

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Los requisitos adicionales de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto a las normas de aplicación de las garantías jurisdiccionales constitucionales, en el Estado Ecuatoriano

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada

Autor:

Michelle Alexandra Chitacapa Loyola

Director:

Julio Teodoro Verdugo Silva

ORCID:  0000-0002-3984-0467

Cuenca, Ecuador

2024-03-04

Resumen

La investigación del presente trabajo versa sobre un análisis legal de las disposiciones del artículo 86 de la Constitución frente a los requisitos procesales de la LOGJCC. Se estudiarán los requisitos adicionales que contempla la ley y se analizará la constitucionalidad del último inciso del artículo 10 de la LOGJCC en cuanto al principio de informalidad y al garantismo sobre el cual fue construido el Estado constitucional. Se estudiará la acción de inconstitucionalidad como mecanismo de control de constitucionalidad en el país, su procedencia, procedimiento, y se realizará una breve comparación con la legislación colombiana. Se analizarán sentencias de la Corte Constitucional sobre casos en los que se haya declarado la institucionalidad de una disposición legal y se determinará si cabe la posibilidad de que la disposición que se presume contraria a la norma suprema sea inconstitucional por atentar contra el principio de informalidad que rige en materia constitucional.

Palabras clave: derecho constitucional, principio de informalidad, acción de inconstitucionalidad, control constitucional



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

The research of this paper deals with a legal analysis of the provisions of Article 86 of the Constitution against the additional procedural requirements of the LOGJCC. Consideration will be given to the requirements of the application, the procedure for obtaining a judgment on judicial guarantees, the constitutionality of the last paragraph of article 10 of the LOGJCC and the various classifications of constitutional review in the country. An action of unconstitutionality will be discussed, its admissibility, procedure and effects, and on the basis of criteria determined by judges and a qualitative analysis of public actions of unconstitutionality accepted by the Constitutional Court, the merits of such action against the provision presumed to be unconstitutional because it infringes the principle of informality governing constitutional matters.

Keywords: constitutional law, principle of informality, action for unconstitutionality, constitutional review



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de contenido

Dedicatoria	6
Agradecimiento	7
Introducción	8
CAPÍTULO I: Marco Teórico Conceptual:	10
1. Estado del arte:	10
2. Marco Teórico:	12
2.1. El derecho procesal constitucional. Antecedentes:.....	13
2.2. El Derecho Procesal Constitucional bajo el paradigma de la Constitución del 2008:.....	14
3. Garantías constitucionales bajo el paradigma de la formalidad condicionada: 17	
3.1. Garantías Jurisdiccionales bajo el velo de la nueva Constitución:.....	19
4. Acción Pública de Inconstitucionalidad:.....	22
5. Control de Constitucionalidad:.....	23
5.1. Tipos de control constitucional:.....	25
5.1.1. Modelos de acuerdo a los órganos de control:.....	25
5.1.2. Modelos de acuerdo a la forma de realizar el control:.....	27
5.2. La acción de inconstitucionalidad y el control de constitucionalidad:.....	28
5.2.1. Reglas aplicables al control constitucional:	28
CAPÍTULO II: Análisis de la normativa que rige la aplicación de las garantías jurisdiccionales:	31
6. El principio de formalidad condicionada aplicado sobre las garantías jurisdiccionales:.....	31
6.1. Límites:	33
6.1.1. Tutela Judicial Efectiva:.....	34
6.1.2. Debido proceso:	35
7. Normativa vigente en el Ecuador para la aplicación de garantías jurisdiccionales:.....	36
7.1. Requisitos de aplicación contenidos en el artículo 86 de la Constitución: 36	
7.2. Normas comunes a todo procedimiento en la LOGJCC:	37
7.3. Análisis del último inciso del artículo 10 de la LOGJCC:	40
7.4. Teorías sobre el núcleo de los derechos:	42
7.4.1. Teoría absoluta:	42
7.4.2. Teoría Relativa:	43

7.5. Parámetros para determinar la gravedad de la vulneración de derechos:48

CAPÍTULO III: Aplicación de la acción pública de Inconstitucionalidad:..... 50

8. Acción Pública de Inconstitucionalidad. Requisitos:..... 50

8.2. Acción Pública de Inconstitucionalidad en la legislación colombiana: 52

9. Análisis de Casos:..... 53

9.1. Sentencia No. 34-19-IN/21: 54

9.2. Sentencia No. 36-19-IN/21: 58

Conclusiones: 62

Recomendaciones: 64

Referencias:.....65

Dedicatoria

A Dios por haberme permitido llegar hasta este momento y culminar mi carrera universitaria.

A mis padres Lolita y Oswaldo, y a mis hermanos Ariel y Gabriel por acompañarme y ser mi pilar fundamental de enseñanza en la vida y durante estos años de estudio.

A mi abuelita y mis tías por haberme brindado apoyo en todo momento durante el camino académico.

A José, por llegar a mi vida, por el apoyo, y especialmente por el amor y cariño incondicional.

Agradecimiento

Agradezco a los docentes de la Facultad de Jurisprudencia por las enseñanzas impartidas en el proceso de formación académica, y en especial al Dr. Teodoro Verdugo por haberme guiado con su conocimiento.

A mis amigos que conocí en las aulas de clase, Carmita, Edison, Diana y Mireya que han hecho que la vida en la universidad sea llena de risas, enseñanzas y apoyo en todo momento.

Y, a los abogados Andrés y Diego por abrirme las puertas de su Estudio Jurídico y compartirme sus conocimientos.

Introducción

En el año 2008 en Ecuador entra en vigencia la Constitución de la República del Ecuador, como respuesta a una crisis institucional que atravesaba el país y que ha consecuencia de ello se vulneró derechos contenidos en la Constitución Política del Ecuador de 1998. La Constitución del 2008 nace bajo un aspecto garantista de los derechos humanos, generando un cambio importante en la parte dogmática como en la parte orgánica, y convierte a los derechos constitucionales como la base de la Constitución, porque a diferencia de la Constitución de 1998, define al *Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia* en el artículo 1 de la Carta Magna, y frente al amplio catálogo de derechos, también establece mecanismos para garantizar el efectivo goce y protección de los mismos.

La Constitución concibe a estos mecanismos bajo el nombre de garantías jurisdiccionales, que forman parte de las garantías constitucionales, la implementación de estos nuevos mecanismos de protección de derechos, implica una regulación mayor en cuanto a la forma en que deben tramitarse los procedimientos, es por ello que en el año 2009 se emite la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, con la finalidad de garantizar los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El contenido de este trabajo se desarrolla en base a la siguiente pregunta de investigación ¿existe o no contradicción de las reglas procesales de la LOGJCC sobre las normas generales de aplicación de garantías jurisdiccionales frente al artículo 86 de la Constitución ecuatoriana? Para responder esta pregunta se ha planteado la hipótesis de que sí existe contradicción de disposiciones de la LOGJCC frente a la Constitución teniendo en cuenta que el derecho procesal constitucional es autónomo y posee sus propias reglas, y una vez descubierta la norma específica que se presume inconstitucional, se establece una posible solución, que es la acción pública de inconstitucionalidad.

Los objetivos de este trabajo están encaminados en analizar teóricamente las reglas procesales comunes a las garantías jurisdiccionales de la LOGJCC y las contenidas en la Constitución desde la perspectiva de la informalidad que posee el derecho procesal constitucional, como segundo objetivo, luego del análisis respectivo se pretende identificar las disposiciones contrapuestas que impiden garantizar el principio de informalidad que recoge la Constitución y si la aplicación vulnera algún derecho, y, el último objetivo es analizar si es pertinente plantear una acción de constitucionalidad respecto a la norma identificada.

En el primer capítulo se hará mención al estado del arte, esto implica el desarrollo investigativo y académico que existe hasta la presente sobre el tema planteado, así como el desarrollo del derecho procesal constitucional y su inferencia en las normas procesales constitucionales, en este contexto el desarrollo de las garantías jurisdiccionales bajo el paradigma del Estado constitucional de derechos que contempla la Constitución y como se ejerce el control de constitucionalidad mediante la acción pública de constitucionalidad.

En el segundo capítulo se realizará un análisis de la normativa constitucional respecto a la aplicación de las garantías jurisdiccionales así como la normativa contenida en las disposiciones de la LOGJCC en base al principio de formalidad condicionada, también se realizará un estudio del último inciso del artículo 10 de la LOGJCC con la finalidad de determinar si el contenido de dicho artículo es restrictivo para los derechos, teniendo en consideración si existe una afectación al núcleo esencial de derechos.

Finalmente, en el tercer capítulo se realiza un estudio de la acción de inconstitucionalidad, requisitos y procedimiento, así como una comparación con el procedimiento de la legislación colombiana, y se realizará el análisis de sentencias constitucionales sobre la aplicación de esta garantía bajo las consideraciones analizadas con anterioridad.

CAPÍTULO I: Marco Teórico Conceptual:

1. Estado del arte:

El tema de estudio de este trabajo de investigación, no es objeto de análisis de un gran número de profesionales durante los últimos años, sin embargo, como resultado de la búsqueda realizada se han encontrado algunas obras y trabajos en los que se desarrolla un tema similar de esta investigación.

El trabajo encontrado se trata de un artículo científico realizado por los académicos Piñas, Viteri y Hernández (2020) el cual se realiza un estudio específicamente sobre el problema de la disposición contenida en el artículo 8 numeral 7 de la LOGJCC, respecto a que los accionantes en los procesos jurisdiccionales puedan comparecer a la audiencia e incluso a la apelación sin la necesidad de un profesional del derecho que les asista en la protección de sus derechos, lo que ha opinión de los autores ocasiona una flagrante violación del derecho a la defensa técnica.

La investigación realizada por los autores de este trabajo se centra únicamente en analizar el derecho a la defensa técnica desde la Constitución, tratados internacionales y convenciones. El trabajo concluye indicando que la vulneración del derecho a la defensa técnica conlleva también la vulneración a otros derechos, y también señalan que el artículo 8 numeral 7 de la LOGJCC no guarda relación con lo dispuesto en el Art. 84 de la Constitución que establece que se debe instaurar garantías a favor de los ciudadanos para proteger sus derechos.

Otra investigación relacionada es la desarrollada por Ávila (2010) en cuya investigación hace un estudio de cada una de las garantías jurisdiccionales constitucionales, así como los requisitos de aplicación, de la acción de protección, acción de habeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción del habeas data, acción por incumplimiento y de la acción extraordinaria de protección. El autor sostiene que los requisitos contenidos en la Constitución son insuficientes y generales y manifiesta que, si la ley establece algún otro requisito, es posible que dicha disposición sea declarada inconstitucional, por cuanto está creando otros requisitos adicionales que no contempla la Constitución.

Otros académicos como Cordero y Yépez (2015) en la obra denominada *Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales* realizan un estudio del funcionamiento el sistema de garantías jurisdiccionales, en este manual se analiza el rol que tienen las garantías en el marco del Estado Constitucional y de los principios que rigen al momento de aplicar los derechos constitucionales, establecen que los mecanismos de protección conforme a la

jurisprudencia de la Corte Interamericana deben ser sencillos, rápidos y efectivos, y acorde al nuevo paradigma constitucional.

Los autores hacen un análisis de las formalidades comunes en las garantías jurisdiccionales contenidas en la LOGJCC y contrastan con las dispuestas en la Constitución tomando como base el principio de informalidad, respecto al artículo 10 de la ley sostienen que los requisitos que debe contener la demanda de una garantía jurisdiccional deben ser considerados como una sugerencia y no como un riguroso listado taxativo porque siendo así se violaría el principio antes mencionado. Abordan temas relacionados a las medidas cautelares, la ejecución de las resoluciones de garantías jurisdiccionales, respecto a ello manifiestan que para la ejecución de sentencia no se requiere procedimientos adicionales ya que esto afecta la directa protección de derechos fundamentales.

A lo largo de la obra estudian los aspectos procedimentales relacionados sobre la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección. El estudio concluye indicando que existen varias inconstitucionalidades en la LOGJCC que deberían ser abordadas por el ente que ejerce el control constitucional porque las garantías tienen la finalidad de la protección inmediata y eficaz y las disposiciones legales deberían estar acorde a las constitucionales para evitar vulneraciones. Las reflexiones que realizan los autores a lo largo de su obra, son cercanas a la investigación realizada en este trabajo, pues indican brevemente las disposiciones que podrían considerarse inconstitucionales, pero no realizan un examen de constitucionalidad para determinar si efectivamente las disposiciones identificadas deben ser conocidas por la Corte Constitucional.

En otro estudio realizado sobre las inconstitucionalidades de la LOGJCC se realiza una breve comparación literal entre varias disposiciones de la ley con la Constitución, entre las cuales señala que la ley contempla que el término para apelar son tres días hábiles sobre lo cual el autor indica que es inconstitucional ya que para computar el tiempo sólo se tiene en cuenta los días laborables. De igual manera también trata sobre el artículo 27 de la ley que establece que para que proceda una medida cautelar esta debe ser inminente y grave lo cual se aleja del sentido de la Constitución que sostiene que por ningún motivo se puede restringir el contenido de los derechos y garantías. (Ernesto López, 2011) En este estudio el autor ha detectado varios artículos de la ley inconsistentes con el texto constitucional, sin embargo, se limita a establecer la contradicción literal sin referirse a un análisis profundo para determinar si una disposición realmente es inconstitucional.

Al respecto, también se ha realizado un análisis por parte de Henry Taylor (2011) en el que menciona que la ley surge bajo una perspectiva garantista para materializar las garantías constitucionales, sin embargo, luego del estudio realizado determina la existencia de al menos diez contradicciones de la LOGJCC con la Constitución, entre las cuales la más cercana al tema de estudio de esta investigación es la relacionada con la inconstitucionalidad del art. 24 de la ley, al manifestar que los términos y el procedimiento que devenga de la apelación afecta el principio de celeridad, inmediación y la oralidad ya que se establece que la competencia radica en la Corte Provincial y a criterio del autor eso implica una involución con respecto al desarrollo del procesalismo. por cuanto la rapidez, sencillez y eficacia de las garantías se limitan a un procedimiento que vulnera los principios constitucionales.

2. Marco Teórico:

Con la llegada de un Estado protector de derechos, surge la necesidad de una rama del derecho cuya prioridad sea garantizar los derechos contemplados en la Constitución, es así que nace el Derecho Constitucional para organizar el poder estatal y sus límites previo consentimiento del soberano, así como para establecer las garantías que velen por los principios y derechos situados en la Constitución.

En este sentido, con el ánimo de que exista una validez materializada del contenido del derecho constitucional surge el Derecho Procesal Constitucional para establecer normas que garanticen la tutela efectiva de los derechos y la organización política administrativa del país, el cual ha sido concebido desde diversos enfoques.

El primer enfoque estudia al derecho procesal constitucional como parte del derecho constitucional porque se remite a cierto contenido de la teoría constitucional y se basa en los principios del derecho procesal que se ajusten a la vigencia del texto constitucional. (Landa, citado en Nogueira, 2010) La segunda teoría concibe a esta rama del derecho como una disciplina y ciencia del derecho procesal por cuanto su estudio se centra en la emisión de normas procesales cuya finalidad es proteger la efectiva validez y eficacia de la norma constitucional al momento de resolver problemas relacionados con los derechos o principios fundamentales. (Colombo, citado en Nogueira, 2010)

Y, por último, se estudia al derecho procesal constitucional como una mixtura de la teoría del derecho constitucional y procesal, señalando que la jurisdicción constitucional así como los procedimientos para aplicar el texto constitucional están ligados a una teoría constitucional

(Zagrebelsky, citado en Nogueira, 2010), en consecuencia, todo proceso debe estar encaminado a la supremacía de la norma.

En el caso ecuatoriano se contempla al derecho procesal constitucional según el primer enfoque ya que la misma Constitución ha contemplado una norma del derecho procesal constitucional que verifica que es parte del derecho constitucional, sin embargo, esta rama del derecho es autónoma e independiente, y toda disposición procesal que emane del legislador debe estar acorde al texto constitucional para hacer efectivo el garantismo bajo el cual se creó la norma fundamental que dio paso al Estado constitucional.

2.1. El derecho procesal constitucional. Antecedentes:

Es necesario referirse al derecho procesal constitucional para identificar las razones por las cuales el procedimiento en materia constitucional es autónomo y dirime de la justicia ordinaria.

El término derecho procesal constitucional surge en la década de los 40 del siglo XX, cuyo autor es el jurista Niceto Alcalá Zamora, quien lo usó en una obra titulada Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional). Los antecedentes del derecho procesal constitucional se encuentran en un primer momento en el habeas Corpus Amendment Act Inglesa de 1679, en donde se regula un primer proceso constitucional que garantiza el derecho fundamental a la libertad personal, en segundo lugar, el caso de *Merbury vs. Madison* de 1803 cuya consecuencia fue el origen de la institucionalización del control de constitucionalidad en los Estados Unidos; y en un tercer momento, en Austria en el año 1020 en el que Estado tuvo un gran cambio y se pasa a un Estado constitucional dando origen al Tribunal Constitucional que fue el ente designado para que realice el control constitucional. (Nogueira, 2009)

Según Pedro Sagués, (citado en Nogueira, 1989, p.24), el Derecho Procesal Constitucional implica “un rol instrumental, en el sentido que le toca tutelar la vigencia y operatividad de la Constitución, mediante la implementación de la judicatura y de los remedios procesales pertinentes”, lo indicado por el autor implica la creación de un proceso para la protección y garantía de la supremacía constitucional, sea que este proceso hubiese sido contemplado o no en la Constitución, teniendo en cuenta que el proceso debe desarrollarse entorno a la norma superior.

Nogueira define al Derecho Procesal Constitucional de la siguiente manera:

Es una rama del derecho público que estudia el conjunto de principios y normas constitucionales y legales que definen y configuran el sistema de defensa de la Constitución

y de protección de los derechos fundamentales y su respectiva interpretación, como asimismo el sistema de control de constitucionalidad, la organización y funcionamiento de los órganos que ejercen dicha función jurisdiccional, la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales (Nogueira, 2009, p. 26)

Juan Colombo concibe al Derecho Procesal Constitucional como aquella rama del derecho público que establece las normas procesales orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la normativa constitucional, cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de un particular y sus disposiciones. (Colombo, 2002, p.12)

Conforme se puede observar, los autores dirigen su definición entorno a la misma línea, la protección de la Constitución, el jurista Nogueira Alcalá, expande el contenido del Derecho Procesal Constitucional indicando que no sólo se encarga de crear los procedimientos, principios y normas que protejan el contenido y los derechos constitucionales, sino regula también todo el sistema de control constitucional, desde la regulación del ente rector hasta las reglas que deben seguir los jueces para la protección de derechos, la interpretación constitucional así como sus efectos, en definitiva, es una rama que se encarga de regular los procesos que protejan la rigidez de una Constitución.

2.2. El Derecho Procesal Constitucional bajo el paradigma de la Constitución del 2008:

En el Ecuador, el fenómeno europeo del neoconstitucionalismo llegó de forma tardía, si bien la Constitución del año 1998 no se catalogó como neoconstitucional, ya tenía un catálogo de derechos y uno que otro mecanismo para su protección, es decir se podía avizorar la influencia de este fenómeno, sin embargo, en la Constitución del 2008 ya existen varias innovaciones siendo dos avances los más importantes, la idea del estado constitucional derechos y justicia y la institucionalización del *sumak kawsay* y los derechos de la naturaleza, buen vivir.

El neoconstitucionalismo basa su modelo en la constitucionalización de un ordenamiento jurídico que implica una Constitución que posea carácter normativo o fuerza vinculante; supremacía jerárquica; aplicación directa, y contenido normativo que regule el poder. En este sentido, la Constitución del 2008 contempla los principios de aplicación directa e inmediata, supremacía y fuerza constitucional y un amplio catálogo de derechos, así como de mecanismos para garantizar los mismos, dando así un paso de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derechos.

En este mismo sentido se contempla la necesidad del Derecho Procesal Constitucional, que surge como un derecho específico, particular, especial, diferente al derecho procesal general que proteja únicamente los derechos. El Derecho Procesal Constitucional tiene 2 grandes pilares, por un lado la tutela de los derechos humanos y fundamentales, es decir derecho procesal constitucional de los derechos humanos, tutela que se activa cuando se produce la omisión o acción y se pone en riesgo la esencia de un derecho; y, la tutela de la organización política administrativa de un país, es decir el derecho procesal orgánico, que se encarga de determinar la facultad del legislativo de dictar leyes las cuales son controladas, y en el caso ecuatoriano los procesos están determinados en la LOGJCC.

Para que el contenido de la Constitución no quede plasmado sólo en el papel y se convierta en algo real, es necesario mecanismos que garanticen su aplicación, es por ello que para garantizar la justicia constitucional se recurre al derecho procesal constitucional que fue pensado para la protección de los derechos humanos y fundamentales, los cuales no podrían sobrevivir si no son tutelados mediante un respectivo proceso, a más de ello, se encarga de controlar la constitucionalidad de las leyes y verificar que estén sujetas a la norma principal, al contrario de la justicia ordinaria que protege derechos patrimoniales.

El investigador Adrián Cruz (2022) señala que el ejercicio de la jurisdicción en materia constitucional, independientemente del órgano que la ejerce, se circunscribe, por un lado, a la garantía de la supremacía de la Constitución respecto de las demás normas, con prescindencia de un caso y sujetos intervinientes específicos, y, por otro lado, a la garantía que poseen los derechos reconocidos en la Constitución respecto a casos particulares que necesitan de la tutela de los derechos constitucionales.

Como se hizo mención, entre las funciones del Derecho Procesal Constitucional se encuentra la de proteger la supremacía y eficacia constitucional y en consecuencia los derechos de las personas, dar solución a los problemas constitucionales, realizar la interpretación de la norma principal, y tutelar el pleno desarrollo de los derechos humanos y fundamentales con la finalidad de cesar o prevenir una vulneración. En este sentido, al tener una función de tal magnitud es necesario que el proceso sea lo más sencillo, rápido, ágil, sin todas las solemnidades requeridas en la justicia ordinaria por cuanto son problemas que requieren una solución inmediata al encontrarse de por medio los derechos reconocidos en la Carta Magna.

Para que las normas constitucionales sean efectivas y se mantenga el carácter supremo de la Constitución, es necesario la existencia de procedimientos que preserven esa realidad, de reglas que establezcan como se debe encaminar un proceso desde su inicio hasta la

culminación, proceso que debe ser razonable debiendo tener presente que debe desarrollarse de forma idónea, ágil y fluido para conseguir el resultado que se busca dentro de este tipo de proceso, que es la prevención o cese de la una vulneración. Sin embargo, el legislador al momento de elaborar las normas debe tener en cuenta el derecho al debido proceso, garantizando los derechos procesales de manera igualitaria durante todos actos procesales.

En la práctica, el derecho procesal constitucional regula también el tiempo de cada acto procesal, el mismo que se reduce a términos y plazos cortos por cuanto al pasar el tiempo, un día puede hacer la diferencia entre que un derecho esté en situación de amenaza a que esté vulnerado, por ello la norma establece que el proceso debe ser rápido, sencillo y eficaz.

Recordemos que el derecho responde a una ideología y a los intereses del pueblo y se manifiesta a través de las leyes que realiza el legislador, normas que son las herramientas para conseguir los fines, las cuales deben ser eficaces y le corresponde al legislador diseñar las normas para producir los efectos esperados. En nuestro país, con la Constitución del 2008 el Estado se convirtió en un Estado constitucional de derechos teniendo como eje central los derechos y garantías, contemplando, así como deber primordial del Estado garantizar sin distinción los derechos constitucionales y también los establecidos en los instrumentos internacionales.

Prieto Sanchís(2005) en la obra Apuntes de Teoría del Derecho sostiene la existencia de la “eficacia como resultado” que implica determinar si el resultado de la vigencia de la norma es el previsto en el ordenamiento, es decir que si las normas que forman parte del ordenamiento permiten el cumplimiento eficaz del objetivo para lo cual fueron creadas, en este caso corresponde saber si las normas procesales para garantizar los derechos mediante el procedimiento establecido para las garantías jurisdiccionales tiene como resultado la finalidad que es la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, el legislador al momento de crear las garantías jurisdiccionales también diseñó el procedimiento a aplicarse el cual posee las características de rapidez, sencillez, eficacia, por tanto, menos solemnidades ya que estas deben rendirse a la materialización del derecho, así como también se prevé tiempos cortos para poder cumplir con la finalidad y la ideología bajo la cual fue construida la Constitución.

Respecto a las solemnidades, es necesario referirse a lo señalado por la Corte Constitucional, que manifiesta que un principio fundamental es que no se puede sacrificar la justicia por la

sola omisión de formalidades, y debe entenderse como aquellos requisitos y formas exigidos en ciertos actos procesales que tienen el objetivo de garantizar y viabilizar los procedimientos.

En el contexto de los derechos, estas formalidades como son los requisitos de una acción, plazos, solemnidades con un nivel de rigidez distinto al que rige en la justicia ordinaria, constituyen un mecanismo para alcanzar la justicia, teniendo presente el Estado constitucional y la premisa de la formalidad condicionada sobre la cual se basa la Constitución, las normas deben ser adecuadas o adaptadas para evitar normativa procesal que sea un obstáculo en la protección de los derechos constitucionales.

Para perseguir los fines promulgados en los textos constitucionales, se requiere de figuras que permitan aquello, esta figura es conocida como garantía. Según el autor Ferrajoli (citado en Moreno, 2007), se trata de medios que sirven para asegurar o afianzar los derechos, esto es, volver eficaces sus posiciones jurídicas. Según la RAE, la garantía es el Aseguramiento de un derecho o una obligación. (Real Academia Española, s.f., definición 1).

A breves rasgos se puede inferir que la garantía es una herramienta que busca asegurar el cumplimiento, en este caso, de un derecho que se encuentra preestablecido, permite que el titular pueda ejercer sin limitaciones, o proteger su derecho ante una acción u omisión que tenga un resultado lesivo de los derechos.

La norma constitucional del Ecuador, concibe estas garantías, denominándose de forma general como garantías constitucionales, entre las que se encuentran las garantías jurisdiccionales que conforme la definición establecida por la RAE, son un conjunto de instrumentos procesales que, dentro del sistema jurídico estatal, cumplen la función de la tutela judicial directa de los derechos fundamentales. (Real Academia Española, 2014).

Estas garantías son instrumentos creados por el legislador para garantizar la protección directa de los derechos constitucionales, es decir que en el procedimiento no existan trabas hasta alcanzar el objetivo, mecanismos a los que puede recurrir la ciudadanía cuando considere que sus derechos están siendo limitados o vulnerados por la acción u omisión de un particular, de una autoridad o servidor de las instituciones que conforman el Estado.

3. Garantías constitucionales bajo el paradigma de la formalidad condicionada:

Con la presencia del neoconstitucionalismo en el Ecuador, surge en el 2008 el nuevo texto constitucional con una normativa garantista de una amplia gama de derechos, así como mecanismos necesarios para el cumplimiento del fin perseguido, la tutela efectiva de los

derechos. El título III de la Carta Magna contempla las garantías constitucionales que son herramientas jurídicas creadas con la finalidad de proteger el pleno desarrollo de los derechos constitucionales y permitir la materialización del contenido de la parte dogmática

Estas garantías acorde a la Constitución se clasifican en cuatro: normativas; políticas públicas, institucionales y en garantías jurisdiccionales, la primera busca asegurar la supremacía de la Constitución y velar que las normas inferiores estén sujetas a la norma superior, la garantía de políticas públicas y servicios públicos tienen por finalidad que todos los planes, programas y actividades desarrolladas por las autoridades estén sujetos a las normas constitucionales, orientados a garantizar la eficacia de los derechos.

Las garantías institucionales tienen por objetivo velar por la existencia de organizaciones e instituciones que protejan la institucionalidad del Estado, y, las garantías jurisdiccionales que son mecanismos para la protección inmediata y eficaz de los derechos constitucionales que se encuentren vulnerados o en riesgo a consecuencia de los actos u omisiones ya sea de particulares o del Estado.

Con la Carta Magna elaborada por el Constituyente del 2008 existe un cambio fundamental por la transición que existe de un Estado legal a un Estado constitucional, es por ello que el texto contempla una amplia gama de derechos y les atribuye las características de inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía con la finalidad de que hacer efectivos los derechos.

El progreso de los derechos tiene como trasfondo problemas sociales, necesidades que evitan el pleno desarrollo de un país, es por ello que los grupos que han sido desprotegidos durante años han reclamado sus derechos y a consecuencia de ello se han promovido los cambios en una sociedad pues como ha sostenido Santiago Nino “los derechos son artefactos que sirven para enfrentarse a los problemas derivados de la vulnerabilidad de los seres humanos ante otros seres humanos con poder para someter u oprimir”(Nino, C, 2005, p. 1-7)

Ante la existencia de un catálogo extenso de derechos el constituyente consideró necesario que para poder hacer efectivos todos los derechos y que no queden solamente plasmados en papel, era indispensable la existencia de herramientas específicas para la protección inmediata. En el Ecuador, algunos de estos mecanismos ya se encontraban regulados previamente en la Constitución de 1998, la cual contemplaba tres garantías, el habeas corpus, habeas data y, el amparo que era para todos los derechos que no estaban protegidos en las dos primeras garantías, pero con la llegada de la Constitución del 2008 estas garantías jurisdiccionales se duplican y se contemplan seis garantías que son: Acción de protección,

Acción de hábeas corpus, Acción de acceso a la información pública, Acción de habeas data, Acción por incumplimiento y Acción extraordinaria de protección, cada una de ellas protege diferentes derechos, únicamente la Acción de protección salvaguarda los derechos que no tengan cabida dentro de las otras acciones, pues esta acción es la acción de amparo que existía en la Constitución anterior.

3.1. Garantías Jurisdiccionales bajo el velo de la nueva Constitución:

La Constitución del 2008 prevé dentro de estas herramientas de protección a las garantías jurisdiccionales que se encuentran establecidas desde el artículo 86 hasta el 94, y al ser la norma fundamental tiene los principios y reglas generales a aplicar, es decir el contenido más importante con los lineamientos básicos para regir un Estado. Al ser una norma general no contempla una regulación específica ni desarrolla el procedimiento para cada garantía es por ello que el constituyente vio la necesidad de crear una norma especial que regule el ámbito procesal de la justicia constitucional, siendo esta la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) que tiene por finalidad *“regular la jurisdicción constitucional con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional”*

Teniendo presente que el Estado es Constitucional y tiene como núcleo los derechos, es indispensable de un procedimiento que brinde respuestas rápidas por parte de la justicia frente a vulneraciones de derechos, es por ello que el derecho procesal constitucional adoptó mecanismos, procedimientos, reglas, que cumplan con la finalidad de proteger y alcanzar la justicia, lo cual es aseverado por la jueza Costaín dentro de la sentencia emitida en el proceso 09573-01439 (2021) al manifestar que la palabra justicia, simboliza el principio de justiciabilidad y esto es, la exigencia de encontrar soluciones rápidas en materia de garantías jurisdiccionales.

El Constituyente concibe al texto constitucional bajo un aspecto garantista, otorgando al país un Estado Constitucional de derechos y justicia, que a criterio personal, este cambio de la legalidad a la constitucionalidad y establecer límites al poder tiene como base la Teoría garantista, cuyo exponente es el autor Luigi Ferrajoli, que señala que la creación de los derechos debe ser precedida por la existencia de garantías adecuadas para neutralizar una vulneración y establecer límites a los poderes que conforman la organización de un Estado, pues el jurista sostiene que el constitucionalismo garantista resulta ser la plena realización tanto del positivismo jurídico como del estado de derecho, pues en su virtud todo poder, incluido el legislativo, está sometido al derecho, es decir, a normas, formales y sustanciales,

dirigidas en primer término a limitar y vincular su ejercicio, y en un segundo momento a censurar y remover sus violaciones. (Ferrajoli, 2012, p. 792)

Ferrajoli señala la existencia de dos tipos de garantías, las primarias y las secundarias, las primeras se relacionan con el contenido de los derechos, es decir, con las expectativas positivas o negativas que el Estado debe satisfacer, las cuales podemos identificar como derechos liberales y sociales, respectivamente. Las garantías secundarias consisten en las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación) correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad y de la anulabilidad generadas, como efectos específicos, respectivamente, por actos ilícitos y por los actos inválidos (Aguilera, López, 2011)

Sobre las garantías primarias se puede decir que son el derecho en sí mismo, es decir que el mero hecho de que en la Constitución y Tratados Internacionales exista una cláusula que contemple que existe el derecho a la vida, eso per se ya es una garantía, y respecto a las garantías secundarias, se puede concluir indicando que son creadas para que puedan ser accionadas frente a un juez en el evento de que existan amenazas o vulneración a los derechos, es decir que son los mecanismos propios para la protección de derechos.

Si consideramos que la creación de la Constitución surge bajo esta teoría, se podría decir que las garantías secundarias se reflejan en las garantías constitucionales enmarcadas desde el artículo 84 hasta el 94 de la Carta Magna entre las cuales se encuentran las jurisdiccionales que teóricamente tienen la finalidad de proteger a las garantías primarias, que subsisten aún sin la existencia de las secundarias, pues son aquellas garantías que descansan en la intervención jurisdiccional cuando las políticas o las normas no cumplen con sus objetivos o violan derechos (Ramiro Ávila Santamaría, 2011, p.96) y sirven para establecer tácitamente un límite a los poderes estatales al constituirse los derechos como la base principal del Estado.

La primera acción es la contemplada en el artículo 88 de la Constitución, es la Acción de protección que tiene por objeto "la protección directa y eficaz de los derechos constitucionales y procede frente a actos u omisiones de una autoridad pública no judicial, ante políticas públicas que sean atentatorias de derechos, y, ante violaciones que provengan de una persona particular en los siguientes casos: si se provoca un daño grave a consecuencia de la violación, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en un estado de subordinación, indefensión o discriminación frente al accionado" . (Constitución de la República, 2008)

La segunda acción es el habeas corpus que protege la soberanía corpórea, la integridad física y psíquica de una persona, fue creado para eliminar cualquier tipo de apremio o privación que ponga en duda la capacidad física o psíquica en el contexto de la movilidad y libertad del cuerpo. Otra de las garantías es la acción de acceso a la información pública que tiene por objeto garantizar el acceso a la información de datos propios de la administración pública cuyo conocimiento no es prohibido para la ciudadanía, por tanto, procede cuando ha sido negada una solicitud de información pública, o cuando entregada la información esta sea incompleta, recortada o reducida porque se entiende que el principio es acceder a la información transparente en su totalidad.

El hábeas data, es otra garantía contemplada en la Constitución que busca precautelar el derecho a conocer de la existencia y el acceso a los documentos o archivos que contengan datos personales como información de datos genéticos, información sobre los bienes, etc, a más de garantizar el acceso, sirve para eliminar, rectificar, actualizar y evitar la circulación de dicha información.

La acción por incumplimiento establecida en el artículo 93 de la Constitución tiene por objeto asegurar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, sean normas nacionales o internacionales, o sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. El ordenamiento también contempla la Acción de incumplimiento que es para garantizar la aplicación de las sentencias nacionales que no se encuentran contempladas dentro de la primera acción.

Y, por último, se encuentra contemplada la Acción extraordinaria de protección que se presenta ante la Corte Constitucional y procede contra sentencias o autos definitivos en los que por acción u omisión se haya vulnerado derechos constitucionales, y para poder presentarla se debe haber agotado todas las instancias, es decir haber interpuesto todos los recursos ordinarios o extraordinarios en el término legal.

Las garantías mencionadas permiten proteger derechos de acuerdo a la esfera a la que esté delimitada cada garantía, y de acuerdo a la ley, el procedimiento para ejercitar una garantía jurisdiccional está contemplado en la LOGJCC que tiene su fundamento en los principios de la Constitución, sin embargo, el legislador al crear la norma es propenso a crear trabas, solemnidades, requisitos, que retrasan la protección de derechos y en consecuencia son contrarios a la norma fundamental y pierde la supremacía como norma principal. Cuando surge aquella situación, el soberano tiene la posibilidad de recurrir a una figura que asegure la fuerza normativa y la supremacía constitucional, es la Acción Pública de

Inconstitucionalidad que prioriza que las normas que formen parte del sistema jurídico guarden relación tanto por el fondo como la forma con la Constitución.

4. Acción Pública de Inconstitucionalidad:

El ordenamiento jurídico del Ecuador en el ánimo de asegurar la fuerza normativa, la supremacía constitucional, y, mayor presencia de la ciudadanía para ejercer un control social sobre las normas que sean contrarias a la voluntad del Constituyente, diseña la acción pública de inconstitucionalidad. Esta acción se encuentra contemplada en la ley que establece que el ente encargado de ejercer el control es la Corte Constitucional, quien conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior. (LOGJCC, art. 98, 2009)

Esta acción por su naturaleza jurídica tiene la característica de ser pública y participativa porque permite a la ciudadanía ejercer el control social y participar en la configuración y el control del poder político, y es por ello que se le dota al ciudadano la capacidad de que interponga esta acción en aras de defender la Constitución y de que la ley tenga validez, la misma que se conseguirá cuando las leyes guarden concordancia con el contenido constitucional. (Sentencia, 010-15-SIN-CC, pág. 6, párr. s/n)

El artículo 436 numeral 2 de la CRE dispone que entre las atribuciones de la Corte Constitucional se encuentra la de *conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado*. (CRE, art. 436, 2009)

De acuerdo a lo manifestado en la sentencia No.40-16-IN/21, la acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo jurisdiccional que le permite a la Corte realizar el control abstracto de un acto normativo que tenga el carácter de general, ya sea emitido por un órgano o por autoridades parte del Estado con la finalidad de preservar la coherencia que debe tener el sistema a través de la supresión o depuración de las disposiciones que han sido consideradas de forma o de fondo contrarias a la Constitución.

El Estado constitucional tiene su fundamento en la norma principal, en los derechos y garantías que recoge el texto constitucional, y basa su funcionamiento en el garantismo que ofrece el Constituyente, es por ello que, bajo el ánimo de proteger los derechos de la ciudadanía, esta garantía permite ejercer un control sobre las normas que forman parte del sistema jurídico.

Si bien el pueblo democráticamente concedió el poder a la Asamblea Nacional para que elabore normas que representen su voluntad, no es menos cierto que como consecuencia del poder también se han emitido disposiciones que de acuerdo a su contenido gramatical vulneran los derechos, pues los legisladores pueden cometer errores, y no expedir normas que estén acorde a la realidad social y fundamentadas en la norma fundamental.

De acuerdo a una investigación realizada, se desprende que desde el año 2021 hasta la presente fecha en nuestro país han existido dieciocho procesos aceptados de acción pública de inconstitucionalidad, con lo cual se demuestra que sí existen disposiciones que vulneran derechos por ser contrarios a la Constitución, sin embargo, la Corte como garante de derechos luego de realizar el respectivo análisis y determinar la inconstitucionalidad, corrigió el error para cesar las vulneraciones de derechos.

La acción no garantiza únicamente la plena vigencia de la Constitución, también constituye un límite al poder porque permite ejercer un control ciudadano, la emisión de una norma puede proteger los derechos de la ciudadanía, pero también puede representar los intereses de un grupo especial y a consecuencia de ello dejar sin protección y vulnerar derechos fundamentales.

5. Control de Constitucionalidad:

Con la finalidad de garantizar la coherencia y unidad del sistema jurídico surge el control de constitucionalidad, que es la potestad que tienen los jueces constitucionales para ubicar y sacar del mundo jurídico a las normas que sean inconstitucionales, tanto por la forma como por el fondo.

Históricamente el control constitucional nace con la Constitución de Weimar de 1919 en Alemania, en la cual se reconocen algunas instituciones para que realicen el Control Constitucional. De acuerdo a la filosofía kelseniana los tribunales constitucionales nacen como legislador negativo, entendiéndose no como un ente creador de leyes sino para eliminarlas, para verificar si las leyes que nacen del legislativo son constitucionales, pues Kelsen sostenía que es necesario que los políticos o el poder político sea controlado en el sentido de que los políticos a veces con grandes votaciones toman decisiones que ponen en duda la idea de justicia.

El autor Roberto Gómez manifiesta que el control de constitucionalidad es el mecanismo por el cual se procura neutralizar toda norma carente de validez, en este contexto toda norma contraria a la Constitución, mecanismo que surge de la propia lógica de un ordenamiento

jurídico constitucionalizado. (Gomez, 2022, p.123), es decir busca la primacía de la Constitución y la coherencia que debe tener toda norma con la norma fundamental.

El académico Guerrero manifiesta que el control de la constitucionalidad tiene su origen en dos principios: la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. (Guerrero, 2011), respecto al primer principio, la supremacía constitucional no ha estado en duda y no es una nueva construcción ya que desde Hans Kelsen en la Teoría Pura del Derecho se ha referido a la pirámide que en estricto sentido es la jerarquía de las normas, lo cual implica que las normas inferiores deben ir acorde a la Constitución, es decir la creación de las leyes está supeditada a la norma principal.

Esta supremacía tiene un sentido formal, de acuerdo a Marcos del Rosario, y complementada con el principio de rigidez, garantiza cualquier tipo de manipulación o exceso por parte de algún órgano de poder, pues de no contar con un proceso distinto ejercido por un órgano especial, sería factible que de forma constante su aspecto material se viese afectado. (Del Rosario, 2011), por tanto, todo el ordenamiento es válido mientras esté acorde a la Constitución porque de esa forma se protege la rigidez y la esencia bajo la cual surgió la norma fundamental.

La supremacía también comprende un ámbito material porque en ella se contemplan valores y principios fundamentales de origen axiológico sobre los cuales se construye el Estado y rige la organización política y social.

El otro principio al que hace alusión Guerrero es la fuerza normativa que supone el establecimiento de garantías y de controles para hacerla valer frente a las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas, y a consecuencia de ello se debe producir la derogatoria de todas aquellas disposiciones preconstitucionales que contradicen la norma fundamental. (Orozco,2011) este principio va acorde a la supremacía constitucional siendo necesario retirar del ordenamiento una norma que impida preservar la fuerza normativa, lo cual le corresponde analizar al ente que ejerce el control.

Este mecanismo creado por el poder constituyente es una garantía para asegurar que se cumpla la voluntad del soberano y se respete el contenido de la norma suprema y no sea menoscabada ni por quien aplica la norma ni por otras leyes.

La inconstitucionalidad de una norma puede darse tanto por la forma como por el fondo, en el primer caso, la inconstitucionalidad por la forma implica la verificación de que la norma jurídica haya nacido cumpliendo con todos los requisitos formales exigidos por la ley para su

correcta producción, y, por el fondo, cuando se vislumbre que la norma emitida pone en duda el núcleo de un derecho

5.1. Tipos de control constitucional:

La supremacía material de la Constitución es la base de un Estado constitucional, en el cual debe regir un sistema coherente, siendo necesario un control constitucional que sitúe a la Constitución como jerárquicamente superior a cualquier otra norma, caso contrario la Carta Magna no tendría validez formal.

Los modelos de control constitucional son varios, sin embargo, nos centraremos en el estudio de dos tipos de control, la primera categoría se divide dependiendo de quién es competente para hacer el control constitucional clasificando así en control concentrado o difuso; y, la segunda categoría se divide en razón de cómo se realiza este control, siendo concreto o abstracto.

5.1.1. Modelos de acuerdo a los órganos de control:

- **Control difuso:** También conocido como sistema americano, tiene su origen en Estados Unidos a raíz del caso Marbury vs Madison en el que el juez Marshall al resolver un caso concreto encuentra una norma inconstitucional por considerar que su contenido es contrario a la Constitución y en consecuencia dio de baja una norma emanada del ejecutivo, en este caso la Corte no declaró la inconstitucionalidad sino fue un juez. Este control difuso permite que cualquier juez pueda declarar inaplicable ya sea de oficio o a petición de parte una disposición jurídica si considera que es contraria a la norma suprema o tratados internacionales.
- **Control concentrado:** Es aquel cuya potestad de declarar inconstitucional una norma le corresponde únicamente al órgano designado por la Constitución, órgano que ha sido propuesto por el Constituyente por considerar que goza de fuerza y de plena legitimidad y está compuesto por jueces especializados que tienen la atribución de garantizar la supremacía de la Constitución y de controlar las actuaciones de los otros órganos del Estado.

En el Ecuador conforme lo establece el artículo 429 de la Constitución se señala que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. (Constitución, art. 429, 2008) por tanto en nuestro país rige el control concentrado por mandato de la norma fundamental que ha conferido

únicamente a la Corte Constitucional la potestad de controlar la supremacía y vigencia de la Constitución siendo este el único órgano de control en el país.

Desde la creación de la Constitución del 2008 han existido varias discusiones por determinar qué tipo de control rige en el país, y ha consecuencia se ha considerado la existencia de una tercera teoría, el control mixto. En un artículo de investigación de reciente data, se considera que el modelo de control de constitucionalidad que el constituyente de Montecristi estableció para el ordenamiento de Ecuador sin duda puede ser definido como un “Jano bifronte” en tanto que, en la misma Constitución, se prevén dos tipos de control de constitucionalidad autónomos y contradictorios; es decir: por un lado, el control de constitucionalidad mixto; y, por el otro, el control concentrado. (Storini, Masapanta y Guerra, 2021)

Los académicos sostienen que de acuerdo a la redacción del artículo 11 numeral 3 de la CRE, los derechos deben ser garantizados por y ante cualquier servidor de las instituciones del Estado, pues indican que la preposición “ante” implica que la aplicación directa de la Constitución puede solicitarse frente a cualquier administrador de justicia, y de igual manera sostienen que la preposición “por” faculta a que la directa aplicación de los derechos pueda ser ejercida por todos los jueces ya sea de oficio o a petición de parte.

Además, manifiestan que es evidente que, existe una clara contradicción, en el momento de resolver un caso y contrastar la existencia de una disposición jurídica contraria a la Constitución los jueces se encontraban ante una tensión entre plantear la consulta de norma (artículo 428) o resolver el problema jurídico aplicando directamente la Constitución (artículos 11.3, 425 y 426). Y, por tanto, ante la disyuntiva de determinar en qué circunstancias dar aplicación al artículo 425 CRE y en cuales al artículo 428 Constitución. (Storini, Masapanta y Guerra, 2021)

A criterio personal, no existe un control mixto en el país, la norma faculta a que los jueces puedan elevar a consulta una norma, no como una potestad sino como una obligación a fin de garantizar derechos, por tanto, no significa que exista un control mixto, la potestad de realizar el control constitucional que implica mantener o eliminar una norma del ordenamiento jurídico, es una atribución que únicamente le compete a la Corte Constitucional.

Si el juez o jueza en la tramitación de la causa considera que una norma no guarda coherencia o vulnera derechos, puede recurrir a la consulta, como un mecanismo subsidiario, no como un mecanismo de control en estricto sentido porque si sospecha que una norma es inconstitucional no puede sacarla del ordenamiento jurídico, únicamente eleva a consulta y le

corresponderá a la Corte Constitucional determinar si es o no inconstitucional, por tanto los jueces solamente coadyuvan al control concentrado, más no realizan el control.

Entre el año 1998 y el 2007 en el Ecuador existió un control mixto porque cohabitaban el órgano típico de control constitucional y las potestades otorgadas a los jueces de instancia para que declaren la inconstitucionalidad de una disposición, creando así una coexistencia entre el control concentrado y el control difuso, sin embargo, el control mixto no funcionó porque históricamente el órgano de control constitucional ha estado conformado por jueces conservadores y el cumplimiento de sus facultades se vio tergiversado por la corrupción, además, al no existir una educación académica en el ámbito constitucional, no existía la adecuada preparación para ejercer un examen constitucional, es por ello que el legislador en el 2008 consideró que el único control que regirá en el sistema jurídico ecuatoriano es el control concentrado.

5.1.2. Modelos de acuerdo a la forma de realizar el control:

- **Control Concreto:** Es aquel según el cual el órgano encargado de realizar el control constitucional lo hace tomando en consideración un caso en concreto, es decir que el juez al momento de resolver un caso específico al aplicar una norma jurídica emerge la idea de la inconstitucionalidad de la norma a aplicar, en este caso la Corte Constitucional realiza el control en base a tres elementos: Constitución, la norma jurídica y el caso concreto o problema jurídico concreto, y analiza si la norma que va a aplicar contraviene a lo contenido en la Constitución

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) en el artículo 141 establece como finalidad del control concreto garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales, por tanto este control está contemplado en nuestro ordenamiento, a más de ello, la Constitución de la República (2008) ha establecido en el artículo 428 que un juez en la tramitación de la causa si considera que el contenido de una norma jurídica no es acorde a la Constitución, ya sea de oficio o a petición de parte, puede suspender la tramitación y elevar a consulta a la Corte Constitucional

- **Control Abstracto:** Este tipo de control constitucional es aquel donde el órgano encargado de realizar el control realiza un ejercicio mental abstracto con una pregunta básica ¿la norma vulnera o no la Constitución?, en este caso la Corte Constitucional toma en consideración dos elementos para el control, la Constitución y la norma jurídica.

El control abstracto también se encuentra definido en el artículo 74 de la LOGJCC y tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico (LOGJCC, art. 74, 2009)

El control busca detectar si existen incompatibilidades entre normas inferiores y la Constitución sin basarse en un caso concreto, sino únicamente teniendo presente la armonía de las normas que integran el ordenamiento jurídico, y no la expulsión indiscriminada de normas que podrían incentivar un conflicto social severo.

5.2. La acción de inconstitucionalidad y el control de constitucionalidad:

En la creación de las normas, el legislador tiene presente la congruencia que estas deben tener con la norma fundamental, sin embargo, existen disposiciones legales que no guardan armonía con la Constitución, y surge la aplicación de la acción de inconstitucionalidad que protege la supremacía, en la modalidad del control Concentrado porque únicamente la Corte Constitucional lo puede hacer, y el control abstracto conforme el artículo 75 numeral 1 literal c de la Constitución que establece los casos específicos en los que la Corte Constitucional está facultada para ejercer el control abstracto, entre las cuales en primer lugar se encuentra resolver las acciones de inconstitucionalidad.

5.2.1. Reglas aplicables al control constitucional:

La acción de inconstitucionalidad es un mecanismo para ejercer el control constitucional abstracto, que examina si la norma es contraria a la voluntad del soberano y en caso de existir incongruencias o divergencias con la Constitución, la Corte realizará una interpretación de la norma, y en último caso dispondrá que sea retirada del ordenamiento jurídico, teniendo en consideración los principios que rigen el control constitucional y se encuentran regulados en la ley, los cuales buscan que la norma prevalezca en el ordenamiento porque se entiende que la voluntad del legislador está manifestada en dicha norma,

Entre las reglas más importantes contenidas en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Constitucional (2009) a tener en cuenta se encuentran las siguientes:

- **Control Integral:** Implica que la Corte Constitucional al ejercer el control debe examinar la norma que se presume inconstitucional en el contexto de las normas constitucionales.

- **Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas:** En razón de este principio los jueces parten de la idea de que la norma es o se presume constitucional desde el momento de su creación
- **In dubio pro legislatore:** Rige cuando existe una duda razonable que surge pese a que los jueces han realizado todos los análisis técnicos posibles y consideran que existe un 50% de constitucionalidad y un 50% de inconstitucionalidad, en este caso ante la duda debe conservarse la norma, sólo cuando exista certeza absoluta se procede a declarar la inconstitucionalidad de la disposición.
- **Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico:** Este principio al igual que los anteriores busca que la declaratoria de constitucionalidad sea de última ratio, es decir se debe propender a que la norma permanezca en el mundo jurídico y por ello surge otra opción que es la interpretación que la realiza la misma Corte Constitucional con el ánimo de mantener vigente la voluntad del soberano.
- **Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso:** Este principio sugiere que la Corte Constitucional realice una interpretación de la disposición, que señale cómo debe entenderse la norma, dándole un sentido distinto al que mantiene literalmente, y si considera que la interpretación no es suficiente por mantenerse la falta de armonía con la Constitución se suprimirá la norma del sistema jurídico, siendo esta la opción de ultima ratio.

Los principios que rigen el control abstracto de constitucionalidad tienen como finalidad la permanencia de las normas en el ordenamiento, sin embargo, si pese a haber recurrido a la interpretación continúa siendo inconstitucionalidad, será extraída del sistema normativo caso contrario se vería afectada la supremacía constitucional y el garantismo bajo el cual surgieron las normas, por tanto, la acción de inconstitucionalidad no implica que en todos los casos la norma será eliminada ante la presunción de una contradicción.

Si se entabla una analogía del sistema jurídico con el sistema dentario, en este último, en caso de existir un problema con una pieza dental se debe acudir al odontólogo para que dé una solución al problema, si el paciente acude por un dolor de muela, el odontólogo hará todo lo posible por mantener la pieza dental y solo la extraerá del sistema dentario cuando no exista otra posibilidad para solucionar el problema, es decir que la extracción es de última ratio y debe ser considerada como la opción final.

En síntesis, se concluye indicando que la Constitución del 2008 trae consigo nuevos cambios, trasciende de un Estado legal a un Estado constitucional que está fundado sobre la protección a los derechos. En este cambio influye la corriente neoconstitucionalista por cuanto se concibe a la norma fundamental como suprema, de aplicación directa, sobre la cual deben fundarse las demás normativas; y , también el texto constitucional recoge principios de la Teoría Garantista porque su contenido está destinado a contar con una amplia gama de derechos y en consecuencia, para garantizar su existencia y protección se crearon las garantías constitucionales jurisdiccionales para lograr el fin planteado por el Constituyente, alcanzar la justicia, proteger sus derechos y establecer un límite al poder.

En aras de proteger la fuerza y supremacía constitucional surge la acción pública de inconstitucionalidad como un mecanismo para ejercer el control constitucional abstracto por parte de la Corte Constitucional que es el ente encargado, para eliminar normas que no guarden armonía con el texto constitucional y que resulten gravosas para la tutela efectiva de los derechos.

CAPÍTULO II: Análisis de la normativa que rige la aplicación de las garantías jurisdiccionales:

6. El principio de formalidad condicionada aplicado sobre las garantías jurisdiccionales:

La norma fundamental creada bajo la teoría garantista y la visión constitucionalista, en cuanto a los derechos y su protección, está contemplada bajo el principio de formalidad condicionada aplicable a las garantías constitucionales, pues bajo la lógica del garantismo debe existir un camino que salvaguarde los derechos ante cualquier escenario.

Con la finalidad de comprender el sentido de este principio en la aplicación de la Constitución, se analizará el contenido y alcance de la formalidad condicionada. La Real Academia Española lo define como “Principio rector de la jurisdicción constitucional conforme al cual los procesos y procedimientos constitucionales deben estar exentos de formalismos o rigores innecesarios que afecten la tutela judicial efectiva.”(RAE, 2014)

La formalidad condicionada conforme lo ha concebido la Corte Constitucional y la ley implica que no se puede sacrificar la justicia por la omisión de formalidades, sin embargo, debe tenerse presente que el límite para su aplicación es la validez del proceso en cuanto a asegurar el debido proceso.

La finalidad del principio es garantizar la protección de los derechos y que la ciudadanía cuando acceda a la administración de justicia para defender sus derechos no se le imponga trabas por parte de los funcionarios judiciales, al contrario, los jueces tienen el deber de adecuar las formalidades prescritas en la norma a fin de proteger los derechos bajo procedimientos especiales que brinden la protección inmediata y eficaz, es por ello que se creó el derecho procesal constitucional como autónomo, que regula los procedimientos bajo reglas específicas que suprime requisitos de la justicia ordinaria que sólo retrasan el desarrollo de un procedimiento.

La LOGJCC (2009) contempla a la formalidad condicionada como un principio procesal de la justicia constitucional y establece la siguiente definición en el artículo 4 numeral 7:

“Formalidad condicionada. - La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.”

Esta norma tiene como fuente el contenido del texto constitucional, pues en el artículo 86 de la Constitución (2008) que regula las disposiciones a aplicarse en las garantías jurisdiccionales, en el numeral 2 literal c establece lo siguiente *“Podrán ser propuestas*

oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.”, y el artículo 11 numeral de la CRE (2008), establece que: *“Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.*”, estas disposiciones al tenor literal y en relación a cómo se concibe este principio, de forma explícita permiten considerar que las garantías jurisdiccionales están sujetas a la informalidad.

De las normas citadas se aprecia que el legislador otorga un trato especial para los mecanismos constitucionales por cuanto se encuentran en juego derechos constitucionales y por tal, el procedimiento que debe seguirse para su protección debe ser rápido, sencillo, sin trabas, y por eso redactó que no se exigirán formalidades que puedan sacrificar la justicia, ese es el sentido de tener una Constitución garantista, no limitarse a la validez sino alcanzar la efectividad de las normas de los derechos por ende el legislador debe promover el cumplimiento de todas las normas que permitan garantizar ese espíritu garantista.

La Corte Constitucional en la sentencia No. 994-12-EP/2020 respecto a este principio señala que:

La formalidad condicionada constituye una máxima de optimización procesal que ha de orientar el comportamiento de los operadores jurisdiccionales para alcanzar los fines de las garantías jurisdiccionales, esto es, la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. (sentencia No. 994-12-EP/2020, 2020, p.14)

De igual manera establece que este principio debe ser aplicado por los administradores de justicia para adecuar las formalidades del proceso constitucional a fin de garantizar la justicia constitucional, y además señala que los jueces no pueden tomar este principio para menoscabar, desconocer o soslayar las garantías, es decir no se debe usar para vulnerar derechos pues su objetivo es protegerlos, así como a la igualdad procesal.

En este sentido, las garantías jurisdiccionales están diseñadas para que al momento de activar su uso con una alerta de vulneración de derechos, el procedimiento sea inmediato porque se trata de derechos fundamentales, que pese a que exista la figura de reparación, si el derecho es violentado no volverá a su estado inicial, es por ello que el legislador creó procesos que bajo la literalidad de la norma son rápidos, sencillos y eficaces y ello sólo se puede lograr sin la rigurosa aplicación de las formalidades procesales.

Un ejemplo de que el derecho procesal constitucional posee normas con rasgos de informalidad es que cuando una persona presente una garantía constitucional puede hacerlo sin necesidad de un abogado, o en cuanto a la notificación, se la puede realizar por cualquier medio incluyendo el electrónico, así permite garantizar la rapidez para notificar al accionado y no se afecta el derecho a la defensa, pues si únicamente se permitiera la notificación de acuerdo a las reglas del Código Orgánico General de Procesos, primero habría que esperar el sorteo de designación del citador, luego que acuda a la dirección consignada, y si no se encuentra deberá dejar 3 boletas en días distintos para que la diligencia sea válida.

Es comprensible este proceso a seguir en la justicia ordinaria porque no están en riesgo derechos fundamentales, pero para el derecho constitucional ese proceso no responde a la rapidez que se busca en las acciones constitucionales, esa es la razón para evitar ciertas formalidades que impidan el acceso rápido y directo, sin embargo, el juzgador debe tener presente que no puede vulnerar el derecho al debido proceso o a la tutela judicial efectiva.

Además de la Constitución, existen otros cuerpos legales que regulan la protección de derechos como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos que busca la sencillez y rapidez de los mecanismos para la protección de derechos, en el artículo 25 numeral 1 establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

6.1. Límites:

Teniendo en consideración que nuestra norma fundamental es garantista y que ha contemplado mecanismos y procedimientos especiales, de la lectura de las disposiciones legales se podría afirmar que únicamente hay que seguir un camino sin restricciones para defender los derechos, sin embargo, existen límites a los que se debe regir el actuar del juez, que es quien dirige y se encarga de velar por el cumplimiento del proceso.

En la sentencia No. 994-12-EP/2020 la Corte Constitucional manifiesta que la formalidad condicionada constituye un principio que es aplicable a la justicia constitucional, principio que implica un deber de los jueces y juezas de adecuar las formalidades previstas para lograr los fines. Sin embargo, señala que *esta formalidad condicionada debe obligatoriamente cumplirse a la luz del debido proceso constitucional y de sus garantías. Si un juzgador aplica la formalidad condicionada en forma aislada y sin garantizar el debido proceso de las partes,*

dicho principio puede más bien llegaría a lesionar la tutela judicial efectiva de las partes procesales. (Sentencia No. 994-12-EP/2020, pág. 14, párr. 13)

En la sentencia mencionada la Corte establece dos límites para la aplicación de la formalidad condicionada, el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva, los cuales ha considerado necesarios para no afectar otros derechos, pues el límite de un derecho es otro derecho, si bien la rigurosidad de la norma obliga al juez a ajustar su actuar a las formas exigidas en la ley, tampoco le permite vulnerar otros derechos ni los procedimientos

6.1.1. Tutela Judicial Efectiva:

Respecto a este derecho consagrado en el artículo 75 de la Constitución las personas tienen el derecho a acceder a la justicia de forma gratuita, así como a la tutela efectiva, que debe ser imparcial y expedita para la plena protección de los derechos, sujeta a los principios de inmediación y celeridad que consagra la Constitución.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia ha definido a la tutela judicial efectiva como un derecho que garantiza a las personas el acceso a la justicia, sin que su pleno ejercicio se agote únicamente en la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, pues implica también la obligación que tiene el operador de justicia de sustanciar la causa observando el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para cada caso y en observancia de las garantías que configuran el debido proceso. (Sentencia N.º108-15-SEP-CC, pág. 7, párr. s/n)

Los operadores de justicia frente a este derecho tienen la obligación de precautelarse por el cumplimiento de los derechos constitucionales durante todo el procedimiento hasta la obtención de una resolución motivada, el actuar de un juez debe garantizar el debido proceso que es comprendido dentro de la tutela judicial efectiva, por ende, si las normas del derecho procesal constitucional no imponen trabas, el juez no puede exigir ningún requisito que no se encuentre contemplado en la ley.

El legislador también definió este derecho en el Código Orgánico de la Función Judicial como un principio que debe ser garantizado por los jueces y juezas cuando los derechos declarados en la Constitución, instrumentos internacionales y demás leyes hayan sido reclamados por sus titulares por considerar que sus derechos han sido violentados, sin importar la materia o de qué derecho fundamental se trate pues todos los derechos son de igual jerarquía y gozan de igual protección.

6.1.2. Debido proceso:

Este es otro derecho que la Corte ha considerado como límite para la aplicación de la formalidad, se encuentra regulado en el artículo 76 de la Constitución, está constituido por un conjunto de derechos y garantías que deben cumplirse en todo proceso. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia No. 195-14-SEP ha indicado que

“El debido proceso adquiere el carácter garantista, en tanto, otorga a las personas las facultades dotadas de seguridad para participar de manera adecuada y eficaz en los procedimientos judiciales y administrativos del Estado constitucional de derechos, a efectos de realizar argumentaciones, afirmaciones, aportar prueba y rebatir los argumentos de las otras partes. En este sentido, el debido proceso cumple el papel de derecho instrumental puesto que se erige en el mecanismo de protección de otros derechos fundamentales a fin de otorgar seguridad, tutela, protección para quien es o tiene la posibilidad de ser parte en un determinado proceso judicial o administrativo.”
(Sentencia No. 195-14-SEP, 2014, p. 8)

En un Estado concebido bajo los parámetros constitucionales y garantistas es necesario la existencia de un derecho que sea aplicable a todos los procedimientos para garantizar la igualdad. Este derecho busca la obtención de la justicia dentro de un procedimiento específico ya sea judicial o administrativo en el cual los jueces en cumplimiento de sus deberes de administrar justicia deben respetar y garantizar las reglas establecidas en el artículo 76 de la Constitución, las cuales son un límite para las actuaciones de los jueces y así evitar las arbitrariedades, ilegalidades e inconstitucionalidades por parte de los funcionarios estatales, de igual manera propende la igualdad de armas pues las reglas del debido proceso son aplicables para todas las partes que comparezcan dentro de un proceso .

La LOGJCC (2009) contempla al debido proceso como un principio procesal y lo regula en el artículo 4 numeral 1 que señala lo siguiente: *“Debido proceso.- En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”*

Dentro de este derecho, se encuentra el derecho a la defensa establecido en el numeral 7 que a su vez comprende varias garantías más, este derecho es fundamental porque le otorga a la persona la oportunidad de poder ser escuchada, de presentar sus argumentos, de objetar, de ejercitar los recursos que la ley le otorga, es decir de poder defenderse en cualquier proceso ya sea en sede judicial o en sede administrativa, sin importar la calidad en la que comparezca al proceso pues al ser un Estado garantista todos los ciudadanos tienen derecho

a tener acceso a los medios necesarios para proteger y hacer que sus derechos sean respetados.

7. Normativa vigente en el Ecuador para la aplicación de garantías jurisdiccionales:

La normativa que regula la aplicación de garantías jurisdiccionales está prevista en la Constitución y en la LOGJCC, sin embargo, al contemplar la existencia del derecho procesal constitucional la ley desarrolla aspectos procedimentales adicionales para la aplicación de las garantías y así alcanzar el fin perseguido, a continuación, una breve descripción de la normativa constitucional para la aplicación de estas garantías.

7.1. Requisitos de aplicación contenidos en el artículo 86 de la Constitución:

El capítulo tercero de la Constitución en el artículo 86 regula las garantías jurisdiccionales y establece disposiciones por las que se rigen, las cuales responden a un Estado constitucional y garantista, pretende evitar generar normativa que limite o restrinja un procedimiento adecuado.

En primer lugar, contempla que las acciones pueden ser propuestas por cualquier persona, grupo, comunidad, pueblo o nacionalidad (CRE, Art, 86, 2008) otorgando así una amplitud en cuanto a la legitimación activa ya sea que se consideren víctimas directas o indirectas de un acto u omisión que atente contra los derechos.

Bajo el ánimo de conservar la perspectiva garantista, también se establece que será competente la jueza o juez del lugar donde se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos (CRE, Art. 86, 2008), dicha competencia está regulada en el Art. 7 de la LOGJCC, en la cual se le prohíbe al juez inhibirse, pues únicamente podrá excusarse si fuese necesario.

Para la aplicación de estas garantías se prevé que los procedimientos gocen de características especiales, diferentes a la justicia ordinaria y únicamente aplicables a la justicia constitucional, estas son; sencillez, rapidez y eficacia.

Al respecto, los autores Yépez Nathaly y Cordero David indican que la característica de sencillez implica que las acciones están desprovistas de formalismos que son característicos de procesos ordinarios, por tanto no debe ser necesaria la asistencia de un abogado, debería relajarse la rigurosidad de la prueba, etc; respecto a la rapidez manifiestan que está relacionado a los plazos en los que se recepta o se produce la prueba, , y los que tienen las autoridades judiciales para resolverlos deben ser cortos;

y, por último se refieren a la efectividad como sinónimo de eficacia, sosteniendo que es efectiva cuando permite alcanzar el resultado esperado (Yépez, Cordero, 2015, p. 46-47)

La norma también regula que las garantías pueden presentarse en cualquier momento porque se consideran hábiles todos los días y horas, pueden ser presentadas de forma oral o de forma escrita, sin formalidades, sin necesidad de un abogado, respecto a las notificaciones, pueden ser realizadas por el medio más eficaz y se preferirá los medios electrónicos para notificar al accionado o a la víctima si la acción hubiese sido interpuesta por un tercero; y establece que no se pueden aplicar las normas procesales que impidan el ágil despacho de la causa.

Otra disposición del texto constitucional manifiesta que luego de presentada la acción, el juez debe convocar inmediatamente a una audiencia pública, en la cual se resolverá la existencia o no de vulneración de derechos, y emitirá la sentencia, y en caso de determinarse vulneración se deberá ordenar la reparación integral, material e inmaterial, con la finalidad de resarcir el perjuicio causado a la víctima.

Las normas antes mencionadas buscan mantener el paradigma bajo el cual se creó la Constitución y garantizar la supremacía, aplicación directa de la norma fundamental y la eficacia de la norma para alcanzar la protección de los derechos.

7.2. Normas comunes a todo procedimiento en la LOGJCC:

En líneas anteriores se realizó un breve análisis de los requisitos que contempla la Constitución, sin embargo, es necesario revisar las disposiciones de la LOGJCC para determinar si existe o no alguna contradicción con las normas constitucionales, pues a breves rasgos, de la lectura de la norma se puede deducir una contradicción con la Constitución por contemplar requisitos adicionales a la norma fundamental.

La LOGJCC, en el artículo 8, al igual que la Constitución establece pautas aplicables a los procedimientos de garantías jurisdiccionales, las cuales guardan similitud con las disposiciones constitucionales, es decir se basan en la sencillez, rapidez y eficacia del procedimiento, la oralidad en todas las fases, pero en este punto incluye disposiciones adicionales, señala que donde existan sistemas informáticos deberán haber expedientes electrónicos, salvo documentos que deberán constar en escrito como son los siguientes: demanda de la garantía, calificación, contestación y la sentencia o auto que aprueba el acuerdo reparatorio (LOGJCC, 2009)

De igual manera se establece que las notificaciones deben ser realizadas por los medios más eficaces incluyendo los medios electrónicos por cuanto al ser un procedimiento constitucional no tiene la misma rigurosidad ni formalismo que los demás procedimientos, en el Estado garantista, no es plausible aplicar las normas que impidan el ágil despacho de la causa, pues al ser una acción constitucional goza de la característica de rapidez, que implica que los jueces tienen la obligación de tramitar estas causas a la brevedad posible.

Estas garantías no se pueden presentar más de una vez por las mismas acciones u omisiones, ni en contra de los mismos accionados, ni por los mismos derechos vulnerados; la ley también prevé que no se requiere del patrocinio de un abogado para proponer la acción ni para apelar, sin embargo, a diferencia de la Constitución, la LOGJCC señala que tampoco requiere una defensa técnica para apelar, cuestión que podría atentar contra el derecho a la defensa, por cuanto surge la pregunta ¿una persona que no conoce sobre tecnicismos para presentar una acción constitucional, podrá apelar con la fundamentación correcta una decisión emitida por un juez?

Si bien referimos que la nueva Constitución figura un cambio radical para el Estado en cuanto a la protección de derechos, aunque se contemplen varios derechos y garantías, si la población no conoce de su existencia ni regulación, no podrá activar estas herramientas correctamente, sin embargo, se entiende que los jueces deben aplicar correctamente las garantías y suplir el desconocimiento de la norma por parte de la ciudadanía.

Por tanto, si una persona acude a la administración y presenta su demanda sin haber recibido la asesoría de un abogado, posiblemente no cumpla con los requisitos establecidos y podría interponer determinada acción pero sí acorde al relato de la vulneración del derecho se desprende que corresponde plantear otra acción, en este caso, los jueces como garantes de la ley están en el deber de suplir los errores para proteger el núcleo del derecho, pues la norma los considera sabios concedores del derecho y por ende preparados para resolver los problemas que se presenten.

En la práctica, el sistema judicial no funciona como la norma lo establece, porque carece de jueces constitucionales, de jueces que se dediquen únicamente a resolver problemas constitucionales, demandas de garantías jurisdiccionales, pues en nuestro país los jueces se dedican a una materia específica como penal, familia, civil, o son multicompetentes, y únicamente se transforman en constitucionales cuando llega a su conocimiento la tramitación de una acción constitucional.

De la lectura rápida de las normas procedimentales aplicables a las garantías jurisdiccionales se podría decir que son requisitos generales concernientes a todo proceso de la justicia ordinaria, sin embargo, estamos frente al derecho procesal constitucional que se rige por una serie de principios especiales, entre los más importantes, el principio de formalidad condicionada, que es un pilar del texto constitucional elaborado por la Asamblea Constituyente del 2008.

Entre las disposiciones figuran requisitos adicionales, como lo es la demanda y la calificación, cuestiones sobre las que no se refiere la norma principal, pues el sentido de estas garantías es que se desarrollen de forma rápida y sencilla es por eso que la Constitución únicamente contempla que la demanda se la podrá hacer de forma oral u escrita e inmediatamente el juzgador deberá llamar a audiencia, ante ello surge la incógnita de porque el legislador al crear la ley impuso requisitos adicionales

Por ejemplo, en el artículo 8 numeral 2 establece que el procedimiento será oral en todas sus instancias, salvo que existan documentos que deban reducirse a escrito entre los cuales están la demanda, la calificación, contestación y la sentencia. La ley, a diferencia de la Constitución, en el artículo 10 de la LOGJCC especifica el contenido de una demanda y establece todos los requisitos que debe contener para poder ser admitida a trámite entre los cuales se encuentran los datos personales que son necesarios para conocer la identidad de la persona accionante, los datos necesarios para conocer la identidad del accionado, la descripción del acto u omisión que atentó contra el derecho y causó el daño, el lugar de notificación al accionado, el lugar donde se le puede hacer conocer al afectado cuando haya sido otra persona quien interpuso la acción, la declaración de que no exista otra garantía que verse sobre los mismos actos u omisiones y sobre el mismo accionado, la solicitud de medidas cautelares cuando fuere necesario y los elementos probatorios que demuestren la existencia del acto u omisión.

De la lectura de la norma se puede advertir que la LOGJCC sí establece requisitos adicionales que el legislador los consideró oportunos regular para evitar el uso abusivo de estas acciones y garantizar los derechos de las partes intervinientes en los procesos, no obstante, las normas restringen el desarrollo de las garantías conforme fueron planteadas por el Constituyente. Al respecto, los autores David Cordero y Nathaly Yépez (2015) consideran que esos requisitos deben ser considerados como una guía mas no como un listado taxativo de estricto cumplimiento.

Si bien el criterio de los autores citados está dirigido a proteger las características de sencillez, rapidez y eficacia de las garantías como lo establece la Constitución, es importante mencionar que si se considera como una guía y no como un requisito se podría afectar el derecho a la igualdad y a la defensa porque habrá una parte de la ciudadanía que presentará demandas completas y claras y por ende el accionado puede armar su defensa por tener hechos claros, y habrá otra parte que no cumpla con esos requisitos y las demandas carecerán de claridad lo que restringe el derecho de la contraparte porque si el accionado no manifiesta claramente la relación entre los hechos y el derecho que se presume violado, el accionado se verá limitado en su defensa, el accionante podría aclarar en la audiencia, sin embargo el demandado no contará con el tiempo ni con los medios adecuados para la preparación de su defensa vulnerando así el derecho del artículo 76 numeral 7 literal b de la Constitución.

7.3. Análisis del último inciso del artículo 10 de la LOGJCC:

La creación de las leyes está inclinada hacia los principios que contempla la Constitución, y su conservación depende de la supremacía y fuerza normativa que posee la norma fundamental, en ese sentido, el contenido de las leyes no puede restringir derechos ni añadir requisitos que sean contrarios al fin perseguido por el Constituyente.

A más de los requisitos mencionados sobre el contenido de la demanda que podrían considerarse cuestiones básicas de un acto de proposición, el legislador ha contemplado cómo debe procederse en caso de que la demanda no sea clara, el juez tendrá que mandar a aclarar o completar.

El último inciso del artículo 10 establece lo siguiente: *“Si la demanda no contiene los elementos anteriores, se dispondrá que se la complete en el término de tres días. Transcurrido este término, si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia”* (LOGJCC, 2009)

De la lectura de la norma se puede presumir la existencia de una limitación al pleno desarrollo de las garantías jurisdiccionales y una traba para el cumplimiento de la rapidez de la que gozan este tipo de acciones constitucionales.

En primer lugar, la norma contempla cómo debe procederse cuando la demanda carece de los requisitos necesarios, y otorga el término de tres días para aclarar o completar, en consecuencia añade más tiempo al procedimiento, pues luego de la presentación de la demanda el juez tiene el deber de calificar dentro de las 24 horas siguientes, y si no cumple

con los requisitos exigidos deberá completar en el término de tres días, si se calcula el tiempo que ha transcurrido desde la presentación de la acción hasta que se complete, habrán transcurrido cuatro días, sin contar que existe la posibilidad de que coincida un fin de semana con lo cual se sumarían dos días más, siendo un total de 6 días sólo para calificar la demanda, lo cual no constituye el fin del derecho procesal que es remover las trabas para la protección de las normas fundamentales y la supremacía.

En el auto de admisión se dispone la notificación al accionado o a la víctima en caso de no ser la accionante, y se fija el día y hora que se llevará a cabo la audiencia que debe ser dentro de tres días desde el día que se calificó la demanda, sin embargo, la regulación en cuanto a términos queda únicamente plasmada en la norma porque no se aplican en la realidad.

Desafortunadamente nuestro país no cuenta con un sistema que permita la eficacia de las normas constitucionales, gozamos de una norma fundamental rígida, garantista y protectora de derechos, pero no se materializa el contenido, en cuanto a la aplicación de términos los operadores de justicia no cumplen con la norma.

El juez tiene el papel de garante de las normas, y está en el deber de detener una violación y buscar la reparación, su actuar no debe limitarse a la aplicación de las normas sino debe tener un rol activo cuando sea necesario para proteger los derechos, por ende, un caso constitucional debe tener prioridad de inicio a fin por tratarse de la protección de derechos fundamentales a diferencia de los procesos tramitados en la justicia ordinaria.

Un país democrático como el nuestro, que creó su Constitución bajo el paradigma garantista y neoconstitucionalista, requiere de una regulación específica en cuanto al poder judicial, el deber de hacer respetar la norma corresponde a los jueces, es por ello que para resolver problemas de índole constitucional se requiere de jueces y juezas constitucionales que únicamente se dediquen a resolver problemas en la justicia constitucional para que la norma tenga eficacia.

Al respecto, el autor Aníbal Quiroga (s/f, p.325) señala que, por Justicia Constitucional, o Jurisdicción Constitucional, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados Modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional.

Como lo ha señalado el autor, la justicia constitucional es creada para defender a la Constitución en cuanto es la norma suprema y tiene fuerza normativa, la materia constitucional requiere de una justicia especial, con procedimientos especiales como los

contempla el Derecho Procesal Constitucional, ya que se trata de proteger derechos que son las garantías primarias sobre las cuales se funda un Estado, en especial un Estado constitucional.

Un principio que refleja la idea garantista es la oralidad que surge con la Constitución del 2008, es un eje central del nuevo sistema y tiene como objetivo asegurar la celeridad en los procesos, que la justicia sea ágil, práctica y transparente, se pretende limitar lo escrito y que el proceso sea rápido porque esa es la naturaleza del derecho procesal constitucional.

El legislador al momento de redactar las disposiciones busca la armonía con la Constitución y por ello contempla procedimientos ágiles, sin embargo, en la creación de la ley se generan requisitos que conllevan más tiempo, y representan un obstáculo para la justicia. Continuando con el análisis del artículo 10, en el último inciso se menciona que, en caso de no cumplirse con los requisitos de la demanda, si de la narración de los hechos se desprende que existe una grave vulneración de derechos, el juez deberá tramitar la causa subsanado la omisión del accionante.

La pregunta que surge del texto se centra en descubrir que considera el legislador como “grave” vulneración, pues de la simple lectura se podría sostener que le limita al juez para que continúe con la causa sólo si es grave, y deja en manos del juzgador lo que a su criterio debe considerar grave, cuestión que es dicotómica porque todos los derechos tienen igual jerarquía por ende toda vulneración es grave.

La gravedad de la vulneración de un derecho fundamental está supeditada al nivel de afectación, y si este influye hasta el núcleo del derecho, para ello es necesario referirnos sobre el contenido esencial de los derechos para determinar cuándo se afecta el núcleo de un derecho, se partirá de dos teorías principales respecto al contenido esencial, la teoría absoluta y la teoría relativa.

7.4. Teorías sobre el núcleo de los derechos:

7.4.1. Teoría absoluta:

La teoría absoluta concibe a los derechos como permanentes, sosteniendo que cada derecho está compuesto por dos partes: un núcleo y una parte accesorio o periférica, conforme esta teoría el contenido del derecho siempre será el mismo, es decir estático, definitivo, inmutable cuya definición se realiza en abstracto independientemente del caso o situación concreta (Martínez, 1997, citado por Salazar, p.145)

La crítica a esta teoría surge frente a las vaguedades que presentan las constituciones al momento de definir un derecho, por tanto no se puede apreciar cuál es el contenido esencial de cada derecho, si bien existe un amplio catálogo de derechos no todos son desarrollados, existen derechos que únicamente son nombrados en el texto constitucional pero no es posible observar de forma clara su contenido, en razón de ello resulta complicado establecer de forma abstracta ese contenido por parte de las cortes o tribunales quienes tienen en sus manos la tarea de delimitar el derecho cuando la norma constitucional no lo ha hecho. En el cumplimiento de esa tarea existiría el riesgo de que el contenido de la zona periférica quede fuera de los lineamientos constitucionales, es por ello que esta teoría no conviene aplicar de forma general por cuanto no todos los derechos son pre contextualizados y por ende su contenido esencial puede ser discutible.

Santiago Moreno Yanes, señala que los derechos entendidos bajo esta teoría se derivarían en dos sustratos uno núcleo y otro aledaño, siendo el primero incondicionalmente absoluto, y el segundo totalmente desprotegido, razón por la cual esta teoría ha sido severamente criticada alegándose como insostenible. (Moreno, 2012, p. 60). Conforme se puede apreciar la idea sostenida por el autor confirma la tesis expuesta anteriormente, así como el problema que puede surgir al momento de aplicar esta teoría.

7.4.2. Teoría Relativa:

Por otro lado está la Teoría Relativa que de acuerdo al autor Sebastián López (2019), concibe al contenido esencial como declarativo, no estable sino determinable a partir de la propia norma de derecho fundamental bajo la justificación en cada caso en concreto, pues bajo esta teoría el contenido de un derecho no es abstracto, por el contrario, el intérprete debe analizar la justificación del límite del derecho teniendo presente la norma constitucional para proteger también los otros derechos, lo que le implica que debe realizar un ejercicio de proporcionalidad.

La crítica a esta teoría se basa en que al no existir un contenido determinado de forma abstracta, sino que para determinarlo se exige una justificación y la aplicación del principio de formalidad y eso genera que el derecho pierda su garantía formal porque para su aplicación tendría que someterse a los límites para conservar otros derechos constitucionalmente protegidos.

En el Ecuador, la Corte Constitucional hasta el momento no ha precisado la teoría aplicable bajo los lineamientos de la Constitución del 2008, pues si bien la norma fundamental señala que no cabe restricción de derechos, que todos los derechos son de igual jerarquía, existen

sentencias emitidas por el mismo ente, como las sentencias No. 010-13-SIN-CC y No. 003-14-SIN-CC señalan que no hay un carácter absoluto de los derechos, y admiten limitaciones, restricciones de derechos y en varios casos la Corte ha realizado el ejercicio de proporcionalidad para establecer hasta donde se protege un derecho para no afectar otro.

Todo derecho está formado por dos dimensiones, una parte constitucional y una parte de legalidad, la primera relacionada con el contenido o núcleo del derecho, y la segunda órbita se refiere a que los derechos tienen regulación legal en leyes o códigos, y esta segunda órbita no puede limitar la primera pues un derecho no puede ser restringido o invalidado si no tiene una regulación en las leyes. En un Estado constitucional, basta que se encuentren contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales para que su vigencia y protección sea directa, por ello la misma norma les otorga las características de intocable, inviolable, intransmisible, limitado, por tanto, cuando una norma limite, restrinja o disminuya el efectivo goce de derechos se declarará inconstitucional.

El juez o jueza bajo ningún aspecto puede limitar el acceso a la justicia, la Constitución como norma suprema no le otorga el poder de determinar a su criterio si una vulneración es grave o no, la Corte Constitucional como guardián de la Constitución ha indicado que el juez no puede abstenerse de analizar una vulneración de derechos, si hay violación de derechos la gravedad es irrelevante, el actuar de los jueces debe estar supeditado al cumplimiento de las disposiciones constitucionales, entre las cuales se contempla que entre uno de los deberes más importantes del Estado se concibe la obligación de hacer respetar los derechos.

En base a lo indicado se ha sostenido que el último inciso vulnera derechos, y se ha realizado un análisis de cuándo puede considerarse afectado el núcleo del derecho, ahora corresponde realizar un examen de constitucionalidad para determinar qué derechos vulnera el artículo 10.

Para realizar el examen de constitucionalidad el punto de partida es la siguiente pregunta ¿El último inciso del artículo 10 de la LOGJCC es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva imparcial y expedita contenida en el artículo 75 y al derecho al defensa contenido en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución?

Respecto a la tutela judicial efectiva la Corte Constitucional ha manifestado que este derecho viabiliza todos los demás derechos constitucionales a través de un sistema jurídico institucional encargado de dar protección judicial en todas las materias, en condiciones de igualdad y equidad (Sentencia No. 1943-12-EP/19, pág. 8, párr. 44), este derecho busca la protección judicial durante el desarrollo de un proceso.

El artículo 10 en el último inciso si bien no priva el acceso a la justicia, contemplar la posibilidad de inadmitir la demanda por no cumplir con unos requisitos, no contemplados en la Constitución, es una restricción, específicamente cuándo nos referimos a las garantías jurisdiccionales que gozan de sencillez, lo cual implica que no existan trabas, que el camino para lograr la protección de un derecho no esté supeditado a formalismos.

Este derecho implica que los operadores de justicia tramiten la causa observando el debido proceso, pero alargar los términos en el desarrollo de un procedimiento que busca proteger derechos, impide que sea efectiva la rapidez de estos procesos. Pero también es necesario tener presente que el derecho a la tutela judicial efectiva busca la igualdad y equidad durante el proceso, y como se manifestó en líneas anteriores, tampoco se puede afectar el derecho a la defensa reconocido en la Constitución, si el juez tiene alguna duda sobre la pretensión del accionante manda a aclarar o completar y eso también le permite al accionado comprender claramente sobre lo que se le acusa, pero si del relato de la demanda no se identifica que derechos reclama como vulnerados y cuál es su pretensión, el accionado no contará con todos los medios para preparar su defensa. El hecho de que exista informalidad en estos procesos no implica que se pueda vulnerar el resto de derechos, el juez debe garantizar los derechos de ambas partes de forma imparcial y equitativa.

Si la Corte Constitucional mediante sentencias ha expuesto que los derechos tienen límites, podríamos concebir el núcleo de los derechos bajo la Teoría Relativa, pues la imposición de requisitos adicionales en la ley justifica la protección del derecho a la defensa que a su vez se convierte en el límite de la formalidad condicionada que posee el texto constitucional. Si bien en esta teoría la crítica radica en la complejidad para definir un derecho porque no todos los textos constitucionales lo hacen, en nuestro caso, el derecho a la defensa tiene su contenido delimitado en la propia norma, en el artículo 76 numeral 7 el Constituyente delimitó hasta las garantías que incluyen este derecho.

El ordenamiento jurídico desde la Constitución del 2008 contempla el principio de oralidad, y en los procedimientos de garantías jurisdiccionales pueden presentar su fundamentación así como la prueba en la audiencia porque la norma lo permite, frente a ello se podría contemplar la posibilidad de que la norma suprima el término para completar y así el juez convoque inmediatamente a audiencia, pero a consecuencia de ello el accionado quedaría desprovisto del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa, afectando así el derecho a la defensa y la igualdad de condiciones. (Sentencia No. 785-17-EP/22 , pág. 4, párr. 23).

El inciso cuya inconstitucionalidad se presume, señala que sólo cuando sea grave la vulneración de un derecho el juez debe continuar tramitando la causa, la palabra “grave” leída en sentido literal puede ser considerada inconstitucional por restringir la protección de los derechos, situación que no debería suceder en un Estado que reconoce y garantiza derechos, por ello es necesario revisar las normas constitucionales conexas que podrían verse afectadas por la palabra grave.

El artículo 3 numeral 1 de la Carta Magna establece que entre los principales deberes del Estado está garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (Constitución, 2008), por tanto, al ser la Función Judicial parte del Estado y una entidad que se encarga de administrar justicia a través de los jueces, le corresponde proteger estos derechos sin ejercer ninguna distinción o discriminación.

Uno de los principios que rige el ejercicio de los derechos está contemplado en el artículo 11 numeral 3 de la CRE (2008) que señala que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de inmediata y directa aplicación por y ante cualquier servidor ya sea judicial o administrativo ya sea de oficio o a petición de parte. Entonces, si la norma contempla que derechos y garantías pueden ser aplicadas de forma directa de oficio, los jueces deben cumplir con aquello sin limitación alguna, caso contrario la norma quedaría en el plano de la validez y no en la eficacia.

El artículo *ibidem*, también contempla que *“Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.”* (CRE, 2008, art. 11 núm. 3) la disposición manifiesta que no se exigen condiciones o requisitos adicionales a los de la Constitución que es la norma principal del ordenamiento, y como tal, teniendo el antecedente de ser garantista, con un Estado constitucional, sería contradictorio que estableciera parámetros para determinar que una vulneración pueda ser grave o leve.

La Constitución señala que será inconstitucional cualquier acción, que tenga un carácter regresivo que menoscabe, disminuya o anule el ejercicio de los derechos, a más de ello, el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos, pero al establecer una norma que supedita el acceso a una acción constitucional previo determinar si la vulneración del derecho es grave, no se está cumpliendo con la voluntad del pueblo ni garantizando la

prevalencia de la supremacía constitucional, entendiéndose que aquello implica que la norma constitucional es el pilar del ordenamiento jurídico.

Luis Prieto Sanchís en su obra *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial* señala que es razonable la lesión o limitación de un derecho cuando una ley está justificada, cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo (Pietro, pág. 63)

Si nos referimos a que existe una justificación a la limitación de un derecho, y esta procede como límite para proteger otro derecho, en este caso, no existe otro derecho con el que se pueda realizar una ponderación, únicamente se trata de una limitación literal al momento de categorizar el nivel de vulneración de un derecho por ello que se podría hablar de que es inconstitucional.

Como antecedente respecto a la gravedad, el Tribunal Constitucional en su momento, sostuvo que la gravedad del daño se determina cuando el efecto que ha de producir el acto ilegítimo es grande, cuantioso o casi permanente, es decir, cuando la declaración de voluntad del accionado produce o va a producir una lesión real en el derecho o los derechos del accionante o administrado y sus efectos son perjudiciales en gran medida.

Actualmente, el ente encargado de la interpretación y control constitucional es la Corte Constitucional, que al respecto, en la sentencia No. 2428-16-EP/21 ha enfatizado en que *las presuntas vulneraciones de derechos que se alegan a través de una acción de protección u otra garantía jurisdiccional no requieren tener el carácter de graves para ser tuteladas por las y los jueces constitucionales, salvo en el caso de la acción de protección en contra de particulares y las medidas cautelares(...)*(Sentencia No. 2428-16-EP/21, pág. 7, párr. 30)

La Corte establece que no se requiere que la vulneración sea grave para que el juez cumpla el papel de garante de derechos, basta la sola vulneración para que se proteja y tutele, pues ese es el fin de un estado garantista y constitucional. Sin embargo, establece una salvedad en los casos que se requiere determinar el carácter de gravedad y es únicamente en la acción de protección, cuando se presente contra particulares porque la LOGJCC establece los supuestos en los que procede y conforme el artículo 41 numeral 4 , son los siguientes: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. (LOGJCC, Art. 41, 2009)

De igual manera señala que debe tenerse en cuenta la gravedad cuando se trate de la solicitud de aplicación de medidas cautelares las cuales según el art. 27 del mismo cuerpo normativo se consideran graves cuando el acto u omisión pueda ocasionar daños irreversibles ya sea por la intensidad o por la frecuencia de la violación.

En la sentencia ibidem se establece que en consecuencia las y los jueces constitucionales no pueden abstenerse de analizar las vulneraciones de derechos que se alegan en la demanda de garantía jurisdiccional porque, a su criterio, estas no son graves. De acuerdo con el derecho al debido proceso en la garantía de motivación, es obligación de las y los jueces constitucionales analizar los hechos y las alegaciones de las partes de forma integral, con el fin de verificar si, en efecto, los actos u omisiones cuestionados producen vulneraciones de derechos que deban ser tuteladas y reparadas (Sentencia No.2428-16-EP/21, pág.7, párr. 31)

7.5. Parámetros para determinar la gravedad de la vulneración de derechos:

Respecto a la gravedad, la Corte Constitucional ha establecido categorías bajo las cuales se define la gravedad de una vulneración, siendo tres los supuestos que puede o no concurrir en un caso particular, la irreversibilidad del daño, la intensidad del daño producido por la potencial violación de derechos; o la frecuencia de la violación.

- Irreversibilidad: Se produce cuando el derecho no puede regresar al estado original a causa de la acción u omisión que vulnera el derecho.
- Intensidad: Cuando el daño es profundo, importante, como cuando produce dolor o su cuantificación es considerable o difícil de cuantificar.
- Frecuencia: Sucede habitualmente o incluso cuando se puede determinar un patrón en la violación. (Sentencia No. 832-20-JP/21, 2021)

Entonces, la gravedad es el daño o posible daño sobre un derecho constitucional, teniendo en consideración la naturaleza del derecho sobre el cual pesa la violación. Sin embargo, para que el juez pueda resolver aquello debe tener claridad en cuanto a los hechos y la consecuencia negativa que recae sobre el derecho de la víctima, lo cual sólo puede conseguir en la respectiva audiencia.

El inciso analizado establece que, si el accionante no completa la demanda, el juez continuará con el proceso sólo si considera grave vulneración, pero si nos centramos en el supuesto de que no aclaró los hechos, el trabajo del juez para determinar las categorías de la gravedad

quedaría en una suerte de suposición de los hechos por parte del juez para que a su criterio considere si debe continuar o no con la causa.

Los hechos redactados en la demanda deben tenerse como verdaderos en razón de la buena fe y el principio de favorabilidad, por ende, pese a existir parámetros para la graduación de la vulneración de un derecho, el juez debería convocar a audiencia para solventar dudas y determinar si efectivamente existe la posibilidad de una violación a un derecho y no archivar un proceso por no haber completado.

Con la finalidad de no afectar el derecho a la defensa del accionado al convocar a una audiencia sin tener claridad en la demanda por cuanto el accionante no ha completado, luego de escuchar a la presunta víctima, si el juez considera que del relato de los hechos puede existir una vulneración, podría suspender la audiencia para otorgarle al accionado el tiempo para que prepare su defensa en base a las nuevas aclaraciones, y de esa manera se evitaría que un derecho sea afectado.

La normativa constitucional, con fundamento en la norma principal debe estar diseñada en la misma línea de proteger y garantizar los derechos, pues los derechos fundamentales son las bases sobre las que se edifica un Estado Constitucional. Si bien el legislador ha creado normas bajo los principios del derecho procesal constitucional, existen disposiciones que contienen requisitos adicionales como el contenido de la demanda y términos adicionales, que parecerían contrarios al texto constitucional, sin embargo, en base a las consideraciones antes realizadas y tomando en consideración la teoría relativa, se determina que si bien los nuevos requisitos generan retardos en un proceso de garantía jurisdiccionales, son necesarios para proteger otros derechos constitucionales como lo son la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa.

Sobre la palabra “grave” se ha establecido parámetros que sirvan de guía para que los jueces determinen la gravedad, sin embargo, la palabra sí restringe el acceso directo a las garantías por ende es contraria a la esencia de la Constitución, limita la protección de los derechos, basta con la presunción de vulneración para que el juez cumpla su deber de tutelar los derechos en su totalidad y sin restricciones.

CAPÍTULO III: Aplicación de la acción pública de Inconstitucionalidad:**8. Acción Pública de Inconstitucionalidad. Requisitos:**

La creación de este mecanismo de acuerdo a la voluntad del Constituyente, tiene como finalidad velar por la conservación de la unidad y coherencia de los distintos cuerpos legales del ordenamiento jurídico con la norma constitucional, en consecuencia, ejercer el control abstracto de constitucionalidad para identificar si son contrarias a la Constitución y eliminar del sistema las incompatibilidades normativas ya sea por razones de fondo o de forma.

En un Estado constitucionalista la existencia de esta acción garantizará la vigencia de la fuerza y rigidez constitucional, así como de los derechos para que no sean restringidos o afectados por la emisión de normas que no responden a la voluntad normativa.

En el capítulo anterior se enfatizó que la palabra grave constante en el artículo 10 no guarda concordancia con el texto constitucional, y surge la necesidad de recurrir a la acción diseñada para reducir la diferencia entre las normas jurídicas y la realidad normativa de los derechos fundamentales. La creación de una acción requiere de regulación que determine en qué momento se puede activar la garantía, por ello, en aras de establecer pautas, el derecho procesal constitucional mediante la LOGJCC fija el contenido de la demanda, así como su respectivo procedimiento.

El artículo 79 de la LOGJCC (2009) señala que la demanda de inconstitucionalidad de una norma deberá contener los siguientes requisitos:

1. *Designación de la autoridad ante quien se propone*, es decir, los jueces de la Corte Constitucional
2. *Datos de identidad de la persona demandante.*
3. *Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; en el caso de colegislación a través de sanción, se incluirá también al órgano que sanciona.*
4. *Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales*
5. *Fundamento de la pretensión, que incluye:*
 - a) *Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance,*
 - b) *Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.*, al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que no basta solo con indicar que se presume que una norma es inconstitucionalidad, es necesario indicar porqué determinada

norma es incompatible, manifestando los derechos que se podrían ver afectados con la aplicación de la norma.

6. La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley., la suspensión de la disposición es una medida cautelar preventiva para evitar que la norma acusada siga siendo aplicada en casos concretos, y atente contra los derechos.

7. Casillero judicial, constitucional o correo electrónico para recibir notificaciones,

8. La firma de la persona demandante o de su representante, y de la abogada o abogado patrocinador de la demanda.

8.1. Procedimiento:

En cuanto al procedimiento, luego de presentada la demanda la sala de admisión dentro del término de quince días la admitirá y si no cumple los requisitos de la demanda mandará a corregir dentro del término de cinco días. Luego de admitirse, se realizará el respectivo sorteo para determinar el juez o jueza ponente que tramitará la causa, posterior a ello, dentro del término de diez días el órgano que emitió la disposición cuya inconstitucionalidad se demanda podrá formar parte del proceso para defender las disposiciones demandadas.

Durante el proceso, el juez ponente está facultado a invitar a otras entidades si considera necesario para que presenten un informe técnico sobre temas de relevancia que puedan ayudar en el análisis del caso pese a no ser partes procesales en la acción. (LOGJCC, 2009, art. 86)

Los jueces de la Corte también pueden presentar sus criterios sobre el caso hasta el vencimiento del término de veinte días contados a partir de las comparecencias públicas y oficiales (LOGJCC, art. 88, 2009), con la finalidad de ayudar al juez en la decisión. Una vez concluido el término, el juez ponente tiene el término de quince días para presentar el proyecto de sentencia sobre el cual se podrán presentar observaciones por parte de cualquier juez de la Corte dentro del término de cinco días. Luego de ello, se deberá emitir la respectiva decisión la cual será adoptada por mayoría absoluta es decir con cinco votos de los miembros de la Corte Constitucional, y en caso de que el proyecto de sentencia no hubiese sido aprobado se designará un nuevo juez o jueza ponente con la finalidad de que realice un nuevo proyecto.

El proceso por el que atraviesa una norma para saber si es o no contraria a la Constitución, tiene un grado de complejidad por cuanto el problema radica en eliminar una norma del sistema jurídico, o, darle la interpretación que se apague a la voluntad del legislador, quien al

momento de crear la norma se presume que lo hizo bajo el amparo y conexión de las normas constitucionales. Sin embargo, en el ánimo de proteger la norma dentro del ordenamiento por presumirse constitucional y mantenerla en el sistema, se ha previsto un procedimiento riguroso que permita analizar la norma desde distintos enfoques, y, en razón de ello se proporciona un tiempo adecuado para que el juez realice el examen de constitucionalidad.

Sin embargo, eliminar la norma del ordenamiento no es la única opción considerada, es de última ratio, la Corte Constitucional al ser el máximo intérprete puede atribuirle un significado de cómo debe entenderse la disposición, y únicamente cuando pese a la interpretación la norma siga afectando derechos y la supremacía constitucional será suprimida del sistema.

8.2. Acción Pública de Inconstitucionalidad en la legislación colombiana:

En Latinoamérica, Colombia es uno de los países que ha tenido innovaciones jurídicas que reflejan un progreso en cuanto a derechos, así como la protección de los principios que configuran la norma fundamental, dando cabida al surgimiento del constitucionalismo en el que los derechos sean exigibles en sede judicial para proteger plenamente el texto constitucional. En este sentido, la Acción Pública de inconstitucionalidad surge bajo dos finalidades, permitir fortalecer las bases democráticas con la participación de la ciudadanía en el control de las leyes, y, como mecanismo de garantía de la supremacía e integridad de la Constitución.

Tanto la Constitución colombiana como la ecuatoriana, con el ánimo de tutelar el principio de supremacía constitucional y la congruencia del ordenamiento han incluido esta acción, sin embargo, la expulsión de la norma es una medida extrema, de última instancia pues regirá el principio de buena fe del legislador durante el proceso de producción de la norma por ende se la norma se entiende válida.

La legislación colombiana, al crear su norma fundamental bajo el velo de la constitucionalidad, inserta normas que van acorde a esa realidad protectora y garantista surgiendo así una similitud normativa con la legislación ecuatoriana. Colombia, al igual que nuestro país, le otorga a la Corte Constitucional el deber de proteger la integridad y supremacía de la norma fundamental a través del control abstracto.

En el mismo sentido, el legislador le otorga el poder a la ciudadanía de ejercer un nuevo modelo de control político, por ende, cualquier ciudadano que considere que una disposición no es compatible con la Constitución, o delimite requisitos que desnaturalizan el eje constitucional, puede presentar la demanda cumpliendo los requisitos dispuestos.

El primer requisito es indicar con claridad las normas que se consideran inconstitucionales, es decir explicar las razones por las que se considera contraria la norma, luego de ello, el compareciente tiene que señalar las normas de rango superior que considera afectadas y las razones por las que cree que se vulnera la norma; si se trata de una inconstitucionalidad por la forma debe indicarse cuál es el vicio en el trámite, es decir la parte del proceso que no se cumplió; y, por último debe indicar las razones por las que la Corte es competente para conocer y resolver la demanda presentada.

El procedimiento que contempla la ley colombiana para esta demanda, es similar al ecuatoriano, pues una vez admitida a trámite por el Magistrado Sustanciador, si considera necesario puede disponer la práctica de pruebas en el mismo auto, y, en el caso colombiano también se le permite intervenir a otra entidad o persona para que presente sus argumentos a favor o en contra de la norma impugnada.

Posterior a ello, y luego de la respectiva evacuación de la prueba, se dispone el traslado al Procurador General de la Nación para que manifieste sus argumentos o consideraciones sobre el caso y concluido el término de treinta días que tiene para presentar su análisis, el juez sustanciador tiene que entregar un proyecto de sentencia que es entregado a los demás miembros de la Corte para que también realicen el estudio correspondiente del proyecto, posterior a ello, en el plazo de sesenta días la Sala debe emitir sentencia sobre la inconstitucionalidad de la norma demandada y por ende la permanencia de esta en el ordenamiento jurídico.

El proceso para declarar la inconstitucionalidad de una norma en Colombia es rígido por cuanto también pretende mantener vigente una norma que en principio fue producto de la voluntad del legislador que a su vez representa los ideales del pueblo, sin embargo cuando de la permanencia se desprenda vulneración de derechos, deberá atravesar por un procedimiento rígido que determine si es necesario que sea eliminada del sistema jurídico por cuanto también se considera que la expulsión de la norma debe ser de última ratio.

9. Análisis de Casos:

En nuestro ordenamiento han existido varias demandas por acción de inconstitucionalidad ya sea de fondo o forma, las cuales han sido resueltas por la Corte Constitucional, y estadísticamente un pequeño porcentaje de esas acciones han tenido un resultado positivo. Se realizará un estudio de dos casos que datan del año 2021 en los que la Corte Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad por el fondo de una frase que forma parte

de las disposiciones jurídicas por considerar que vulneran derechos, con la finalidad de determinar el criterio de la Corte Constitucional para declarar inconstitucional una norma.

Se analizará la Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS que resuelve la inconstitucionalidad del numeral 2 del artículo 150 del COIP, y la Sentencia No. 36-19-IN/21 planteada sobre respecto al inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo.

9.1. Sentencia No. 34-19-IN/21:

Tabla 1.

1. Antecedentes

Durante el año 2019 hasta el año 2021 se presentaron siete demandas de inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del COIP, demandas que fueron acumuladas, a continuación, el número de caso y los fundamentos esgrimidos en cada una de las demandas.

Número de caso	Fundamentación
N° 27-21-IN	Las accionantes sostienen que la exclusión de mujeres y niñas que han sido violadas de las causales de no punibilidad figura una discriminación, realizan un test de proporcionalidad para determinar si la diferencia que establece la ley entre las mujeres víctimas de violación que padezcan una discapacidad mental y las que no, es proporcional, y señalan que esta distinción entre mujeres con discapacidad mental y sin discapacidad es irrazonable e lógica porque en ambos casos se produjo una relación sexual sin su consentimiento, y genera los mismos resultados.
N° 25-21-IN	La accionante afirma que interdependientemente de la condición de la mujer, el resultado de una violación es un embarazo no deseado y eso puede convertirse en una situación de revictimización, por tanto, el hecho de establecer una distinción en el COIP es discriminatorio.
N° 23-21-IN	Los accionantes indican que la norma que se impugna vulnera el derecho a la vida digna, el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación se ve afectado por establecer una distinción irracional entre mujeres con

	<p>discapacidad mental y mujeres sin discapacidad, y concluyen que también se trata de una discriminación, forzar a una mujer para que acepte el embarazo luego de una violación es una violencia tortuosa y se revictimiza a la mujer.</p>
<p>N° 115-20-IN</p>	<p>Las accionantes argumentan que forzar a una mujer a tener a un hijo producto de una violación es una imposición de la maternidad que vulnera la vida digna, integridad personal, decidir sobre su salud y vida reproductiva. Sostienen además que cualquier distinción estereotipada que se haga es inconstitucional y se vulnera el principio de igualdad y no discriminación, en base a un test que realizan, concluyen que el trato desigual no es razonable por no cumplir con los parámetros de adecuación, necesidad y proporcionalidad.</p>
<p>N° 109-20-IN</p>	<p>Las accionantes alegan que, en la historia del derecho penal, los códigos penales siempre han castigado la sexualidad femenina primando la sexualidad activa de los hombres. Manifiestan que la distinción que se hace no persigue un fin constitucional válido, y que no cumple con el test de proporcionalidad vulnerando así el derecho a la igualdad y no discriminación, integridad personal y una vida libre de violencia, y concluyen indicando que la distinción generada en el numeral 2 del artículo 150 del COIP “genera una estigmatización de las personas con discapacidad mental”, por tener un fin eugenésico.</p>
<p>N° 105-20-IN</p>	<p>Las accionantes solicitan que la frase “que padezca de discapacidad mental” sea declarada inconstitucional por atentar la igualdad formal y material y otros derechos, indican además que la frase es incompatible con la protección a la no revictimización porque la penalización del aborto aumenta el sufrimiento de las mujeres y les obliga a buscar lugares clandestinos poniendo en riesgo su salud.</p>
<p>N° 34-19-IN</p>	<p>Las accionantes sostienen que se debe declarar inconstitucional la frase “que padezca de discapacidad mental” y solicitan que “por el principio de unidad normativa”, después de la frase “una mujer que ha consentido en ello” del artículo 149 del COIP, debería incluirse: “excepto en caso de violación, incesto, malformación grave del feto y embarazo por inseminación forzada”, pues consideran que esas situaciones son graves irrupciones en la vida de una</p>

	mujer, y que mantener el aborto como una conducta punible vulnera el derecho a la igualdad formal y material por ser discriminatoria la distinción que se establece.
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Nota. Elaboración propia. Información obtenida de la sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS

2. Derechos vulnerados

Los derechos y principios que se consideraron vulnerados por aplicar el artículo 150 numeral 2, son el principio de proporcionalidad, derecho a la integridad personal, derecho al libre desarrollo de la personalidad, a decidir sobre su vida reproductiva, a elegir su orientación sexual, a la igualdad formal y material y el principio de igualdad y no discriminación en razón de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente que menoscabe el goce o reconocimiento de los derechos. (Sentencia No. 34-19-IN)

3. Resolución de problemas jurídicos

El primer problema jurídico planteado se sustentó en la siguiente pregunta ¿La sanción penal hacia mujeres víctimas de violación que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental es una pena proporcional? Para responder esta pregunta la Corte Constitucional identificó los bienes jurídicos protegidos por el legislador, como lo es la vida del nasciturus, luego de ello analiza la protección del nasciturus y el derecho a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual, considerando a los derechos constitucionales jerárquicamente iguales, indivisibles e interdependientes.

La Corte señala que el derecho a la vida está protegido en el artículo 45 de la Constitución al establecer que el Estado debe garantizar la vida y el cuidado desde la concepción, en el mismo sentido, la CADH establece el respeto que debe tenerse a la vida desde el momento de la concepción, y manifiesta además, que los derechos son de igual jerarquía, por ello a pesar de que se proteja la vida desde su concepción debe realizarse un interpretación sistemática teniendo en cuenta también los derechos que tienen las mujeres que han sido víctimas de una violación, lo cual implica que la justificación del núcleo del derecho tiene como límite otro derecho, como lo sostiene la teoría relativa.

Como consecuencia del acto dañino, es posible que exista un embarazo no deseado que al continuar forzosamente incrementa los trastornos emocionales y psicológicos que conllevan a la depresión, humillación y estigmatización a las víctimas, efectos que recaen sobre la víctima y su familia. En este sentido, la Corte ha sostenido que la maternidad forzada atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva de las mujeres porque se ven coartadas en su libertad para ejercer libremente su sexualidad.

Para determinar si la sanción es proporcional, se analiza si la medida tiene un fin constitucionalmente válido, el cual ha sido identificado como la protección del nasciturus, pero que con ello no basta, el siguiente parámetro es la idoneidad, sobre la cual se concluye que la sanción conduce a lograr el fin válido, pero se promueve a que muchas mujeres se realicen procedimientos de aborto de forma clandestina por tanto no consigue el fin propuesto.

Respecto al parámetro de necesidad, efectivamente existen otras medidas menos gravosas que la pena privativa de libertad para proteger al nasciturus, las medidas para evitar la interrupción voluntaria del embarazo deben estar focalizadas a erradicar la violencia contra la mujer eliminando estereotipos de género relacionados a consideraciones de inferioridad de la mujer, cuestión que tampoco se consigue con la medida impuesta.

Y, finalmente sobre la proporcionalidad en estricto sentido, se determina que lo que se gana con la sanción no representa lo que se pierde al permitir que el Estado constitucional, ponga en detrimento los derechos a la integridad personal, autonomía sexual y reproductiva en contra de las mujeres que han sido víctimas de una violación, pues pese a que son víctimas de una violación también se les restringe su derecho constitucional.

Luego de realizar el análisis de proporcionalidad la Corte se plantea si el artículo 150 numeral 2 del COIP es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental, y concluye manifestando que en efecto esta diferenciación atenta contra la igualdad y no discriminación al proponer diferentes consecuencias penales, identifica que no existe una justificación para la existencia del trato diferenciado pues en ninguno de los dos casos medió el consentimiento de las mujeres y determina que la frase es inconstitucional.

4. Decisión

La Corte declara la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal en la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental” y se dispone a la Defensoría del Pueblo que prepare un proyecto de ley que regule la interrupción

voluntaria del embarazo en casos de violación para que dicho proyecto sea discutido en la Asamblea Nacional para su aprobación.

Análisis

En el caso en cuestión se realiza un control abstracto de constitucionalidad, examina la norma impugnada frente a la Constitución, y se pronuncia sobre los argumentos sostenidos por los demandantes. La Corte realiza una interpretación sistemática de las normas para determinar los derechos que están en riesgo de vulneración, pues están en peligro tanto los derechos del nasciturus como los derechos de la mujer en cuanto a su integridad, lo cual puede ser concebido desde un enfoque de la teoría relativa del núcleo del derecho porque se contempla la existencia de un límite para un derecho, siendo éste, otro derecho, por tanto, no se concibe al derecho con absoluto sino bajo una justificación.

Para realizar el examen de constitucionalidad, se requiere identificar la norma y contrastar con derechos que pueden ser vulnerados si se aplica la disposición, en el caso en concreto, se ha determinado principalmente el derecho a la igualdad y no discriminación como el derecho afectado, no sólo se afecta la parte periférica de esos derechos sino su núcleo. Esos derechos, se encuentran ligados a otros derechos que han sido tratados en la sentencia, pues la protección de un derecho también garantiza otro derecho.

En razón del garantismo que figura la Constitución, y de que la propia jurisprudencia ha establecido que los derechos tienen límites, es necesario todo el análisis llevado a cabo por la Corte para determinar la inconstitucionalidad de la frase, la cual sí restringía y limitaba los derechos de las mujeres que sean víctimas de violación, cayendo en el ámbito de la discriminación, cuestión que no está permitida ni en la Constitución ni en instrumentos internacionales.

9.2. Sentencia No. 36-19-IN/21:

1. Antecedentes

La demanda es interpuesta por Alejandra Elizabeth Bailón Zúñiga y Wilson Alfredo Cacpata Calle el 12 de agosto de 2019 por considerar que la frase “posteriores al parto” contenida en el inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo es inconstitucional por vulnerar el derecho a la igualdad y no discriminación, por establecer una diferencia entre las mujeres en período de lactancia sujetas al Código de Trabajo y servidoras públicas sujetas a la LOSEP. Los accionantes argumentan que la disposición impugnada produce un trato diferenciado

entre trabajadoras del sector público y del sector privado, y ello conlleva a la existencia de un trato privilegiado para los hijos de las servidoras sujetas a la LOSEP

2. Derechos vulnerados

Los derechos que se han considerado vulnerados son el derecho a la igualdad formal y material y el principio de igualdad y no discriminación en razón de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente que menoscabe el goce o reconocimiento de los derechos (Sentencia No. 36-19-IN/21, pág.2, párr.7)

3. Resolución de problemas jurídicos

El análisis surge entorno a la siguiente pregunta ¿El inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación, previsto en los artículos 66 numeral 4 y 11 numeral 2 de la Constitución? , y como resultado de su análisis afirma que el derecho y principio a la igualdad, consagrado en la Constitución en el artículo 66 numeral 4 y artículo 11 numeral garantiza que todas las personas son iguales ante la ley y nadie puede ser discriminado por ninguna razón, y es deber del Estado proteger este derecho. Indica que existe una discriminación cuando el trato desfavorable contenido en la norma implica distintas consecuencias jurídicas, siendo una consecuencia desfavorable la que recae sobre un sujeto que se encuentra en la misma condición.

La Corte realiza un test de proporcionalidad para determinar si la medidas cumplen con los parámetros, respecto al fin válido sostiene que no existe una razón objetiva para establecer una diferenciación del período de duración entre servidoras públicas y las servidoras sujetas al Código de Trabajo, y ante la falta de un fin constitucionalmente válido, ya no realiza un análisis de la necesidad, idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto, y concluye indicando que la norma transgrede el derecho a la igualdad y no discriminación.

4. Decisión

La Corte Constitucional resuelve declarar la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “posteriores al parto” del inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo y determinar lo que la norma deberá decir a fin de garantizar la igualdad, y establece que en su lugar deberá decir: “Art. 155.- Guardería infantil y lactancia [...] Durante los doce (12) meses a partir de que haya concluido su licencia por maternidad, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria”.

Análisis

Para determinar si la norma es inconstitucional, es necesario observar si el derecho o principio está siendo afectado por la vigencia de la disposición, y posteriormente se realiza el test de proporcionalidad, que es definido como la conformidad de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí, la ponderación es la consideración peso y cuidado entre dos puntos que se contraponen” (Nuñez, 2011)

El test es una herramienta que viabiliza determinar si una disposición es o no inconstitucional porque permite dilucidar si existe colisión entre los derechos y establecer el límite de un derecho para que el otro derecho no se vea afectado y poder establecer un equilibrio. Si bien la normativa se concibió bajo el paradigma del neoconstitucionalismo y con una norma fundamental totalmente garantista, ante la existencia de varios derechos, surgen también límites para evitar que la protección de uno implique la vulneración de otro derecho.

El núcleo del derecho a la igualdad y no discriminación comprende que todos los ciudadanos ante un mismo hecho gozan del mismo privilegio, si los mismos sujetos se encuentran en situaciones análogas, no procede un trato diferente, y en este caso la norma que separa a las trabajadoras del sector público y el sector privado tiene consecuencia sobre los hijos de las servidoras públicas porque no se le concede el mismo privilegio para las otras madres. Consecuentemente, también se encuentra afectado el derecho a la lactancia que es un derecho natural del niño para su desarrollo y crecimiento, y este derecho para ser efectivo no distingue entre hijos de servidoras públicas o privadas sino es aplicable para todos los niños, por tanto si se aplica una interpretación sistemática, teniendo presente que la vulneración de un derecho puede conllevar la vulneración de otro, la distinción que realiza la ley vulnera derechos y en consecuencia es contraria a la norma fundamental.

Para declarar la inconstitucionalidad de una norma debe existir la certeza de que esa es la única medida que se puede tomar para evitar las vulneraciones de derechos, y como se vio en este caso, a más de declarar inconstitucional la frase, para enmendar el error del legislador, estableció el contenido que debe tener la norma, ejerciendo desde cierto punto una facultad que solo se le corresponde al legislador, sin embargo, la Corte lo hace a fin de garantizar los derechos.

A lo largo del trabajo se planteó la hipótesis de la existencia de una contradicción entre la normativa constitucional y la ley sobre la posibilidad de plantear una acción de inconstitucionalidad sobre el contenido de la demanda y el último inciso del artículo 10 de la LOGJCC en cuanto al término concedido para completar la demanda, por ser una limitante

para la protección inmediata de un derecho porque no garantiza la rapidez de las garantías jurisdiccionales sino retarda el proceso, sin embargo, en aras de garantizar el derecho a la defensa es necesaria la regulación impuesta por el legislador.

En cuanto a la gravedad de una vulneración como factor determinante para que el juzgador continúe con la tramitación de la causa, es necesario precisar que nos encontramos en un Estado constitucional que contempla varias normas a fin de proteger los derechos, que gozan de igualdad jerárquica, por tanto los jueces al ser garantes de derechos tienen el deber de velar por la aplicación directa de las normas constitucionales, sin que medio restricción alguna, por ello no debería formar parte de la norma la palabra grave por ser restrictiva, para que el juzgador trámite un proceso, basta con la sola vulneración para activar la administración de justicia.

Conclusiones

En relación con el objetivo planteado en este trabajo de investigación y luego del análisis teórico y práctico que se efectuó se llega a las siguientes conclusiones:

Las garantías jurisdiccionales son instrumentos jurídicos que garantizan la aplicación y protección de los derechos y las normas constitucionales, ante las cuales puede recurrir cualquier persona cuando consideren que su derecho está siendo limitado o vulnerado.

En primer lugar, luego de analizar las normas procesales contenidas en la LOGJCC y las disposiciones del artículo 86 de la Constitución respecto a las garantías jurisdiccionales se ha determinado que la ley contiene requisitos y términos adicionales a los que la norma suprema no se refiere, como los requisitos de la demanda, y el término para aclarar o completar la demanda, disposiciones que atentan la naturaleza de rapidez y sencillez y por ende el principio de informalidad de la Constitución.

Segundo, luego de analizadas las normas de aplicación de garantías jurisdiccionales de la LOGJCC, se encontró una disposición restrictiva de derechos, es el último inciso del artículo 10 que concede un término de tres días para completar una demanda, lo cual evita la rapidez de las acciones, sin embargo, permite que se garantice el derecho a la defensa por cuanto el accionado cuenta con los medios necesarios para plantear su defensa en base a hechos sólidos, de cuyo relato se pueda vislumbrar los hechos y el derecho presuntamente agraviado.

La gravedad sobre la que se refiere el segundo inciso, restringe la voluntad del Constituyente manifestada en la Constitución, pues ni la norma fundamental condiciona que la tramitación de una causa dependa del criterio de un juez para determinar si una vulneración de derechos es grave, todos los derechos fundamentales son justiciables y el juez para cerciorarse de la gravedad debe convocar a audiencia para escuchar al accionante si de su relato existe o no vulneración de derechos, no se requiere que sea grave una afectación para que el juez tramite la causa, basta con la sola presunción de una afectación al derecho para que el juez actúe como garante de los derechos.

En tercer lugar, luego de analizadas las normas cuya inconstitucionalidad se presume, respecto a la palabra grave, puede ser objeto de un control abstracto realizado por la Corte Constitucional por ser restrictiva y vulnerar las normas constitucionales, y su permanencia puede generar vulneraciones en casos concretos. Sin embargo, teniendo en cuenta los principios sobre los que se rige el control constitucional, y la presunción de constitucionalidad

de las disposiciones jurídicas, basta con la interpretación en la que la Corte establezca la perspectiva bajo la cual debe entenderse la palabra grave para que el artículo no sea reformado.

Recomendaciones

En relación a los resultados de la investigación, al presumirse la inconstitucionalidad del último inciso del artículo analizado en cuanto a declarar inconstitucional la palabra “grave”, se recomienda una acción de inconstitucionalidad para que la Corte delimite e interprete como debe entenderse la palabra grave, pues el Estado concibe a todos los derechos jerárquicamente iguales, y el juez al ser garante no puede limitar un derecho únicamente según su criterio.

Respecto al mismo artículo, a fin de evitar limitar el acceso a la justicia y la inadmisión de una demanda por no cumplir con los requisitos, se podría considerar que se incluya en el último inciso del artículo 10 un texto que indique que el juez deberá convocar a audiencia a pesar de que el accionante no complete la demanda, por cuanto nos encontramos en un sistema garantista y oral que tiene como base la Constitución, que a su vez está diseñada bajo el principio de informalidad en cuanto a protección de derechos.

Referencias

- Abad, S. (2022) La procedencia de la Acción de Protección contra particulares en el Ecuador *Revista Iuris Dictio* DOI. <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v29i29.2376>
- Aguilera, R y Lopez, R (2011) Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos *Los derechos fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi ferrajoli*, 64-65. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/4.pdf>
- Arcentales Illescas, J., Humana, M., Garbay Mancheno, S., Humanos, D., Pinto, S. S., Constitucional, D., Chávez Núñez, G., Aguilar, S., y Comunicación, M. (s/f). El reto de la protección de los derechos de las personas en movilidad humana. *Efectividad de las garantías jurisdiccionales Javier Arcentales Illescas, coordinador Serie Cuadernos de Protección Volumen 2.* Acnur.org. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/2014/9962.pdf>
- Ávila, L (2016). Garantismo y Estado constitucional en la Constitución del Ecuador para el siglo XXI a propósito de principia iuris <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Dialnet-GarantismoYEstadoConstitucionalEnEstadoDeEcuadorPa-7104939.pdf>
- Ávila, R (2011). Del amparo a la acción de protección jurisdiccional. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla.*(27) pp.96 <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n27/v5n27a6.pdf>
- Bravo, C (2011) Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I-II
- Código Orgánico de la Función Judicial (2009, 09 de marzo). Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento Nro. 544
- Colombo, Juan. (2002). "Funciones del derecho procesal constitucional", en *Revista Ius et Praxis*, año 8, N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, Chile, p. 12.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Constituyente. Registro Oficial Nro. 449.
- Constitución Política de la República del Ecuador. (1998, 11 de agosto). Asamblea Nacional Constituyente. Decreto Legislativo No. 000. RO/
- Convención Americana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969) <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Cordero, D y Yépez, N (2015) https://www.inredh.org/archivos/pdf/manual_tecnico_critico.pdf

- Corte Constitucional para el período de transición (Ed. Montaña, J). (2011). Apuntes de derecho procesal constitucional.
<http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/local/File/Apuntes%20de%20derecho%20procesal%20constitucional%201.pdf>
- Costaín, M (2019). Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador.
<https://colloquiumbiblioteca.com/index.php/web/article/view/21/21>
- Cruz, A. (2022) La Corte Constitucional del Ecuador (CCE): límite de funciones estatales y ciertas críticas. *Revista de Derecho, IURIS DICTIO* file:///C:/Users/ASUS/Downloads/ID+2540.pdf
- Del Rosario, M. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances
- Díaz, E (2015) Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín* DOI: 10.22395/ojum.v15n30a1
- Ferrajoli, L (2012). El constitucionalismo entre principios y reglas. Concepciones del constitucionalismo, 792. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47457/1/Doxa_35_33.pdf
- Gómez, R. (2022) El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica. *Revista de Derecho, FORO*. file:///C:/Users/ASUS/Downloads/13241%20(4).pdf
- Grijalva, A. (2008) La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías *La carta de derechos y garantías. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales*
<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/41908.pdf>
- Guerrero, J. (2011) Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad. Apuntes de derecho procesal constitucional
http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes_3/Apuntes_derecho_proc esal_constitucional_3.pdf
- Gutiérrez, I. (2014) La acción de inconstitucionalidad en México Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la. [Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra].
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/247510/ticgz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009, 22 de octubre). Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento Nro. 52

- López, E. (2011). Inconstitucionalidades de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y otras falacias jurídicas. *Ius Humani*, 2, 211-234. <https://doi.org/10.31207/ih.v2i0.18>
- López, S (2022). El modelo de control concreto de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008. *Revista de Derecho, FORO*. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.2>
- López, S. (2019) Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, 1(41), 221–247 DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13946>
- Moreno, S. (2012). La inferencia de la garantía del contenido esencial en la Constitución ecuatoriana del 2008. [file:///C:/Users/ASUS/Downloads/T1118-MDE-Moreno-La%20inferencia%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ASUS/Downloads/T1118-MDE-Moreno-La%20inferencia%20(1).pdf)
- Moreno, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a6.pdf>
- Nino, S. (2005) Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, p. 1-7. <https://www.studocu.com/es-mx/document/instituto-tecnologico-de-el-salto/maquinas-electricas/4-carlos-santiago-nino-etica-y-derechos-humanos-1-33/16902093>
- Nisimblat, N. (2012) Derecho Procesal Constitucional y Derecho probatorio Constitucional en Colombia. *Estudios constitucionales*, 10 (2). <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Texto%20tesis%203.pdf>
- Nogueira, H. (2009). El derecho Procesal Constitucional a inicios del siglo XXI en América latina. *Estudios Constitucionales*, 7(1). <https://doi.org/10.4067/s0718-52002009000100002>
- Nogueira, H. (2010). Reflexiones sobre el derecho procesal constitucional en América Latina. *Estudios Constitucionales*, 2(2). <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Dialnet-ReflectionsOnConstitutionalProceduralLawInLatinAme-5007527.pdf>
- Nuñez, G. (2011). Gesetnes. <https://gesetnes.wordpress.com/2011/10/09/analisis-al-test-de-proporcionalidad/>
- Orozco, V. (2011) La fuerza Normativa de la Constitución frente a las Normas Preconstitucionales. [Tesis doctoral, Universidad de Castilla - La Mancha]. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=MZGEbQFF6L0%3D>

Prieto, L (2007) Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Editorial Palestra.

Quiroga, A (s/f). La Justicia Constitucional
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084697>

Real Academia Española. (s.f.). Garantía. En Diccionario de la lengua española.
<https://dpej.rae.es/lema/garant%C3%ADa>

Rojas, F (2018) La garantía jurisdiccional de aplicabilidad directa de derechos fundamentales en la constitución Boliviana

Sagüés, N. (1989). Derecho procesal Constitucional. Recurso extraordinario

Salazar, J. La Garantía del contenido es esencial de los derechos fundamentales.
<file:///C:/Users/ASUS/Downloads/18503-Texto%20del%20art%C3%ADculo-73328-1-10-20170525.pdf>

Sentencia No. 1943-12-EP/19 (2019, 25 de septiembre) Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, J.P).

Sentencia No. 195-14-SEP (2014, 06 de noviembre) Corte Constitucional del Ecuador (Wendy Molina, J.P).

Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados (2021, 28 de abril) Corte Constitucional del Ecuador (Karla Andrade, J.P).

Sentencia No. 36-19-IN/21 (2021, 22 de septiembre) Corte Constitucional del Ecuador (Karla Andrade, J.P).

Sentencia No. 785-17-EP/22 (2022, 01 de junio) Corte Constitucional del Ecuador (Carmen Corral, J.P).

Sentencia No. 832-20-JP/21, 2021 (2021, 21 de diciembre) Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, J.P).

Sentencia Nro. 018-15-SIN-CC (2015, 03 de junio). Corte Constitucional del Ecuador

Sentencia Nro. 108-15-SEP-CC (2015, 08 de abril) Corte Constitucional del Ecuador

Sentencia Nro. 2428-16-EP/21 (2021, 02 de junio) Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, J.P).

Sentencia Nro. 994-12-EP/2020 (2020, 09 de diciembre) Corte Constitucional del Ecuador (Hernán Salgado, J.P).

Sentencia Nro.002-15-SIN-CC (2015, 28 de enero). Corte Constitucional del Ecuador.

Sentencia Nro. 010-15-SIN-CC (2015, 31 de marzo). Corte Constitucional del Ecuador (Patricio Pazmiño, J.P).

Sentencia Nro. 40-16-IN/21 (2021, 02 de junio). Corte Constitucional del Ecuador (Enrique Herrería, J,P).

Sentencia Nro. 010-13-SIN-CC (2013, 25 de septiembre). Corte Constitucional del Ecuador (Patricio Pazmiño, J.P).

Sentencia Nro. 003-14-SIN-CC (2014, 17 de septiembre). Corte Constitucional del Ecuador (Jaime Pozo, J.P).

Storini, C , Masapanta, C y Guerra, M (2022) Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje. *Revista de Derecho FORO: Control de constitucionalidad y convencionalidad en el contexto global (38) 8-25* file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Dialnet-ControlDeConstitucionalidadEnEcuador-8547920.pdf

Taylor, H. (2011) Diez casos de inconstitucionalidad *Derecho Ecuador*. <https://derechoecuador.com/diez-casos-de-inconstitucionalidad/>