual implica que el titular del derecho violado goce del mismo de manera adecuada, retrotrayendo la situación hasta antes de producida la omisión violatoria del mismo, se puede aseverar que, en este sentido, la sentencia siempre surtirá efecto *ex tunc*. Pero, por otro lado, no solo que el efecto reparatorio busca restablecer los derechos y protegerlos hasta antes de producida la violación de los mismos, sino que, además, el juez constitucional ordenará que la misma cese de manera inmediata y dictará medidas adecuadas para que la misma situación no se produzca a futuro, con posterioridad a la decisión, pues ello afectaría no solo a dos derechos violados sino a la eficacia de la sentencia, por lo que se evidencian efectos *ex nunc* (art.18 LOGJCC).

El efecto anulatorio propone una variación respecto del anterior sistema en el que el amparo constitucional surtía efectos suspensivos del acto u omisión ilegítimo. Actualmente, la concesión de una acción de protección en sentencia implica la anulación definitiva de la omisión violatoria de derechos, esto es, la implementación de una orden proveniente de juez constitucional que vincula al legitimado pasivo a actuar

³⁵⁰ Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, JOSÉ ANTONIO, Temas de Derecho Procesal Constitucional, Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2007, pp.360-361.

para garantizar la protección aplicación de los derechos que, por su inacción, resultaron lesionados.

En cuanto a la cosa juzgada, cabe advertir que esta se evidencia, en un proceso constitucional, de manera condicionada, según la doctrina. Así, la cosa juzgada procesal o formal, se produce cuando, una vez discutida la cuestión, no es viable la revisión de la sentencia, mediante recurso, en el mismo proceso, pero, es posible discutir de nuevo el conflicto intersubjetivo mediante otras vías procesales; mientras que la cosa juzgada material o sustancial se produce cuando, dictado el fallo, se impide volver a discutir lo juzgado mediante la proposición de una nueva acción entre las mismas partes, en relación con hechos idénticos e invocando los mismos derechos y pretensiones.³⁵¹ No obstante los señalamientos doctrinarios, se estima que, en el caso ecuatoriano, la decisión emitida en una acción de protección genera, solamente, efectos de cosa juzgada material, pues sobre la decisión contenida en sentencia, luego de interpuesto y resuelto el recurso de apelación, no cabe la presentación de otro dentro del mismo proceso, ni se permite volver a discutir, dentro de otro proceso posterior, el fondo del litigio que fue resuelto en dicho proceso constitucional, razón por la cual la sentencia dictada en definitiva instancia no solo que ya no es recurrible, sino que es inmutable.³⁵²

Sobre los efectos de cosa juzgada material podría generarse la inquietud respecto a la posibilidad de que aquella se vea afectada por la procedencia de la acción extraordinaria de protección sobre una sentencia de acción de protección. Sin embargo, cabe hacer presente que, más allá de la discusión sobre la naturaleza procesal de la garantía contra sentencias, cuestión que no reviste importancia al presente trabajo, no se considera que exista violación a la cosa juzgada ya que, dentro de la acción de extraordinaria de protección, la Corte Constitucional está impedida de valorar o juzgar de nuevo, a modo de Tribunal de alzada, los aspectos de fondo que fueron conocidos y resueltos por juez competente en un proceso de naturaleza jurídica totalmente distinta, sino que,

³⁵¹ Cfr. Óp. Cit., CASAL HERNÁNDEZ, JESÚS M, pp.311-312.

³⁵² Este efecto ha sido denominado en el sistema venezolano como cosa juzgada constitucional. Al respecto, véase la Sentencia No.3265 de 16 de febrero de 2002, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

únicamente, se ocupará de evidenciar si, dentro de dicha causa, se generó violación a derechos.³⁵³

Sobre este tópico la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la acción extraordinaria de protección no es una instancia adicional donde se puedan resolver, de nuevo, las pretensiones y las excepciones planteadas en el juicio:³⁵⁴

“En consecuencia con lo anteriormente señalado, la Corte no puede convertirse en una nueva instancia que resuelva sobre las peticiones del actor y las excepciones del demandado en cualquier proceso judicial, en razón de la independencia de la que gozan los órganos de la función judicial, reconocida en el artículo 168, numeral 1 de la Constitución de la República; por tanto, el juez constitucional no puede sustituir al juez ordinario; sin embargo, sí le corresponde actuar ante evidente actos antijurídicos de los jueces que conlleven contradicción a la Constitución por lesionar uno o más derechos humanos.”

Inclusive, en otro caso en el que hizo control constitucional sobre una decisión judicial emitida dentro de una acción de protección, la Magistratura señaló lo que sigue:³⁵⁵

“Frente a estas acciones, esta Corte reitera, conforme lo ha señalado en fallos anteriores, que no es juez de instancia en materia de acciones de protección; de ahí que su función se dirige primordialmente a sancionar la violación de derechos constitucionales.”

³⁵³ Con criterio distinto al formulado, PABLO DERMIZAKI P. señala que no existe cosa juzgada en la justicia ordinaria cuando en el juicio se han vulnerado derechos fundamentales y el debido proceso, porque tales violaciones vician de nulidad absoluta el procedimiento en que se basa la sentencia, por lo que, a guisa del autor, en este caso, solo la cosa juzgada constitucional es la única, definitiva e inmutable. El criterio arriba citado induce al error de considerar a la jurisdicción constitucional como un poder superior a la ordinaria, competente para volver a juzgar asuntos que fueron analizados en el litigio llevado a cabo en ésta última y que son ajenos a la primera. Situación distinta es que exista un mecanismo de control constitucional de las decisiones judiciales ordinarias que se encargue de juzgar sobre violaciones a derechos en el proceso en el que dicha decisión fue adoptada, lo cual inhibe al juez constitucional a pronunciarse sobre aspectos ajenos al ámbito de su competencia: las cuestiones de constitucionalidad.

³⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 030-11-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0477-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 714 de 31 de mayo de 2012, cuya ponencia pertenece al ex juez HERNANDO MORALES VINUEZA.

³⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 029-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0923-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 714 de 31 de mayo de 2012, cuya ponencia pertenece al juez MANUEL VITERI OLVERA.

Otro predicamento que surge respecto al efecto de cosa juzgada material es en cuanto a la posibilidad de seleccionar y revisar fallos dictados dentro de garantías de conocimiento indirecto por parte de la Corte Constitucional, actuación con la cual, podría señalarse, dicho efecto procesal quedaría inobservado. No obstante, no se considera que aquella situación se produzca, ello, por los criterios expuestos y los señalamientos jurisprudenciales emitidos por el órgano de control constitucional, pues aquel no está facultado para que, activando esta competencia, vuelva a resolver el fondo de la cuestión litigada y juzgada, sino solo la generación de precedentes vinculantes con efectos *erga omnes* para su aplicación en casos análogos y, eventualmente, si existe mérito, corregir las violaciones a derechos que, en el transcurso del proceso, se hayan propiciado, generando, igualmente, con dicha decisión, efectos *inter partes*.

En todo caso, cabe hacer presente que los efectos reparatorios, anulatorios y en el tiempo no tendrán cabida si la sentencia desestima la acción de protección, pues no habrá derechos que reparar, omisiones que anular ni tampoco situaciones que restablecer de forma retroactiva o medidas que dictar hacia el futuro con el fin de evitar una omisión violatoria de derechos. Mas, los efectos *inter partes* y de cosa juzgada material sí se harán presentes aunque la acción constitucional se niegue en sentencia, pues la decisión, igualmente, vinculará a las partes procesales y se evitará que se vuelva a discutir, en otro proceso posterior, sobre los mismos hechos, pretensiones, derechos y entres las mismas partes.

La acción por incumplimiento surte, asimismo, efectos *inter partes*, efectos generales y vinculantes por excepción y de cosa juzgada material; aunque, en cuanto al tiempo, se estima, solamente genera efectos *ex nunc*, a diferencia de lo que ocurre con la acción de protección.

Los efectos *inter partes* se evidencian toda vez que, al igual que con el caso anterior, la decisión emitida por el juez constitucional vincula, únicamente, a quienes formaron parte del proceso, por lo que la sentencia, en este sentido, no causa efectos generales. Mientras que, si dentro del caso sometido a conocimiento de la Magistratura, se generan parámetros interpretativos de la Constitución, esas reglas generadas por el órgano de control de constitucionalidad no solo surten *efectos erga omnes*, sino que, además, originan efectos vinculantes a modo de precedente, aplicables a casos análogos (art.2.3 LOGJCC).

En el caso de la acción por incumplimiento, la cosa juzgada material impide que sobre lo analizado, resuelto y decidido por la Corte Constitucional sea revisado y juzgado nuevamente en otro proceso posterior a aquel.

Por otro lado, no se presentan, dentro de una sentencia emitida en este proceso, efectos de cosa juzgada formal porque, aunque la decisión de la Magistratura es inimpugnabile mediante otro recurso dentro del mismo proceso, salvo la petición de aclaración y ampliación, la cual no permite cambiar o reveer el sentido del fallo, ninguna de las partes procesales cuenta con otra acción posterior que le permita volver a discutir sobre la misma cuestión de fondo³⁵⁶, con lo cual no se cumplen todos los requisitos que la doctrina procesal ha señalado para que una sentencia produzca estos efectos.

A diferencia de lo que ocurre con la acción de protección, la sentencia dictada en un proceso de acción por incumplimiento, por no ser garantía de derechos, solamente surtirá efectos *ex nunc*, es decir, a futuro; pues, la Corte Constitucional ordenará, dentro del correspondiente fallo, que el órgano o persona omisa haga efectivo el mandato contenido en el acto cuyo cumplimiento se ha demandado, situación que deberá ocurrir, únicamente, *a posteriori* a la decisión del órgano de control constitucional. Inclusive, como se analizó, los efectos *ex tunc* se relacionan con las garantías de derechos porque en ellas el juez, mediante orden de reaparación integral, buscará restablecer la situación del accionante hasta antes de producida la violación de derechos y, en el caso de la acción por incumplimiento, lo que se hace es ordenar el cumplimiento de un acto luego de haberse verificado que el mismo, efectivamente, ha sido omitido, mas no se busca reparación de derechos.

Se debe tener presente que si la acción es desestimada en sentencia, se estima que surtirá, únicamente, efectos *inter partes* y de cosa juzgada material.

³⁵⁶ Al respecto, debe hacerse presente que la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales no faculta, a ninguna de las partes procesales, ni a la Corte Constitucional, a volver a discutir o resolver el fondo de la cuestión que fue analizado en la sentencia de la acción por incumplimiento, sino que, únicamente, la Magistratura se limitará, dentro de la acción de incumplimiento, a verificar que su decisión emitida en el aludido proceso haya sido, efectivamente, cumplida, lo cual no implica volver a pronunciarse sobre lo mismo. Por lo tanto, la proposición de la acción de incumplimiento no quebranta los efectos de cosa juzgada generado dentro del proceso principal (arts.436.9, 162, 163, 164 y 165 LOGJCC).

Por otro lado, el ejercicio jurisdiccional de control de las omisiones inconstitucionales persigue, como afirma Víctor BAZÁN, la recomposición del imperio de la Ley Fundamental, cuya primacía queda momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.³⁵⁷ Por ello, bien señala Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ que el control constitucional, como noción jurídica, es inseparable de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico dado.³⁵⁸

En este sentido, la doctrina ha señalado, de acuerdo con cada ordenamiento jurídico en el que el instituto en comento se ha desarrollado, una serie de remedios que viabilizan la protección del principio de supremacía constitucional. Por tanto, los efectos que un fallo en materia de inconstitucionalidad por omisión genere, devendrán, *mutatis mutandi*, de la solución que pueda aplicar el órgano de control, de conformidad con el marco de sus competencias y de la naturaleza de tal expediente, pues, como se verá, no todas las constituciones conciben a esta figura desde similar óptica.

En el caso ecuatoriano, el fallo que emite la Magistratura dentro del control por omisión inconstitucional, surte, a criterio de quien elabora este trabajo, efectos *erga omnes*, de cosa juzgada formal y material, *ex nunc*, intimatorios y normativos.

Se hizo presente que el legislador optó por integrar el concepto restringido de omisión inconstitucional en la ley de la materia, por lo que nada se regula cuando no se trata de omisión de legislar, sino de omisión de ejecutar un acto, lo cual acarrea como consecuencia la dificultad de establecer, con precisión, los efectos de un fallo en el cual la Corte Constitucional declare la omisión inconstitucional en esta materia. Sin embargo, el reglamento, incurriendo en similar equívoco que el constituyente, adoptó el concepto amplio al otorgar la posibilidad de que la Magistratura no solo dicte reglas provisionales en caso de persistir omisión absoluta de legislar, sino que se le facultó para que ejecute el acto omitido en caso de persistir la omisión luego de otorgado el plazo (art.77 RSPCCC), lo que, como se ha sostenido, contribuye a la confusión entre este instituto y la acción por incumplimiento.

³⁵⁷ BAZÁN, VÍCTOR, La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano en anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p.478.

³⁵⁸ VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, La inconstitucionalidad por omisión, Madrid, Editorial McGraw-Hill, 1997, p.3.

Los efectos *erga omnes*,³⁵⁹ a diferencia de lo que ocurre con las dos acciones antes señaladas, se constituyen en regla general para el control de omisiones inconstitucionales, esto es, una vez declarada la omisión violatoria de la Constitución, la decisión que emita el órgano de control forja efectos generales y no solo entre las partes procesales, pues una vez que se le otorgue el plazo al ente omiso, este debe dictar la norma, en caso de omisión absoluta, la cual no solo beneficiará al accionante, pues la ley posee, como atributo propio, la generalidad. Incluso, luego de transcurrido el plazo, si la omisión absoluta persiste, es la Corte Constitucional la que dicta, transitoria y provisionalmente, las reglas que sirvan para acatar el mandato constitucional, hasta que el órgano competente lo haga de forma definitiva, por lo que, dichas reglas, son, asimismo, de aplicación general (arts.129.1 LOGJCC y 77 RSPCCC).³⁶⁰

Por otro lado, si bien la ley atribuye, directamente, los efectos de cosa juzgada a los fallos dictados en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, debe tenerse presente que los mismos refieren a la declaratoria de inconstitucionalidad de actos, no de omisiones. Sin embargo, por existir mandato legal expreso que asimila el control por omisión al control por acción en materia procesal, hay que tomar en cuenta que aplican los efectos atribuidos por la ley, aunque, se estima, de manera condicionada (arts.128 y 95 LOGJCC). En este sentido, si la acción de inconstitucionalidad por omisión es estimada en sentencia, el efecto que se genera es de cosa juzgada material, pues no se podrá discutir en proceso posterior las cuestiones de fondo juzgadas y resueltas por la Corte Constitucional; en cambio, si el fallo niega la procedencia de la demanda en esta materia, el efecto producido es solo de cosa juzgada formal y no material, pues si la sentencia está precedida por control integral³⁶¹, solo se impide presentar posteriores

³⁵⁹ A decir de JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ, los efectos *erga omnes* alude a los efectos frente a todos que tienen las sentencias del Tribunal Constitucional y no solo frente a las partes o a quienes han llevado a cabo la contradicción.

³⁶⁰ En otros sistemas como el brasileño, existe un proceso de control de omisiones inconstitucionales cuyas sentencias, en cambio, generan efectos *inter partes*: el *mandado de injuncao*, instituto que, a diferencia de la inconstitucionalidad por omisión, procede siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía (art.5 de la Constitución de Brasil). Por tanto, lo que pretende este proceso es la defensa de derechos, cuestión que, a criterio de VÍCTOR BAZÁN, resuelve un conflicto concreto, cuya sentencia genera efectos *inter partes*.

³⁶¹ Por control integral se entiende la efectiva aplicación de la regla *iura novit curia* por parte de la Corte Constitucional, es decir, la confrontación de la omisión inconstitucional alegada con toda la normativa constitucional, incluyendo aquellas no invocadas expresamente por el accionante en su petitorio (art.76.1 LOGJCC).

demandas de inconstitucionalidad por omisión mientras subsista el fundamento de la sentencia, por lo que, si dichos argumentos desaparecen, se podría presentar nueva y posterior demanda, en caso de que la omisión, a criterio del accionante, aún persista. Asimismo, dicho efecto se produce si la sentencia que desecha la demanda no contiene como antecedente el control integral, por lo que, en este caso, no se pueden presentar nuevas demandas con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, lo que implica la posibilidad de discutir posteriormente sobre lo mismo, pero con nuevos argumentos formulados en la demanda o insistiendo en aquellos que, a criterio del accionante, no hubieren sido analizados en el fallo por parte de la Corte Constitucional (art.96.2 y 3 LOGJCC)³⁶² Aunque, por otro lado, existen criterios que tienden a negar la posibilidad de que en control abstracto de constitucionalidad se presenten efectos de cosa juzgada formal si la sentencia es desestimatoria.³⁶³

En cuanto a los efectos en el tiempo, si bien la ley determina que una sentencia en esta materia surte, por regla general, efectos *ex nunc*, es decir, a futuro, también abre la posibilidad de que la Magistratura manipule sus sentencias cuando efectúa control abstracto de constitucionalidad, permitiendo, en tal virtud, que sus fallos puedan generar, además, efectos *ex tunc*. Sin embargo, debe manifestarse la imposibilidad de que en materia de inconstitucionalidad por omisión se presenten efectos con carácter retroactivo, pues los mismos surgen, únicamente, cuando la Corte Constitucional retrotrae la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto para proteger la fuerza normativa y jerarquía de la Constitución y la vigencia de los derechos, siempre que tal decisión no afecte a la seguridad jurídica y al interés general (arts.95 y 96.4 LOGJCC), mas en el caso de la inconstitucionalidad por omisión, el efecto esperado en cuestión de tiempo será, solamente, a futuro, esto es, *ex nunc*, pues una vez detectada y declarada la omisión, la orden emitida por la Magistratura generará efectos a partir de la decisión en sentencia. Similar situación ocurre con las omisiones relativas cuando el órgano de control cubre las lagunas axiológicas provocadas por la incompleta tarea normativa del

³⁶² Similar criterio puede verse en la disertación de CARLOS FERNANDO ALOMOTO, La inconstitucionalidad por omisión legislativa en el Ecuador, Tesis de licenciatura, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2013, p.115.

³⁶³ Sobre este aspecto puede revisarse la obra de GIOVANNI A. FIGUEROA MEJÍA: Las Sentencias Constitucionales Atípicas en el Derecho Comparado y en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana, México, Editorial Porrúa, 2011. Otro criterio con similar punto de vista se puede encontrar en la obra de IVÁN ESCOBAR FORNOS: Introducción al Derecho Procesal Constitucional, ya citada en este trabajo.

órgano competente.³⁶⁴ Inclusive, en materia de control abstracto por acción, cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto pueda generar un vacío normativo que sea fuente potencial de violación de derechos o provoque daño grave, la Corte Constitucional puede diferir o postergar dicha decisión (arts. 95 y 130 LOGJCC).

Asimismo, otro efecto producido por la sentencia estimatoria en materia de inconstitucionalidad por omisión, es intimatorio³⁶⁵ en caso de que se impugne una omisión absoluta, pues la norma constitucional faculta al órgano de control a que, luego de declarada dicha omisión inconstitucional, fije un plazo para que el órgano omiso cumpla con el mandato de legislar o de ejecutar un acto (arts.436.10 CE y 129.1 LOGJCC).³⁶⁶

³⁶⁴ Con similar criterio, afirma JOSÉ ANTONIO RIVERA SANTIVÁÑEZ, la sentencia con efecto retroactivo es aquella a través de la cual el Tribunal Constitucional, al constatar que la disposición legal acusada es contraria a las normas de la Constitución, a declara inconstitucional y retrotrae las cosas a la situación inicial, es decir, al estado anterior a la aprobación de la Ley acusada. Por tanto, la sentencia con efecto retroactivo es, más bien, propia del control abstracto de constitucionalidad por acción.

³⁶⁵ Al respecto, el presente trabajo se remite a los aportes de NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS: Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión en Curso de Derecho Procesal Constitucional, México, Editorial Porrúa, 2011 y de LAURA RANGEL HERNÁNDEZ en la obra citada *supra*.

³⁶⁶ Similares efectos surten los fallos que, sobre esta materia, se dictan en países como Brasil (art.103.2 constitucional), México en los Estados de Tlaxcala (art.81 constitucional), Coahuila (art.88 constitucional), Quintana Roo (art.105 constitucional) y Chiapas (art.56 constitucional), así como en Venezuela (art.336.7 constitucional), aunque, en este último caso, existe una variación respecto de los demás países, pues, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, además de otorgar un plazo para enmendar la omisión inconstitucional el ente jurisdiccional puede, de ser necesario, establecer los lineamientos de contenido de corrección de la omisión.

En otros sistemas constitucionales, en cambio, los efectos en este aspecto varían, dependiendo del tipo de remedio que el instituto tiene y que se regula en las diferentes Cartas Primarias. Así, por ejemplo, constituciones como la yugoslava de 1974 habilitaban al Tribunal de Garantías Constitucionales a dar conocimiento, ante la Asamblea de la República, sobre las omisiones inconstitucionales, con lo cual se generaban *efectos de mera denuncia* (art.377). Otros *efectos*, como los *recomendatorios*, surtían los fallos que, sobre esta materia se dictaban bajo el amparo de la Constitución portuguesa de 1976, pues, de haber omisión inconstitucional, el Consejo de la Revolución podía recomendar a los órganos competentes el cumplimiento de la norma omitida (art.279), aunque, dicho *efecto* cambió de *recomendatorio* a *exhortativo* con las reformas constitucionales de 1982, pues, en este caso, el Tribunal Constitucional puede dar conocimiento de la omisión al órgano competente para que cumpla con lo ordenado (art.283.2). Por otro lado, constituciones como la federal de la Provincia de Río Negro en Argentina imponen *efectos reparadores*, pues, el Superior Tribunal de Justicia, al evidenciar la omisión inconstitucional fija un plazo para que se cumpla con el mandato, pero, si persiste la inacción, éste puede cubrir o integrar el vacío y, cuando aquello no resulte posible, debe resarcir, económicamente, los daños que, fruto de la omisión, se generen en contra del accionante (art.207). Por último, países como Paraguay (art.45), Bolivia (art.228) y Ecuador (arts.18 CPE y 11 CE) plantean en sus constituciones *efectos coactivos*, pues, en su contenido, son aquellos textos los que disponen que los derechos y los preceptos en ellos consagrados no pueden ser

Otro efecto producido por la sentencia estimatoria de la omisión inconstitucional es el normativo, pues, ante la persistencia de la omisión absoluta, esto es, luego de vencido el plazo otorgado por la Corte Constitucional para que el ente omiso emita la norma o ejecute el acto, la misma está habilitada para dictar, jurisprudencial y provisionalmente, las reglas que viabilicen el cumplimiento del mandato fundamental, hasta que el órgano competente dicte las normas definitivas e, incluso, como se dijo, a ejecutar el acto incumplido (arts. 436.10 CE, 129.1 LOGJCC y 77 RSPCCC).³⁶⁷ Asimismo, el efecto normativo se produce en caso de presentarse omisiones relativas, en cuyo evento, la Corte Constitucional subsana las lagunas normativas mediante sentencias de constitucionalidad condicionada, aunque, en este caso, las reglas dictadas por el ente de control son definitivas (art.129.2 LOGJCC).³⁶⁸

inaplicados por alegar falta de ley secundaria, con lo cual se abren las puertas a la labor interpretativa del juez constitucional.

³⁶⁷ En sistemas constitucionales comparados este se conoce como *efecto cobertor*. Así, por ejemplo, el Estado mexicano de Veracruz habilita al Tribunal Superior de Justicia a dictar norma en caso de haber omisión inconstitucional (art.65).

³⁶⁸ Una postura distinta a la diseñada por el constituyente ecuatoriano ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional español, órgano en cuyo sistema no se ha previsto, constitucionalmente, el instituto en estudio. En este sentido, este cuerpo colegiado, respecto de las omisiones relativas, en Sentencia No. 45/1989, de 20 de febrero de 1989, señaló lo que sigue:

“Le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos señalado, no puede ser ni desconocida ni sustituida por esta Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados.”

IV

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES GENERALES

1.- Los derechos son el motivo fundamental de existencia de la justicia constitucional y son exigencias de protección frente a eventuales abusos por parte del poder público y privado.

Los derechos, sin importar su clase o categoría, desde épocas remotas en las que surgió el constitucionalismo, han sido objeto de protección frente a eventuales abusos del poder público e, incluso, privado, que tiendan a vulnerarlos, razón por la cual, en un Estado de Derecho o, con más razón, en uno que se cataloga como Estado Constitucional de derechos y justicia, la jurisdicción constitucional ha realizado un trascendental rol, pues conoce y resuelve algunos mecanismos de defensa de dichas prerrogativas, proponiendo soluciones idóneas, breves e independientes. En este sentido, el juez constitucional ya no solo es guardián de la Ley Fundamental, sino que, además, sus decisiones lo convierten en garante y protector de los derechos humanos, fundamentales y de aquellos que derivan de la naturaleza de los individuos.

2.- Los principios se convierten en herramientas fundamentales a ser tomadas en cuenta por quienes activan y ejercen jurisdicción constitucional, pues viabilizan el amparo de los derechos y el respeto a la eficacia normativa y supremacía constitucional.

Si bien estos se consagran, generalmente, en normas constitucionales autoaplicativas, permiten, cuando se conciben para garantizar la aplicación de derechos, una argumentación más sólida de las pretensiones por parte del accionante, mientras que, si se toman en cuenta los principios procesales, en cuanto directrices de la justicia, el juez constitucional contará con parámetros mínimos para desarrollar sus funciones, evitando incurrir en arbitrariedad y dotando de seguridad jurídica a las partes procesales.

3.- La concepción de omisión en el régimen constitucional ecuatoriano es amplia, situación que genera un ambiente más apropiado para la defensa del carácter

normativo y la supremacía de la Constitución, del orden jurídico inferior y de los derechos y libertades.

Ello implica un notorio avance respecto del pretérito sistema, pues ya no solo la omisión es concebida como evento violatorio de derechos, sino que, además, la justicia constitucional castiga las inacciones que incumplen con las normas fundamentales e, incluso, con actos que integran el resto del ordenamiento jurídico dado, sin que ello implique, necesariamente, conculcar derechos.

4.- Las omisiones que son impugnables mediante institutos procesales constitucionales persiguen fines distintos a las vías creadas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa en relación a la ejecución de lo ganado por efectos del silencio administrativo positivo.

Mientras las omisiones que son justiciables mediante vías constitucionales se ocupan de analizar violaciones a derechos y a la supremacía constitucional, donde no se pretende el reconocimiento y declaración de aquellos; las omisiones administrativas cuentan con su propia vía de impugnación, esto es, la justicia contencioso administrativa, la cual, en cambio, juzga cuestiones de mera legalidad, en las que, dependiendo del caso, se discute sobre la existencia, titularidad y adquisición de derechos o de una situación jurídica.

5.- Existe abundante contradicción entre lo regulado en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo cual genera un escenario de inseguridad y ambigüedad a la hora de proponer cualquiera de las acciones estudiadas.

Ello implica que el origen de la confusión de los institutos deviene del desacertado criterio con el que el constituyente diseñó el marco de procesos constitucionales tanto libertad o garantía, como orgánicos o de control, principalmente, con los casos de la acción por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión. Aunque, el legislador, posteriormente, intentó solucionar, de manera inadecuada, las confusiones del constituyente en esta materia, obteniendo, como resultado, varios aciertos, como ocurrió con la delimitación de la acción por incumplimiento, pero, también, algunos errores, como sucedió con la acción de protección y de omisión inconstitucional, en los cuales su tarea no solo es incompleta, sino inconstitucional.

6.- Las acciones constitucionales frente a omisiones poseen naturaleza jurídica y objeto distinto, razón por la cual el legitimado activo, dependiendo de su pretensión, debe activar el mecanismo adecuado para discutir dicha exigencia, evitando incurrir en equivocación de vía.

Lo aseverado revela el objetivo principal del estudio que concluye, por lo que, se enfatiza, la acción de protección es garantía constitucional de conocimiento y no residual cuyo objeto es la tutela directa y pronta de los derechos; la acción por incumplimiento, en cambio, es un mecanismo constitucional de orden ejecutivo no residual que tiene por finalidad vincular y exigir la observación de los actos que integran el orden jurídico infraconstitucional, mientras que la omisión inconstitucional es una garantía de la eficacia normativa y supremacía de la Constitución, la cual pretende vincular al poder público al cumplimiento de los mandatos constitucionales de eficacia aplazada.

7.- Regulación constitucional contradictoria en materia de legitimación activa.

Esto implica hacer presente la ambigüedad con la que el constituyente reguló lo pertinente a la legitimación activa en materia procesal constitucional, incluyendo, en el texto fundamental, de manera simultánea, dos criterios que generan confusión: un amplio en el cual la legitimación activa está garantizada a cualquier persona o grupo de personas y, otra restringida, bajo la cual solo se habilita a la proposición de acciones constitucionales a los ciudadanos. En todo caso, se debe decir, es tarea de la Corte Constitucional, en su rol de intérprete auténtico de la Carta Primera, esclarecer los señalamientos oscuros del constituyente.

8.- Sistema de legitimación pasiva amplio en materia de acción por incumplimiento y de protección, pero restringido en cuanto tiene que ver con las omisiones inconstitucionales.

Las dos primeras acciones enunciadas no solo que tienen por legitimado en pasiva a la autoridad pública (no judicial en la acción de protección y de cualquier naturaleza en materia de acción por incumplimiento), sino que, también, son admisibles frente omisiones de particulares, con los señalamientos previstos en la ley. La omisión inconstitucional, en cambio, solo tiene como legitimado en pasiva al poder público

encarnado en los órganos vinculados por un mandato constitucional de eficacia aplazada.

9.- Regulación incompleta y escasa de estos institutos en cuanto se refiere a casos específicos de procedencia e improcedencia de los mismos, salvo lo pertinente a la acción de protección.

El legislador es silente en cuanto determinar casos de procedencia e improcedencia en materia de omisiones inconstitucionales, lo cual implica que, en este caso, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional incurre en omisión relativa, cuestión, ciertamente, llamativa.

En cuanto a la acción por incumplimiento, el legislador cumple una tarea incompleta, pues solo recoge criterios que sirven para el análisis de la improcedencia de la misma, mas nada señala en cuanto a los casos en los cuales procede.

En cambio, en cuanto a la acción de protección, el legislador realiza un tarea completa pero defectuosa en relación con el juicio de procedencia e improcedencia de la misma, es decir, si bien se hace referencia a los dos aspectos, ciertos señalamientos han generado debate en el foro, como ocurre con la exigencia de la demostración de inexistencia de otra vía judicial adecuada y eficaz como requisito de procedencia y la exclusión del control de omisiones violatorias de derechos de aquellas generadas en materia electoral.

10.- Escaso y confuso desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional en esta materia.

Las confusiones, vacíos y equívocos que se producen respecto de las figuras constitucionales analizadas no son solo atribuibles al legislador. Téngase presente que la Magistratura cuenta con facultad amplia para interpretar la Constitución de manera auténtica e, incluso, como se revisó, para elaborar jurisprudencia vinculante en esta materia. Si bien esto último ha ocurrido en materia de acción de protección, ha resultado ser incompleta, escasa y confusa, pues nada ha propuesto la Corte para zanjar los predicamentos que se producen respecto a aquel mecanismo, lo que implica que no ha fijado lineamientos o parámetros en cuanto a los aspectos que generan duda, como son

los relativos a la legitimación, la procedencia y la improcedencia, así como tampoco ha fijado los efectos que una sentencia de esta naturaleza produce.

No obstante lo señalado, el órgano de control constitucional nada ha pronunciado, por vía de jurisprudencia vinculante, en materia de acción por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión, institutos que, como se analizó, son los que más confusión generan.

Por otro lado, respecto de las mismas acciones, dentro de la resolución de casos concretos, sus criterios han sido contradictorios y equivocados, los cuales, en lugar de sentar precedentes claros, atisban un escenario ambiguo y oscuro, por lo que llama la atención la poca importancia que la Corte ha dado al tratamiento de estas figuras. Incluso, tómese en cuenta que, en materia de omisión inconstitucional, solamente se han dictado dos fallos dentro de cuatro años de vigencia de la figura, en los cuales, como se vio, poco se aportó al desarrollo de este instituto.

CONCLUSIONES ESPECÍFICAS RESPECTO A CADA ACCIÓN

1.- En materia de inconstitucionalidad por omisión, es un avance para el Derecho Procesal Constitucional ecuatoriano que el control abstracto se haya ampliado a las omisiones; sin embargo, se considera incorrecto que el legislador haya dado igual tratamiento a los mecanismos de control por acción y a aquellos que se prevén para impugnar omisiones.

Lo arriba señalado implica hacer presente la contradicción que se genera en este aspecto, pues, si bien se abre la puerta al control abstracto de constitucionalidad por omisión, a la vez se incurre en el error de homologar este proceso al control por acción, criterio que se considera poco adecuado ya que cada tipo de control persigue fines distintos, por lo que, más bien, el legislador debió elaborar regulación específica para cada uno y no incorporar al control por omisión dentro de las normas comunes del procedimiento previsto para el control por acción, la cual denota no solo una tarea legislativa incompleta, sino el desconocimiento que se tiene respecto de este instituto.

2.- La concepción que el constituyente tiene sobre las omisiones inconstitucionales es amplia, cuestión que implica no solo la inacción en la tarea de legislar lo mandado por la Constitución, sino que, además, mediante esta figura es viable la impugnación de

omisiones respecto de cualquier otro tipo de mandatos constitucionales omitidos, pese a que, como se ha revisado, en la mayoría de Estados en los cuales se ha dado tratamiento a este instituto, solamente se contemplan las omisiones de legislar.

3.- En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional solo se tomó en cuenta lo referente a omisiones legislativas y no a aquellas que incumplen las órdenes contenidas en otros mandatos constitucionales, razón por la cual, se insiste, no existe regulación específica para el caso de que el accionante impugne una omisión inconstitucional que no implique la mora en la emisión de norma secundaria, sino la ejecución de actos. En este sentido, téngase en cuenta que el constituyente concibió al instituto de forma más amplia, por lo que, en todo caso, en la ley se debió tener presente aquello y se debió desarrollar completamente la figura descrita, es decir, tomando en cuenta que la omisión inconstitucional también alcanza a otros mandatos constitucionales que no implican la orden de emitir normas.

4.- El tratamiento doctrinario, jurisprudencial y constitucional que recibe el instituto de la omisión inconstitucional no es uniforme, por lo que su desarrollo es variable. Si bien esta figura es, por criterio general, garante de la vigencia, eficacia normativa y supremacía de la Constitución, cada orden jurídico en el que ésta se ha incorporado ha propuesto soluciones variadas para enfrentar y frenar la omisión fraudulenta a la misma, entre ellas la denuncia, el llamado de atención, la recomendación, la intimación, la cobertura, el resarcimiento y la compulsión constitucional. Incluso, en Estados en los que el instituto no se ha previsto de manera expresa en los textos constitucionales, las soluciones se han previsto mediante la vía jurisprudencial cuando los Tribunales o Cortes Constitucionales, haciendo uso de las sentencias interpretativas, han zanjado estos inconvenientes. Este ha sido el caso de Perú, Colombia, Italia y España.

5.- El requisito de inexistencia de otra vía judicial eficaz y adecuada para la protección de derechos no implica dotar de subsidiaridad a la acción de protección, pues, como se dijo, las acciones que se puedan iniciar ante la jurisdicción contencioso administrativa son inadecuadas e ineficaces para la protección de derechos en virtud de la materia que contienen (cuestiones de legalidad) y por el tiempo que, en la práctica, tardan en tener resolución judicial, lo que implicaría la prolongación de la violación de derechos, por lo que la acción de protección es un proceso constitucional principal respecto de aquellas vía judiciales.

6.- Se considera inconstitucional que el legislador excluya, de las omisiones objeto de la acción de protección, a aquellas que son propias del ámbito electoral. La consideración se efectúa tomando en cuenta que la Constitución no hace exclusión alguna respecto de los actos y omisiones que pueden ser impugnadas mediante la acción de protección, razón por la que la disposición que refiere a la exclusión de las omisiones electorales contradice la Norma Fundamental por inobservar los principios de no restricción normativa, de aplicación directa e inmediata de la Constitución y de supremacía de la misma.

7.- La acción de protección tiene dos variantes y cada una de ellas debería recibir un tratamiento específico. Señalar aquello implica que el legislador debió regular un procedimiento para cada tipo de acción de protección, esto es, por acción y por omisión, fijando los parámetros bajo los cuales cada una proceda, para evitar confusiones y señalado, en el segundo caso, qué tipo de omisiones son las que se pueden impugnar mediante ésta garantía.

8.- Es necesario restringir la procedencia de una garantía sobre otra de la misma naturaleza y, más bien, se considera pertinente y suficiente que la Corte Constitucional, en ejercicio de su facultad selectora y revisora, pueda pronunciarse sobre violaciones a derechos en aquellos procesos y, de ser necesario, genere jurisprudencia vinculante en la materia. Ello, incluso, descongestiona la acumulación excesiva de acciones extraordinarias de protección que impugnan fallos emitidos dentro de procesos de acciones de protección.

9.- Es un avance importante que en Ecuador se cuente con un mecanismo constitucional que garantice la aplicación y cumplimiento del orden jurídico, pues, antes de la vigencia del texto fundamental de 2008, no existía ninguna vía procesal que persiga tales objetivos. No obstante, se considera inadecuado el tratamiento normativo y jurisprudencial que se le ha dado al instituto a raíz de su incorporación, situación que, lejana a coadyuvar hacia la instauración de un sistema procesal constitucional sólido, entorpece y confunde, en la práctica, el ejercicio y juzgamiento de este tipo de causas.

10.- Inadecuada concepción del constituyente y el legislador respecto de la naturaleza de la acción por incumplimiento, pues, como quedó manifestado, aquella no es una garantía, sino, más bien, un proceso que viabiliza el respeto y acatamiento del orden

jurídico infraconstitucional, el cual, además, no persigue la protección directa de los derechos, por lo que mal hacen la Constitución y la ley en reconocer a este instituto como una garantía jurisdiccional.

11.- Se considera que permitir la impugnación del incumplimiento de actos administrativos de alcance general es inapropiado en virtud de su naturaleza jurídica que los identifica como actos regla cuyos efectos, más bien, son internos y no se dirigen hacia los administrados. Por ello, en lugar de ese equivocado señalamiento, el constituyente y el legislador debieron referirse a aquellos actos de la administración que contienen alcance y generan efectos hacia los administrados, como ocurre con los actos individuales los cuales, eventualmente, pudiesen incumplirse, y que, además, constan excluidos del ámbito de aplicación de este instituto.

12.- La instauración del reclamo previo como exigencia para activar la jurisdicción constitucional en materia de acción por incumplimiento es inadecuada porque no solo retarda el ágil procesamiento y despacho de la causa, sino que, además, prolonga el incumplimiento del acto omitido, lo cual, más bien, convierte a este mecanismo en inadecuado e ineficaz respecto de la pretensión del legitimado en activa.

V

RECOMENDACIONES

1.- REFORMA PARCIAL A LA CONSTITUCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 442.

1.1.- La Constitución debe ser modificada en cuanto a la contradicción existente en materia de legitimación activa para la proposición de acciones constitucionales producida por lo previsto en los artículos 86 número 1 y 439. En este sentido, se sugiere la eliminación del artículo 439, por considerarse restrictivo y, más bien, la inclusión de un inciso a continuación del número 1 del artículo 86 en el cual se señale el régimen de legitimación activa para la proposición de las acciones constitucionales que no forman parte del régimen de garantías.

1.2.- El artículo 93, correspondiente a la acción por incumplimiento, debe ser sustraído y eliminado del acápite correspondiente a las garantías de derechos por no corresponder a dicha naturaleza jurídica. En este sentido, más bien, debe mantenerse la disposición prevista en el artículo 436 número 5 en el cual el constituyente vuelve a pronunciarse sobre ésta materia; sin embargo, en dicha norma, en lugar de hacer referencia a los actos administrativos de carácter general o tipo regla, se debe hacer referencia, en general, a actos administrativos. Asimismo, dentro de la norma citada, se debe eliminar la frase “de cualquier naturaleza o jerarquía” y, en su lugar, debe hablarse de “normas infraconstitucionales de cualquier naturaleza”, evitando la confusión entre éste instituto y la omisión inconstitucional. En cuanto a la disposición constitucional en comento también debe eliminarse de ella la frase “que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”, pues, como se vio, aquel señalamiento es innecesario ya que en Ecuador no existen otras vías procesales para lograr la finalidad que persigue la acción por incumplimiento.

1.3.- El contenido del artículo 88 que hace referencia a la acción de protección debe ser ampliado, pues no solamente se protegen, mediante esta vía, derechos constitucionales o fundamentales, sino que, además, debería incluirse a los derechos humanos y a aquellos que derivan de la naturaleza de las personas, con lo cual, incluso, la norma

constitucional estaría en consonancia con los principios de aplicación de derechos previstos en el artículo 11 del mismo texto.

1.4.- El artículo 436 número 10 también debe ser modificado, considerando la confusión en la que incurrió el constituyente entre la inconstitucionalidad por omisión y la acción por incumplimiento. En este sentido, se considera prudente que se elimine de la norma la frase “o ejecutará el acto omitido”, con lo cual se refuerza la recomendación antes vertida y que pretende distinguir este instituto con el de la acción por incumplimiento. Otro aspecto a tomar en cuenta es el efecto de la persistencia de la omisión inconstitucional, luego de los plazos, por lo cual, la norma debe ser más concreta, ya que es preciso señalar los efectos de la actuación de la Corte Constitucional frente a las omisiones de orden absoluto o relativo.

2.- REFORMAS A LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

Es preciso recomendar que se efectúen reformas a la ley de la materia, tomando en cuenta los parámetros que se señalan a continuación:

2.1.- En materia de acción de protección se deben crear reglas procesales específicas para cada subtipo de esta garantía, esto es, por acción y por omisión, indicando, en cada uno de ellos, los requisitos de procedencia, improcedencia, los tipos de actos y omisiones que se pueden impugnar y los efectos que la sentencia producirá.

2.2.- Dentro de este mismo instituto, el legislador debe incluir normas que distingan entre el juicio de admisibilidad de la acción con el examen de procedencia de la misma.

2.3.- La distinción efectuada, dentro de los legitimados en pasiva previstos en el artículo 41 números 1 y 3, esto es, entre autoridades públicas no judiciales y prestadores de servicios públicos, debe ser anulada, eliminando, para tales efectos, el reconocimiento de legítimo contradictor para el caso del prestador de servicios públicos ya que no se encuentra necesaria si se tiene presente que el término autoridad pública no judicial involucra a aquellos.

2.4.- El artículo 39 debe ser modificado ya que genera el comentado efecto de choque entre garantías, por lo que, más bien, se sugiere que en dicha norma se acople el contenido y naturaleza que el constituyente otorgó a esta garantía de derechos, evitando

provocar restricciones innecesarias en materia de acción de protección, pues, para delimitar su ámbito de aplicación basta con regular, con exactitud, sus factores de procedencia e improcedencia y los actos u omisiones objeto de la misma.

2.5.- El número 7 del artículo 42 debe ser eliminado de la ley por excluir omisiones y actos que, por mandato constitucional, sí podrían ser impugnados mediante una acción de protección, esto es, actos u omisiones electorales.

2.6.- En cuanto a la acción por incumplimiento, se sugiere incluir, dentro de los actos objeto de la misma previstos en el artículo 52, a los administrativos, ya que la norma induce a pensar que el legislador sustrajo a estos del ámbito de aplicación del instituto en comento.

2.7.- Por no ser una garantía de derechos, la acción por incumplimiento debería excluirse del Título II de la ley, por lo cual, a la misma no se le deberían aplicar las normas comunes de procedimiento que rigen para las figuras que sí reúnen tal naturaleza, creando, para este caso, un cúmulo de disposiciones legales que regulen el proceso específico de la acción por incumplimiento.

2.8.- Se sugiere que la legitimación en pasiva para particulares que consta en el artículo 53, sea ampliada no solo al caso de que actúen en ejercicio de funciones públicas o presenten servicios públicos, sino que, además, se reconozca para cualquier particular que esté obligado a cumplir con el acto omitido.

2.9.- El artículo 54 que contiene la disposición del reclamo previo debe ser derogada ya que solamente prolonga el incumplimiento del acto.

2.10.- Se deben incluir causas de procedencia de la acción por incumplimiento y, además, distinguir entre la inadmisión de la misma con los casos de improcedencia previstos en el artículo 56 de la Ley. Por ello, además, de las causas de procedencia, se deben regular, con exactitud, las razones de su admisión e inadmisión a trámite.

2.11.- El número 3 del artículo 56 de la Ley debe ser eliminado toda vez que, como se vio, no existen otras vías para lograr la finalidad que persigue la acción por incumplimiento. Con este señalamiento se evita, además, la discusión sobre la subsidiaridad de la acción por incumplimiento.

2.11.- Respecto de la inconstitucionalidad por omisión, el artículo 128 debe ser modificado, pues debe eliminarse la errónea homologación que se hace al control abstracto de constitucionalidad por acción.

2.12.- Como consecuencia de lo anotado, se debe crear, dentro del Título III de la ley, un acápite en el que consten normas que regulen un proceso específico para el control constitucional de las omisiones, evitando la confusión entre estas y el control por acción y, en el cual, se especifiquen los requisitos de la demanda, casos de procedencia e improcedencia, normas referentes al juicio de admisibilidad y efectos de los fallos dictados dentro de estas causas.

2.13.- El número 1 del artículo 129 debería ser ampliado. En este sentido, se debería regular, con mayor precisión, el proceso y forma en la que la Corte Constitucional expedirá las normas provisionales en caso de persistir la omisión normativa absoluta, indicando los efectos que dicha decisión generará y los parámetros bajo los cuales la Magistratura puede cumplir con labores normativas.

2.14.- El número 2 del artículo 129 debe modificarse en cuanto a la posibilidad de que se expidan, en caso de omisiones normativas relativas, sentencias de constitucionalidad condicionada, reemplazándolas, más bien, por sentencias interpretativas o manipulativas de orden aditivo.

2.15.- Asimismo, debe crearse un procedimiento específico para tratar las omisiones inconstitucionales referentes a la inobservancia de mandatos constitucionales que no contienen órdenes de legislar o de expedir normas.

3.- DESARROLLO DE JURISPRUDENCIA VINCULANTE POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Se considera ineludible que la Corte Constitucional, en cuanto intérprete auténtico de la Ley Fundamental, emita jurisprudencia vinculante en la cual se determinen parámetros generales de aplicación del sistema de justicia constitucional en los diversos procesos que lo conforman, haciendo uso de los métodos de interpretación constitucional previstos en la doctrina y en la ley y viabilizando, en la realidad práctica y procesal, el contenido que el constituyente dio, en especial, a los tres institutos que se han estudiado.

En este sentido, se aconseja que la Magistratura dé un mayor tratamiento cuantitativo y cualitativo a la omisión inconstitucional, figura que, como se dijo, jurisprudencialmente, carece de desarrollo e, incluso, sobre lo poco que el órgano de control se ha pronunciado en casos concretos, los resultados no son alentadores, lo que implica un abierto desconocimiento del instituto por parte de los jueces constitucionales.

En materia de acción por incumplimiento, si bien son varios los casos concretos que han sido resueltos por la Corte, estos son contradictorios y adolecen de serios vicios en su tratamiento. Tampoco existen reglas generales y vinculantes respecto al tópico, por lo que es vital que se generen criterios uniformes sobre los vacíos o dudas que arroja la regulación constitucional y legal sobre esta materia y sobre las contradicciones que la misma Corte ha ido generando en la resolución de cada causa.

Aunque en cuestión de acción de protección ha habido desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, esta ha resultado ser incompleta, defectuosa e insuficiente. Es preciso que existan pronunciamientos vinculantes respecto a temas como la inexistencia de vía judicial ordinaria, conflictos de legitimación activa y pasiva, efectos en las sentencias de garantía, análisis concreto de los casos de procedencia e improcedencia, requisitos de admisibilidad e, incluso, sobre la posibilidad de que la Corte pueda revisar fallos de garantía mediante acción extraordinaria de protección, contrastando este evento con la facultad selectora y revisora de dicho órgano.

4.- DEROGAR EL REGLAMENTO DE SUSTANCIACIÓN DE PROCESOS DE COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y, EN SU LUGAR, EXPEDIR EL REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

Una última sugerencia, de orden estrictamente normativo, es la necesidad de frenar la violación a la Constitución propiciada, curiosamente, por la Magistratura cuando, careciendo de competencia, dictó un reglamento de aplicación de la ley que adolece de vicios de inconstitucionalidad formal, pues una cosa es que el órgano de control constitucional posea facultad normativa sobre cuestiones internas de la institución (art.191.8 LOGJCC) y otra distinta es que, confundiendo aquella facultad con la potestad reglamentaria de desarrollo de ley, conferida, generalmente, al Presidente de la República y a los organismos públicos de control y regulación (arts.147.13 y 132.6 CE),

aquella haya dictado, a manera de la reglamento interno, uno que, en realidad, desarrolló, incompletamente, una ley (art.147.13 CE), por lo que se recomienda su derogatoria y la expedición del correspondiente reglamento de aplicación a la ley de materia por parte del personero competente.