



**HAL**  
open science

## Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

Claudia Storini

► **To cite this version:**

Claudia Storini. Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, Nov 2012, Madrid, España. pp.645-662. halshs-00874673

**HAL Id: halshs-00874673**

**<https://shs.hal.science/halshs-00874673>**

Submitted on 18 Oct 2013

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Actas  
Congreso  
Internacional  
América  
Latina:  
La autonomía  
de una región

XV Encuentro de  
Latinoamericanistas  
Españoles

Actas del Congreso Internacional “América Latina: La autonomía de una región”, organizado por el Consejo Español de Estudios Iberoamericanos (CEEIB) y la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), celebrado en Madrid el 29 y 30 de noviembre de 2012.

Editores:

Heriberto Cairo Carou, Almudena Cabezas González, Tomás Mallo Gutiérrez, Esther del Campo García y José Carpio Martín.

© Los autores, 2012

Diseño de portada: [tehura@tehura.es](mailto:tehura@tehura.es)  
Maquetación: Darío Barboza  
Realización editorial: Trama editorial  
[trama@tramaeditorial.es](mailto:trama@tramaeditorial.es)  
[www.tramaeditorial.es](http://www.tramaeditorial.es)  
ISBN-e: 978-84-92755-88-2

# DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Claudia Storini<sup>1</sup>

## Resumen

Las nuevas constituciones latinoamericanas imponen nuevos paradigmas en lo que concierne a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, y como no podía ser de otra manera, lo hacen igualmente respecto de las garantías que los tutelan. Este artículo analiza las tensiones que se generan en la denominada aplicación directa de la Constitución y sus significaciones en el plano operativo (obligaciones para jueces y demás autoridades y funcionarios públicos); realiza un estudio de las garantías jurisdiccionales existentes en el nuevo constitucionalismo y advierte de los peligros que implica una interpretación errada de la naturaleza de estas acciones

## Introducción. La necesidad de las garantías de los derechos fundamentales.

Todos los ordenamientos modernos añaden al reconocimiento constitucional de los derechos diversos mecanismos de protección de los mismos, que se configuran como elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica. En este sentido, la misma capacidad de los derechos para vincular la actuación de los agentes jurídicos y políticos y consolidarse como fundamento real de la constitución material de una sociedad dependerá siempre, en última instancia, de la perfección de sus mecanismos de protección.

En relación con la experiencia latinoamericana la doctrina ha reconocido en el proceso constituyente colombiano de 1991 la primera manifestación constituyente que define un punto de inflexión en la evolución constitucional, no sólo latinoamericana sino mundial<sup>2</sup>. En la Constitución colombiana aparecen, aún de forma imperfecta pero claramente reconocible, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán los procesos constituyentes ecuatoriano de 1998, venezolano de 1999, boliviano de 2006-2009 y, de nuevo, Ecuador en 2007-2008; y que, sin duda, nos permiten hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Uno de los nuevos rasgos que diferencian claramente estas Constituciones con respecto a las anteriores es sin duda el establecimiento de nuevos mecanismos para la justiciabilidad de los derechos. Las singularidades más destacable están contenidas en las nuevas constituciones de Ecuador y de Bolivia.

Por lo que respecta a Ecuador en general puede afirmarse que, en comparación con la Constitución de 1998, el nuevo texto constitucional amplía y fortalece el complejo entramado de garantías de los derechos; incrementando, por una parte, los instrumentos de defensa de los mismos y especificando y desarrollando, por otra, el contenido de las garantías ya existentes en la anterior Constitución<sup>3</sup>. Sin embargo, el nuevo texto constitucional boliviano no aporta cambios trascendentales en el entramado de garantías de los derechos previsto en la Constitución de 1967 (CPB).

La característica más destacada de ambas Constituciones es que en ellas ya no se establece una gradación respecto de la protección de los derechos y libertades. Todos los derechos gozan de un idéntico régimen de protección jurídica reforzada que se logra a través de garantías normativas o abstractas, jurisdiccionales o concretas e institucionales que pueden así sintetizarse:

- Procedimiento agravado de reforma constitucional (artículo 441 Constitución de la República del Ecuador, CRE y artículo 411 CPB).
- Reserva de ley ordinaria en el caso de Bolivia y orgánica en el de Ecuador para la regulación de los derechos constitucionales (artículos 132 y 133 CRE y artículo 109, apartado II, CPB).
- Obligación del legislador de respetar el contenido esencial de estos derechos (artículo 11.4 CRE).
- Garantías normativas (artículo 84 CRE)
- Las garantías de políticas públicas, prestación de bienes y de servicios orientados a hacer efectivos todos los derechos y de su formulación y control ciudadano (artículo 85 CRE).

<sup>1</sup>Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra (España), Coordinadora del Doctorado en Derecho y Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador).

<sup>2</sup>Roberto Viciano y Rubén Martínez, "El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, Valencia, n. 13. 2005. pp. 55-68.

<sup>3</sup>Juan Montaña Pinto, "Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales" en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (eds), *Apuntes de derecho procesal constitucional*, Tomo 2, Corte Constitucional-CEDEC, Quito, 2011, pp. 23-36.

- Vinculación directa de todos los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legislativo previo (artículo 11.3 CRE y artículo 410 CPB).
- Previsión de un procedimiento preferente y sumario para la protección jurisdiccional de todos los derechos, de una reparación integral y de instrumentos para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia o resolución (artículo 86 CRE y artículos 128 y ss. CPB).
- Previsión de unas acciones en garantías de determinados derechos que el constituyente de Ecuador define como de protección, de hábeas corpus, de hábeas data, por incumplimiento y de acceso a la información pública (artículos 88 y ss. CRE) y el de Bolivia como de libertad, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento (artículos 125 y ss. CPB).
- Posibilidad de promover una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional para la protección de los derechos reconocido en la Constitución (artículo 94 CRE).
- Carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías (artículo 436.6 CRE)
- Revisión por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional de todas las acciones (artículo 202.6 CPB).

Hay que tener en cuenta, además, que todos los derechos gozan de otras garantías. Estas son: en primer lugar, la protección que supone la existencia de una Corte Constitucional con capacidad para enjuiciar la conformidad de las leyes con los preceptos constitucionales relativos a derechos y libertades, por medio del control de constitucionalidad de las leyes. En segundo lugar, la vinculación de todos los jueces y tribunales ordinarios a los derechos y garantías constitucionales, y, en especial, a realizar una interpretación de las normas infraconstitucionales favorable a los derechos constitucionales. En tercer lugar, a institución de la Defensoría Pública o Defensor Público y la Defensoría del Pueblo (artículos 191 y ss., artículos 214 y ss. CRE y artículos 218 y ss. CPB). Y, por último, La institución del la Fiscalía General del Estado (artículos 194 y ss. CRE) o Ministerio Público (artículos 225 y ss. CPB).

La visión de conjunto de las garantías prevista en ambas constituciones, demuestra que, bajo el parámetro de la extensión de los mecanismos de protección de los derechos, la Constitución de Ecuador representa un modelo ejemplar. No obstante, será necesario analizar si —y hasta qué punto— este modelo ejemplar de garantías logrará ser realmente efectivo y, en su caso, cuáles podrían ser las interpretaciones del dictado constitucional que pueden favorecer dicha efectividad.

El conjunto de garantías señaladas comprende distintos mecanismos de diversa índole. En relación con su naturaleza estos mecanismos pueden catalogarse en dos grandes grupos.

646

En el primero se inscriben todos aquellos que atienden, en abstracto, a evitar que la actuación de los poderes públicos pueda causar un desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales, o en un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a dichos derechos. En razón de este carácter general y abstracto estos mecanismos se han denominado garantías genéricas, abstractas o normativas. Su finalidad fundamental es evitar que las normas de rango inferior a la Constitución que desarrollan los derechos fundamentales despojen a éstos del contenido y de la eficacia que la Constitución le ha otorgado. Se trata de garantías cuyo destinatario no es el individuo, aunque éste puede utilizarlas o invocarlas si conviene a su derecho sino los poderes públicos.

En el segundo grupo se inscriben mecanismos que tienen un carácter distinto y que podría definirse como “reactivo”, esto es, mecanismos que se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que éste considere que se ha producido una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellos y obtener el restablecimiento o la preservación del mismo. Su objeto no es por tanto prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general, intente menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos. En el Estado de Derecho esta reacción, normalmente, tiene lugar instando la actuación de los órganos judiciales y por ello los instrumentos que la posibilitan se agrupan bajo la denominación de *garantías jurisdiccionales* o *procesales específicas*.

Algunos autores se refieren a la existencia de un tercer tipo de garantías, las institucionales, que a su vez también pueden ser genérica y específicas. Las genéricas las constituyen los medios de control parlamentario de la acción de gobierno y el derecho de petición, allí donde exista; mientras se hablaría de garantía institucional específica en el caso, por ejemplo, del Defensor del Pueblo o Defensor Público<sup>4</sup>. No obstante, parece más adecuado entender como garantía institucional aquel concepto relacionado con las instituciones que están avaladas en la Constitución<sup>5</sup> y, por

<sup>4</sup> Así, Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.

<sup>5</sup> Se trata de un concepto procedente de la doctrina alemana. Es en Carl Schmitt, en quien arranca, como es entre nosotros bien sabido, la figura dogmática de la garantía institucional. La teoría de las garantías institucionales que este autor desarrolla al hilo de la Constitución de Weimar tiene un doble objetivo: de un lado, separar conceptualmente los derechos de libertad de las garantías institucionales; de otro, proclamar la sujeción del legislador al respecto de esas garantías consagradas en la Constitución. La diferencia entre derechos fundamentales y garantías institucionales es obligada para Schmitt, dada su comprensión de los derechos fundamentales. Junto a los derechos fundamentales, cuya garantía por así decirlo es para Schmitt natural, consustancial al Estado de derecho burgués, la Constitución ofrece a determinadas «organizaciones» una especial protección. «La norma constitucional —dice este autor— tiene el fin de hacer imposible su supresión por medio de la legislación ordinaria.» No se trata en estos casos de «garantizar una esfera de libertad esencialmente ilimitada», sino de posibilitar que una determinada institución perviva. En este sentido la garantía institucional se configura como una garantía frente al legislador: Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducción y

tanto, aquellas otras garantías así definidas por algunos autores deben ser reconducidas, en función de su naturaleza, en los dos bloques anteriormente descriptos. También hay que decir, que a la vista de la extensión y singularidad de este último bloque de garantías, difícilmente abarcables en el limitado espacio de este trabajo, se tratarán aquí tan solo las que se consideran estrictamente como garantías genéricas y jurisdiccionales.

## 1. Las garantías genéricas

Los derechos consagrados en estas Constituciones están sometidos a reserva de ley, ordinaria o orgánica<sup>6</sup>, el legislador deberá respetar su contenido esencial<sup>7</sup>, vinculan a todos los poderes públicos que deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia<sup>8</sup> y para su ejercicio y garantía no podrán exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución<sup>9</sup>.

Estas garantías están estrechamente conectadas entre sí, ordenándose en torno a la garantía del contenido esencial. Por un lado, la garantía del contenido esencial se asienta sobre la reserva de ley; por otro, la vinculación de los poderes públicos puede alcanzar una mayor eficacia merced a la garantía del contenido esencial.

### 1.1. Reserva de ley y garantía del contenido esencial.

La garantía del contenido esencial y la reserva de ley operan conjuntamente como límite al legislador.

En el caso de Ecuador, es necesario hacer referencia en primer lugar a lo que técnicamente podría definirse como un error del constituyente al reservar tanto a ley ordinaria como a la ley orgánica el mismo ámbito de competencia. En efecto, el artículo 132.1 de la Constitución reserva a la ley ordinaria la regulación del “ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” al mismo tiempo que el artículo 133.1 establece que serán leyes orgánicas “las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

La imprecisión del constituyente en delimitar la diferente operatividad de los dos ámbitos de reserva, podría encontrar una explicación analizada desde la óptica de una protección diferenciada de los derechos, es decir, en aquellos ordenamientos en los que existe una diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales. Así, por ejemplo, ocurre en la Constitución española donde la reserva de ley genérica se concreta reforzándose en relación con algunos derechos, esto es, los de la Sección primera del Capítulo segundo<sup>10</sup>. Sin embargo, aunque pueda parecer que el constituyente haya reproducido equivocadamente esta técnica sin tener en cuenta la necesidad de diferenciar los dos ámbitos materiales de reserva, hay que entender que dicha interpretación es inaplicable a la Constitución de Montecristi ya que, como se apuntó, en ella todos los derechos gozan de idéntica protección. En este sentido, la sobreposición de las dos reservas podría solucionarse a través del análisis de la finalidad y naturaleza la de la reserva de ley orgánica.

La reserva de ley orgánica, por un lado, obliga al legislador a que sea él mismo el que regule el derecho, sin posibilidad de remitir esa regulación a la potestad reglamentaria y, por otro, asegura que determinadas materias, consideradas singularmente relevantes, revistan una especial rigidez formal, de manera que la regulación de dichas materias, así como su modificación o derogación, precise de una mayoría cualificada. En otras palabras, con esta previsión se persigue resguardar la formación de estas materias de eventuales modificaciones sucesivas en virtud de la alternancia de mayorías parlamentarias coyunturales.

La ley orgánica tiene una naturaleza material, sin embargo su concreción técnica, la que le ha dado el constituyente, no se ajusta a las características propias de este tipo de ley definida ante todo por su contenido sustancial<sup>11</sup>. Podría

presentación de Francisco Ayala, Madrid, Alianza editorial, 1982, p. 192 y ss. Sobre garantías institucionales véase: Luciano Parejo Alfonso, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981, pp. 17-56; Antonio Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución” en Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. 2 (De los derechos y deberes fundamentales), pp. 635-650. Así como el estudio monográfico sobre garantías institucionales de la *Revista de estudios políticos*, N. 7, 1979.

<sup>6</sup> En el caso de Bolivia se trata de reserva de ley ordinaria prevista en art. 109. II que establece “Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley”. La Constitución del Ecuador sin embargo prevé reserva de ley orgánica en el artículo 133.

<sup>7</sup> Como se verá, sólo la Constitución del Ecuador en su art. 11.4 establece expresamente que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

<sup>8</sup> Art. 11.5 CRE.

<sup>9</sup> El art. 11.3, primer y segundo apartado, de la nueva Constitución establece: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. 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.”

<sup>10</sup> Arts. 53 y 81.1 de la Constitución española.

<sup>11</sup> En efecto, casi no es necesario recordarlo, la categoría «leyes orgánicas» se ha acuñado por vez primera en el marco de la V República Francesa. Esto significa que dicha figura nace en el seno de un sistema jurídico claramente informado por la comprensión de la ley como «ley material»; por ello, los constituyentes franceses identificaron estrictamente el ámbito de la misma con muy concretos y restrictivos supuestos en tanto que el carácter material de este instituto exigía rigurosa y restrictiva especificación de supuestos. Tiene interés, a efectos de su comparación con la

decirse, trasladando en este contexto las palabras utilizadas por Garrorena, para el ordenamiento español, que el artículo 133 de la Constitución realiza una “definición material muy poco material” de la ley orgánica<sup>12</sup>. Este artículo no contiene más que una respuesta parcial al problema de la determinación de un ámbito sustantivo.

Más concretamente, en relación con el ámbito que aquí se trata, hay que preguntarse ¿qué significado y alcance tiene la expresión «ejercicio de los derechos y garantías constitucionales»? ¿A qué artículos de la Constitución se refiere esta fórmula? Debe entenderse por ejercicio toda regulación que de cualquier modo afecte a un derecho fundamental o, por el contrario, sólo aquella regulación que directamente afecte a estos derechos. Las respuestas a estas preguntas no son inmediatas ni sencillas.

Frente a la ambigüedad de las fronteras delimitadoras de esta categoría, no es posible tratar, en este contexto, todas las problemáticas implícitas a la delimitación de los límites que define el ámbito reservado a la ley orgánica, pero sí hay que hacer brevemente referencia a su alcance. Por un lado, es preciso señalar que la reserva de ley orgánica no implica que la demás normas jurídicas no puedan incidir en los derechos fundamentales. Ello sería del todo imposible ya que son muy pocas las normas jurídicas que, mediata o inmediatamente, no guarden relación con algún derecho. En este sentido, defender a este respecto un criterio estricto llevaría a la conclusión de que la mayor parte del ordenamiento debería estar constituido por leyes orgánicas. Lo que la Constitución pretende es que por ley orgánica se desarrollen los elementos básico que configuran el ejercicio del derecho de que se trate y sus garantías. Y, por otro lado, el margen de actuación de las leyes orgánicas está limitado. La rigidez formal que caracteriza las leyes orgánicas va acompañada de una limitación material, en prevención de que un abuso de legislación orgánica produzca una “elevación” del ordenamiento y bloquee la posterior actuación del legislador. Por ello, la utilización de leyes orgánicas está circunscrita a las materias objeto de reserva y aunque reconociendo que este tipo de ley pueda regular cualquier materia y no solo la que le está reservada, ello no significa que en el futuro el precepto no orgánico quede dotado de fuerza pasiva frente a ley ordinaria, esto es, que quede sustraído a la disponibilidad del legislador ordinario, que podrá modificarlo o derogarlo. Se defiende aquí una concepción *material* de las leyes orgánicas elaborada en oposición a la definida concepción *formal* según la cual la ley orgánica vendría a constituirse en una nueva forma intermedia entre la Constitución y la ley y a situarse en un escalón jerárquico superior a ésta. Como ocurre en la relación entre ley y reglamento, la simple aprobación de una norma con la *forma* de orgánica la dotaría de fuerza pasiva frente a la ley ordinaria posibilitando una abusiva petrificación del ordenamiento jurídico en beneficio de quienes en un momento dado gocen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del mismo carácter democrático del Estado<sup>13</sup>. No obstante, el constituyente parece no haber reparado en este peligro al establecer en el artículo 425 que “el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

La no utilización del criterio competencial —además del jerárquico— en la redacción de las normas sobre la producción jurídica, creará no pocos problemas a la hora de establecer el régimen de cada una de las fuentes del ordenamiento, las relaciones entre ellas, las forma de aplicación de las normas etc. (y no sólo en relación con las leyes orgánicas) remitiendo en última instancia la solución de todos ellos a la Corte Constitucional y sobre todo a sus criterios de interpretación de la constitución.

En este sentido y volviendo a la sobreposición de las reservas de ley orgánica y ordinaria, será la Corte Constitucional a través de sus jurisprudencia, quien delimite los elementos básicos inherentes a cada derecho y fije los límites que definen el ámbito reservado a la ley orgánica dejando a la reserva de ley ordinaria la disciplina de los otros espacios de regulación.

El artículo 11.4 de la Constitución de Ecuador establece que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Aunque el tenor literal de este artículo no hace referencia a un contenido *esencial*, dicha adjetivación debe considerarse implícita ya que esta garantía tan sólo cobra sentido puesta en relación con el margen de maniobra del que el legislador dispone, dentro del marco constitucional previsto, para

Constitución de Ecuador, determinar el ámbito material reservado a «ley orgánica» por la Constitución francesa de 1958. La Constitución prevé «leyes orgánicas» en los artículos y para los casos siguientes: Modalidades de la elección del presidente de la República (art. 6); reemplazamiento en sus mandatos, funciones o empleos incompatibles de los miembros del Gobierno (art. 13 y 23); régimen de las Asambleas (art. 25); delegación de voto de los miembros del Parlamento (art. 27); Condiciones de establecimiento de ingresos y gastos (art. 34); voto de leyes financieras (art. 47); Consejo constitucional (art. 63); 8) Estatuto de los magistrados y fiscales (art. 64); designación de miembros del Consejo Superior de la Magistratura (art. 65); consulta al dicho Consejo sobre derecho de gracia (art. 65); organización, funcionamiento y procedimiento de la Alta Corte de Justicia (art. 67); composición y funcionamiento del Consejo Económico y Social (art. 71); la disciplina de algunos aspectos concretos del régimen de las entidades territoriales (arts. 72, 72.1, 72.4, 73, 74). Para un estudio de las leyes orgánicas en la Constitución de Ecuador de 1998 y en el derecho comparado, véase Rafael Oyarte Martínez, *Curso de Derecho Constitucional*, Quito, Fondo editorial Andrade & Asociados, 2005, tomo II, pp. 67 y ss.

<sup>12</sup> Ángel Garrorena Morales “Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos*, N. 13, Enero-Febrero 1980, p. 181.

<sup>13</sup> Sobre el concepto de ley orgánica véase, entre otros, Juan María Pemán Gavín, “Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes de derecho” en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 1, (El ordenamiento jurídico), pp. 135-168; Mercé Barceló i Serramalera, *La ley orgánica: ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Barcelona, Atelier, 2005; José Chofre Sirvent, *Significado y función de las leyes orgánicas*, Barcelona, Tecnos, 1994.



modular las condiciones, formas y efectos del ejercicio de un derecho y de su garantías en la manera que considere más adecuada. Entonces, lo que esta norma garantiza es el obligado respeto de un *núcleo mínimo*, a partir del cual el legislador puede operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio de los derechos.

En la Constitución boliviana la regulación de los derechos y sus garantías se reserva a la ley en previsión de lo establecido por el artículo 109 apartado segundo; sin embargo no existe una mención expresa y de general aplicación al deber del legislador de respetar el contenido esencial de los derechos previstos en la Constitución. Este hecho, que podría, en principio, ser considerado como un olvido del constituyente encuentra su justificación en la misma configuración de los derechos en el texto constitucional, ya que la disposiciones que cubren este ámbito material no se limitan a enunciar los derechos reconocidos, sino que entran a delimitarlos estableciendo además en la mayoría de los casos su contenido esencial.

Esta afirmación puede ser sustentada tomando como ejemplo el artículo 26 de la Constitución, i, el artículo 51 que disciplina el derecho de sindicación de la siguiente manera:

- I. Todas las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a organizarse en sindicatos de acuerdo con la ley.
- II. El Estado respetará los principios sindicales de unidad, democracia sindical, pluralismo político, autosostenimiento, solidaridad e internacionalismo.
- III. Se reconoce y garantiza la sindicalización como medio de defensa, representación, asistencia, educación y cultura de las trabajadoras y los trabajadores del campo y de la ciudad.
- IV. El Estado respetará la independencia ideológica y organizativa de los sindicatos. Los sindicatos gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de organizarse y ser reconocidos por sus entidades matrices.
- V. El patrimonio tangible e intangible de las organizaciones sindicales es inviolable, inembargable e indelegable.
- VI. Las dirigentas y los dirigentes sindicales gozan de fuero sindical, no se les despedirá hasta un año después de la finalización de su gestión y no se les disminuirán sus derechos sociales, ni se les someterá a persecución ni privación de libertad por actos realizados en el cumplimiento de su labor sindical.
- VII. Las trabajadoras y los trabajadores por cuenta propia tienen el derecho a organizarse para la defensa de sus intereses.

Al igual que en estos dos casos, el desarrollo a nivel constitucional de los contenidos de cada uno de los derechos es lo suficientemente extenso como para poder afirmar que el legislador se verá condicionado antes que por un abstracto contenido esencial de los mismos por el contenido de las disposiciones constitucionales que disciplinan cada uno de ellos.

Desde un punto de vista general puede defenderse que la garantía del contenido esencial obliga al legislador a respetar un mínimo en la regulación de cada derecho<sup>14</sup>. Mínimo que puede estar ya definido en la propia

<sup>14</sup> Como es conocido la garantía del contenido esencial procede del constitucionalismo alemán, donde se incorporó al artículo 19.2 de la Constitución, teniendo su precedente doctrinal en el periodo de entreguerras. Durante la vigencia de la Constitución de Weimar, las habilitaciones al legislador por medio de la reserva de ley, lo convierten en dueño absoluto de la institución o del derecho que debía desarrollar. De tal manera que el legislador podía disponer iberamente de la institución o del derecho, con consecuencias claramente contraria a la constitución. Como medio de vincular al legislador esos principios constitucionales surge la teoría de la garantía institucional de Carl Schmitt considerada generalmente el precedente de la garantía del contenido esencial. Esta doctrina no era aplicable a los derechos fundamentales como tales, sino a determinadas instituciones que debían considerarse más allá de la voluntad de configuración del legislador en el sentido de que éste no podía llegar a suprimirlas. En el mismo sentido, pero por referencia ya a los derechos fundamentales, las tesis de Hensel se pueden considerar el inmediato precedente de la garantía del contenido esencial, por más que no utilice expresamente esa fórmula. En efecto, este autor critica los planteamientos de R. Thoma, para quien a través de las reservas de ley establecidas en la Constitución de Weimar muchas normas referentes a derechos fundamentales pasaron de tener fuerza constitucional a tener mera fuerza legal, vaciándose a veces, de contenido. Por el contrario, para Hensel, la reserva de ley debía de ponerse en conexión con los valores esenciales inherentes a la Constitución. En ese sentido, cuando el legislador hace uso de la reserva de ley tiene que respetar necesariamente los principios referentes a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sin que esos valores puedan quedar afectados. Se encuentran ya aquí, por tanto, la determinación de un núcleo esencial que el legislador debe respetar al hacer uso de la reserva de ley, así como la referencia a la necesaria ponderación entre valores. Elementos que conformar en mayor o menor medida la doctrina actual de la garantía del contenido esencial. En todo caso, la garantía del contenido esencial viene a formularse sobre el molde de la garantía institucional, construida doctrinalmente en este periodo, precisamente para hacer frente a la debilidad normativa de la Constitución. El sentido de estas dos garantías en la actualidad debe tener en cuenta este origen, ya que su significado se ve profunda e inevitablemente afectado en la medida en que la normatividad de la Constitución es ahora el marco que condiciona su aplicación (Baño León). A pesar de ello, se puede considerar hoy, con P. Häberle, que la existencia de la garantía del contenido esencial es un indicador positivo en todo orden constitucional en que se contempla (o allí donde se ha construido por la jurisprudencia). De ese modo, la existencia de esta garantía indica que el constitucionalismo ha alcanzado su más alto nivel de desarrollo conocido hasta ahora: aquel en el que el respeto a las minorías y a los derechos constituye un valor fundamental que orienta la construcción misma del ordenamiento constitucional. Por tanto, sean cuales sean los problemas que la interpretación de esta garantía plantee, hay un aspecto innegablemente positivo que debe ser contemplado a la hora de realizar una valoración global de la garantía del contenido esencial. Determinar constitucionalmente la obligación del legislador o, lo que es lo mismo, de la mayoría de respetar un contenido



Constitución o que puede, por el contrario, encontrarse de manera implícita en la misma. No hay, sin embargo, identidad entre reserva de ley orgánica y contenido esencial en el sentido de que la extensión de la reserva de ley orgánica se identifique con el contenido esencial del derecho<sup>15</sup>. Por otra parte, la reserva de ley orgánica no obliga al legislador a agotar la regulación de la materia de que se trate, sino tan sólo a regular sus elementos esenciales o configuradores. Ello no quiere decir, sin embargo, que la reserva de ley se limite, en el caso de la regulación del ejercicio de los derechos al contenido esencial de los mismos. Por el contrario, regular el ejercicio del derecho respetando su contenido esencial supone que el ámbito de la reserva de ley orgánica es más extenso que el del contenido esencial, salvo que la regulación del ejercicio se limitara al contenido esencial, lo cual no parece que sea viable con carácter general.

El contenido esencial es, en todo caso, una garantía que opera frente al legislador. Esto no quiere decir que otros poderes públicos no estén obligados a promover la realización de la garantía frente al legislador los jueces y tribunales, por ejemplo, aplicarán el derecho constitucional, en su contenido esencial, ante la ausencia de regulación legislativa. Si no existe ley, deberán evitar el perjuicio al derecho aplicándolo en su contenido esencial. Si existe ley y tienen dudas sobre su constitucionalidad, deberán acudir a la Corte Constitucional. Por otra parte, la garantía es también un límite frente a la propia Corte Constitucional en la relación que se genera entre ésta última y legislador a la hora de configurar los derechos constitucionales. Por un lado, limita al legislador porque la Corte Constitucional puede controlar el respeto por el legislador del contenido esencial. Por otro lado, protege indirectamente la función del legislador en la medida en que, si esta garantía no existiera, el juez constitucional podría intervenir de manera más intensa sobre la ley. En efecto, la Corte tiene que respetar la capacidad del legislador para configurar el derecho, que le permite dotarlo de contenidos diversos, sin que esa capacidad pueda ser limitada más que cuando el legislador llegue a desfigurarlo.

Se puede decir, por tanto, que la garantía del contenido esencial está orientada directamente frente al legislador; pero actúa también como un límite indirecto frente a la Corte Constitucional.

## 1.2. Eficacia normativa, aplicación directa y garantías normativas.

La eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución constituyen, para la doctrina, los pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional<sup>16</sup>. Uno de las problemáticas históricamente más debatidas en los ordenamientos en los que la Constitución tiene carácter normativo es el de ser o no aplicable por todos los órganos previsto por el mismo ordenamiento y, fundamentalmente, por los jueces —aplicación directa— o si, por el contrario, constituye sólo un mandato dirigido al legislador y que solo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a leyes — aplicación indirecta —. Se trata, en definitiva de la problemática inherente a si la Constitución es o no en si misma fuente del derecho. Esta característica de la Constitución no es implícita al carácter normativo de la Constitución y, aun siendo cierto que solo puede ser accesoria de la consideración de la Constitución como norma, la opción por un sistema u otro de eficacia tiene una enorme influencia sobre la operatividad de la Constitución, sobre la adecuación del ordenamiento a ella y sobre el control de constitucionalidad. Si la Constitución sólo obliga directamente al legislador y a los demás órganos únicamente de modo indirecto la adaptación del contenido del ordenamiento a las prescripciones constitucionales dependerá de aquél y, en consecuencia, la única garantía posible será el control de constitucionalidad de la ley. Por el contrario, el sistema de eficacia directa se traduce en que los jueces y, más en general, todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión<sup>17</sup>.

mínimo en la regulación del ejercicio de los derechos es determinar también la obligación del legislador de respetar el pluralismo, de someterse a reglas en su acción política. La normatividad de la Constitución y la garantía del contenido esencial aparecen así estrechamente conectadas, por cuanto la garantía del contenido esencial sólo es posible si se parte del sometimiento del legislador a las normas constitucionales, que actúan como límite de su capacidad de decisión política. Pero, al mismo tiempo, la garantía del contenido esencial no es sólo un resultado de la normatividad de la Constitución, sino también del sustrato social y político sobre el que la misma se asienta: una sociedad pluralista en la que el respeto a las minorías cuenta con esta garantía última que permite asegurar la vigencia incondicionada de los derechos fundamentales. cuando menos en el núcleo de facultades que permite identificarlos como tales. Véase Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, Dykinson, 2003; Francisco Balaguer Callejón, “Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: La garantía del contenido esencial de los derechos”, en Miguel Ángel Aparicio Pérez (coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2001, pp. 93-116; Ignacio de Otto, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Ignacio de Otto y Pardo, Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, págs 93-172; Antonio Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>15</sup> Ignacio de Otto, *Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 114

<sup>16</sup> Sobre la normatividad de la Constitución véase, por ejemplo, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, 4ª. Edición; Francisco Rubio Llorente, “Constitución”, en Manuel Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, vol. 1, Madrid, Civitas, 2000, pp. 21-25; Riccardo Guastini, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-73.

<sup>17</sup> Sobre los problemas que la aplicación directa de la Constitución plantea al Estado de Derecho ver Luis María Díez-Picazo, “Constitución, Ley, Juez” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, n. 15, pp. 9-23.

Cuando la Constitución, además de ser norma jurídica, tiene aplicación o eficacia directa no será solo norma sobre las normas sino norma aplicable, esto es, no será solo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho en sí misma<sup>18</sup>. En este sentido el texto constitucional de Ecuador establece en el artículo 11.3, apartado primero, lo que se conoce como “aplicación directa” de la Constitución o, en este caso, de los derechos y garantías establecidos en ella y en los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>19</sup>. A su vez, el texto constitucional boliviano hace referencia a ella en el artículo 109, apartado I, estableciendo que “todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicable y gozan de igual garantía para su protección”. El concreto término elegido, “aplicación”, es expresivo de los modos de operar de la Constitución. La Constitución —esto quiere decirse— es directamente aplicable por cualquier servidor público, jueces y tribunales sin necesidad de recepción alguna por otra fuente del derecho, y en particular, por la ley. Lo que implica que la Constitución puede ser “directamente invocada” o “alegada” por los ciudadanos, sin necesidad de hacerla acompañar de precepto legal alguno.

El apartado segundo del artículo 11.3 de la Constitución de Ecuador 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”. La redacción de este artículo plantea dos cuestiones: en primer lugar, cabe preguntarse por qué el constituyente no hace referencia, también en este caso, a los tratados internacionales sobre todo en consideración de la relevancia que dicha referencia puede llegar a tener en la disciplina de algunas cuestiones, como por ejemplo, el ejercicio de los derechos por parte de pueblos y nacionalidades. Y, en segundo lugar, hay que plantearse si y en qué medida la remisión a la ley que dicha disposición hace significa una desconstitucionalización en la que el legislador cuenta con un margen de actuación ilimitado a la hora de establecer las condiciones de ejercicio de los derechos y de las garantías por parte de las personas, comunidades, pueblos nacionalidades y colectivos. No obstante, puede sostenerse que una vez erigidas la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento de todo sistema de derechos cualquier interpretación sobre su ejercicio de debe partir, dentro del marco constitucional, del principio de la búsqueda de su progresiva efectividad, toda vez que la sociedad y el Estado no pueden permanecer ajenos a la garantía de las posiciones jurídicas fundamentales y básicas de todas las personas, comunidades, pueblos nacionalidades y colectivos que se encuentren en su territorio. Además, la obligatoriedad de esta interpretación viene imposta por el mismo constituyente al establecer, en el punto 5 del artículo 11, según el cual “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.

El tercer apartado del artículo 11.3 de la Constitución de Ecuador añade un *plus* a la aplicación directa de las normas constitucionales que disciplinan este ámbito estableciendo que “los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”. Como ya se apuntó, la aplicación o eficacia directa de la Constitución significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y, además deberá utilizar siempre la Constitución como parámetro para interpretar la ley o para completarla. De ello derivan consecuencias prácticas de gran alcance para los ciudadanos, ya que el sistema de aplicación directa implica que la Constitución por sí misma atribuye derechos sin necesidad de que intervenga el legislador. Todos los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos.

Sin embargo, no puede desconocerse que esta genérica afirmación ha sufrido, como es conocido, importantes matizaciones en relación con todas aquellas normas constitucionales cuya eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura<sup>20</sup>. Esta falta de completitud de buena parte de los preceptos constitucionales que, nada tiene que ver con su carácter normativo, es obvia, y hasta natural en las partes dedicadas a la organización del Estado, pero llega también a afectar las declaraciones de derechos, y aunque los textos constitucionales hayan reducido hasta el máximo esta franja de aplicación indirecta de los derechos, limitándola, siguen existiendo preceptos constitucionales sin aplicación directa hasta que no aparezca la ley necesaria a que ellos mismos de forma expresa o por su propia naturaleza se remiten. Esta técnica, por muy inevitable que sea, no deja de resultar peligrosa para los ciudadanos, tratándose de derechos, o para las instituciones, si es que se trata de normas organizativas. Siguiendo este razonamiento se llega a la conclusión que determinados preceptos constitucionales, aparentemente polémicos, son normas inequívocas, e incluso normas válidas, pero su eficacia se

<sup>18</sup> Francisco Rubio Llorente, “La Constitución como fuente del derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 65 y ss. Reproducido en *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, p. 90 y ss.

<sup>19</sup> Artículo 11.3 CRE: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

<sup>20</sup> Según Alejandro Nieto, “identificar normatividad con aplicación directa y control jurisdiccional es un grave error técnico. Conviene, por tanto, colocar las cosas en su sitio: la Constitución es ciertamente una norma: eso nadie puede discutirlo; pero tal afirmación no conlleva la consecuencia de que sea siempre y en todo caso directamente aplicable. Apurando las cosas puede decirse que con la definición de la Constitución como norma se está procediendo a una mera tautología. Porque el problema no estriba en la calificación dogmática de la Constitución, sino en las consecuencias jurídicas que ello comporta. Dicho con otras palabras: desde el punto de vista técnico, la cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma-, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, y en muchos casos (tanto en el Derecho público como en el privado) no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación”. Cfr. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, n. 100-102, 1983, p. 387.

encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura<sup>21</sup>. La defensa de estos diferentes grados de efectividad de las normas constitucionales, en relación con los derechos, o más bien con algunos de ellos como por ejemplo, los sociales, lleva a sostener que si bien éstos son solemnemente proclamados en todas las cartas constitucionales e internacionales del siglo XX no se trate propiamente de derechos. En este sentido la falta de prohibición de lesión acarrea que su violación no consista en actos o comportamientos sancionables sino en simples omisiones no coercibles ni justiciables<sup>22</sup>. En razón de ello durante largo tiempo los derechos sociales ocuparon una posición secundaria dentro de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, desde los años noventa, las demandas por una realización efectiva de estos derechos comenzaron a tomar fuerza también en América Latina. En los principios fundamentales de las Constituciones de los países pertenecientes a este continente y en los acuerdos internacionales vigentes en su legislación interna, los Estados se han comprometido a respetar, proteger y dar cumplimiento a derechos tan largamente desatendidos. La relevancia del tenor literal del artículo 11 de la Constitución de Ecuador y del 109 de la de Bolivia, en los apartados que aquí se comentan, reside exactamente en que ambos se inscribe claramente en esta tendencia eliminando la diferenciación entre derechos y reconociendo a todos la misma eficacia jurídica.

A las garantías hasta aquí analizada, hay que añadir las definidas por la misma Constitución ecuatoriana como “garantías normativas” y previstas en el artículo 84, y las del artículo 85, que podrían calificarse como “garantías de las políticas públicas”.

Según el artículo 84, “la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. Por otra parte, el artículo 85 prevé que cualquier autoridad en el desarrollo de las políticas públicas de su competencia deberá adoptar sus decisiones hacia la realización de los derechos. En sentido parecido el artículo 13, del texto fundamental boliviano establece que el Estado tiene el deber de promover, proteger y respetar los derechos reconocido por la Constitución

La escasa utilidad de estos preceptos podría definirse como una *petitio principii* del constituyente en tanto que, por lo que concierne el contenido del artículo 84 CRE y a la luz de las previsiones constitucionales anteriormente analizadas, podría por ejemplo plantearse que en primer lugar, es implícito al mismo dictado constitucional que cualquier órgano del estado con potestad normativa tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales<sup>23</sup>; en segundo lugar, admitir que la reforma de las leyes o de otras normas jurídicas puedan atentar contra los derechos reconocidos por la Constitución, implicaría desconocer la existencia de un control de constitucionalidad de las leyes y de las otras normas jurídicas, así como pensar que una reforma de la Constitución pueda atentar contra los derechos que reconoce la Constitución presupone olvidar que, según lo establecido por los artículos 441 y 442, ningún procedimiento de reforma constitucional puede suponer “una restricción a los derechos y garantías constitucionales”. Por otra parte, en relación con el artículo 85, cabe plantearse varias preguntas; así, por ejemplo: ¿puede admitirse la existencia de políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución no orientadas a hacer efectivos estos mismos derechos? O ¿pueden, por sí mismas, las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución vulnerar derechos constitucionales? Los ejemplos podrían multiplicarse a demostración de lo que se apuntó al principio de este trabajo, es decir, que a veces no basta con “garantizar por garantizar”; hay también que pensar en que las garantías prevista realmente añadan mayor eficacia jurídica a los instrumentos existente y no se reduzcan a meras formula retóricas que podrían llegar a entorpecerlos.

### La protección judicial de los derechos fundamentales.

Los derechos sólo valen en la medida en que su contravención sea jurídicamente sancionada, para lo cual es imprescindible que su titular pueda instar la reacción de los mecanismos de tutela del ordenamiento. Pueda, en suma, accionar ante los Tribunales contra la vulneración de su derecho con el fin de conseguir la reparación del daño soportado. En otro caso, los derechos subjetivos no serían otra cosa que simples expectativas de conducta ajena que,

<sup>21</sup> Así Alejandro Nieto, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, p. 398 y 395.

<sup>22</sup> Así Luigi Ferrajoli, “Prólogo”, en Víctor Abramovich, Cristian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trota, 2004, 2ª edición, p. 9. Más en general sobre la relación entre derecho y garantía véase, entre otros, Roberto Gargarella, “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, en *Jueces para la Democracia*, N. 31, 1998, pp. 11-15, Luigi Ferrajoli, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Traducción de. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, Madrid, Trota, 2001; Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trota, 2007.

<sup>23</sup> Esta obligación se sustancia en la previsión de una acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional que tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible (artículo 93 CRE).

careciendo del respaldo de la violencia legítima monopolizada por el poder público, sólo serían respetadas en la medida en que lo quisiera el agente de la conducta en cuestión. Únicamente cabe hablar de verdaderos derechos, y no sólo de “expectativas”, si las conductas formalizadas en las normas que los reconocen están respaldadas por la violencia legítima del Estado, administrada al caso concreto mediante una resolución firme adoptada en un proceso judicial.

Las garantías que hasta aquí se han examinado, con toda su utilidad, no bastarían para asegurar una protección efectiva de los derechos fundamentales. Proveen, desde luego, a la concreción de las abstracciones constitucionales en términos respetuosos con la voluntad constituyente y concurren al diseño de un complejo de relaciones orgánicas y normativas que permite la emergencia de aquel ámbito de libertad y seguridad reclamado por Montesquieu, pero ni pueden impedir completamente las lesiones singulares de los derechos ni resultan apropiadas como reacción ante las mismas, precisamente por su abstracción y por localizarse en un momento previo al ejercicio efectivo del derecho.

Ambas constituciones otorgan a las garantías jurisdiccionales una relevancia fundamental, se reconocen garantías jurisdiccionales que protegen todos los derechos (acción de protección y acción extraordinaria de protección en Ecuador; amparo constitucional y acción popular en Bolivia), acciones que protegen derechos concretos y que podríamos definir como especiales (acción de hábeas corpus o acción de libertad en la constitución boliviana, hábeas data o acción de protección de privacidad, etc.) y se reconocen medidas cautelares (artículo 87 Constitución de Ecuador), así como en el caso boliviano la posibilidad de la Tribunal Constitucional de revisar las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, popular y de cumplimiento.

También es posible distinguir en el caso del ordenamiento ecuatoriano entre las que podríamos definir como acciones ordinarias y extraordinarias, en cuanto se configuren como procesos dentro de la jurisdicción ordinaria o como procesos que se sustancian ante la Corte Constitucional. Y ello en tanto que la Constitución ha previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los mismos jueces y tribunales ordinarios. En definitiva, no sólo se ha desdoblado orgánicamente la protección de los derechos fundamentales, confiando su defensa primera al Poder Judicial y una defensa extraordinaria y subsidiaria a la Corte Constitucional, sino que la dispensada por la jurisdicción ordinaria se descompone, a su vez, procedimentalmente, en una protección ordinaria (artículo 88) y en varias especiales (artículos 89, 90, 91, 92).

En caso boliviano la estructura constitucional de las garantías jurisdiccionales es parcialmente diferente en tanto que el constituyente ha mantenido el sistema vigente en la anterior Constitución; es decir, un sistema basado exclusivamente en unas acciones ordinarias ante cualquier juez o tribunal competente, sean ellas en garantías de todos los derechos como el amparo constitucional o la acción popular, o en garantías de derechos concretos como la acción de libertad o la acción de protección de privacidad.

Finalmente, es necesario apuntar que la Constitución de Ecuador dedica el capítulo tercero del título dedicado a las garantías constitucionales a las disposiciones comunes, es decir, a un conjunto de disposiciones que supuestamente deberían aplicarse en general a todas las garantías jurisdiccionales. Sin embargo, la efectiva aplicación general profesada por el constituyente para estas disposiciones deberá ser comprobada y, en su caso matizada, para cada una de las garantías jurisdiccionales en tanto que no en todos los casos será posible aplicar dichas disposiciones. En este sentido, tal vez, hubiese sido preferible que el mismo constituyente introdujera dichas matizaciones sin dejarlas abiertas a la interpretación.

Antes de pasar a analizar de manera específica las garantías jurisdiccionales que desde el punto de vista procedimental o material se consideran más relevantes, hay que hacer una breve referencia en primer lugar a la acción de hábeas corpus o acción de libertad según el constituyente boliviano, ya que mientras la disciplina de esta última coincide desde el punto de vista material y procedimental con las previsiones de la mayoría de constituciones comparadas, el hábeas corpus prevista por el constituyente de Ecuador presenta varias peculiaridades. Desde el punto de vista procedimental, en aplicación del artículo 86 de la Constitución perteneciente a las disposiciones comunes, los sujetos legitimados a interponerla serán “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad”; esta apertura debe ser interpretada como la consideración por parte del constituyente de que la violación de cualquier derecho no puede ser ajena a persona o grupo de personas alguna, una consideración que ya estaba presente en el texto constitucional de 1998 (que en su artículo 93 admitía que cualquier persona pudiera demandar la libertad de quien se encontrara privado ilegítimamente). Además, el objeto de la misma no se limita a la garantía de la libertad ya que según el artículo 87 de la Constitución, esta acción tiene la finalidad de “recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”; por otra parte, este mismo artículo prevé que “en caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable”. Es evidente que los tres elementos analizados modifican completamente la configuración del hábeas corpus, dotándole de una significación y de unos efectos mucho más garantistas.

En segundo lugar, cabe analizar brevemente la acción de hábeas data, llamada de protección de privacidad en el ordenamiento boliviano. En ambos casos, la finalidad de esta acción es garantizar a toda persona el acceso a los

documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales que sobre sí mismo, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de persona naturales o jurídica privada en soporte material o electrónico, así como la de garantizar el derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen, el destino y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos<sup>24</sup>. Una vez más las diferencias se producen en relación con los legitimados que mientras en el ordenamiento boliviano son las personas naturales o colectivas que crean estar afectadas y al Defensor del Pueblo en el de Ecuador, en aplicación del citado artículo 86 de la Constitución de Montecristi, es cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

En tercer lugar, debe mencionarse la acción de acceso a la información pública prevista por el artículo 91 de la Constitución de Ecuador y desarrollada por los artículos 47 y 48 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional<sup>25</sup>. Como el mismo nombre indica se trata de una acción que tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública cuando haya sido denegada expresa o tácitamente, cuando se cree que la información proporcionada no es completa o que haya sido alterada, cuando se ha negado el acceso físico a las fuentes de información o cuando la denegación de información se sustente en el carácter secreto o reservado de la misma. A tales efectos se considera información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que en materia de información tengan participación del Estado o sean concesionarios de este.

Por último hay que hacer referencia a la acción popular prevista en el artículo 135 y 136 de la Constitución boliviana. Esta acción procede contra acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por aquella Constitución. La acción popular podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos y para interponerla no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir. Están legitimados para interponerla cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad y, con carácter obligatorio, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos. El procedimiento seguido es el de la acción de amparo.

### Acción de amparo constitucional y acción de protección

#### a) Naturaleza

En la Constitución de Ecuador de 1998 las acciones cautelares en garantías de los derechos se configuraban como acciones excepcionales ya que solo procedían al producirse una vulneración o amenaza de vulneración de derechos causante un daño grave e inminente, es decir, que el daño para la procedencia de la acción debía ser calificado grave e inminente<sup>26</sup>. En todos los demás casos se debía seguir la acción ordinaria que declararía la violación del derecho y su reparación.

En la Constitución de 2008 esta acción cambia su naturaleza en tanto que podrá interponerse cuando se trate de evitar una vulneración de derechos, acción preventiva, o cuando debe detenerse el cometido de una violación de derechos, sin importar en ningún caso la gravedad. Además, la configuración constitucional de estas acciones de protección introduce una lógica que rompe completamente con aquella de la Constitución de 1998 y ello en relación con la ubicación de estos recursos en el sistema jurisdiccional configurado, como es sabido, por una jurisdicción ordinaria y una constitucional<sup>27</sup>. Lo que se quiere decir es que las diferentes acciones previstas por la Constitución se configuran como procedimientos ordinarios y no constitucionales, la Corte Constitucional se queda al margen de estos recursos, cuya especialidad no radica en que el juez en estos casos y solo en ellos, ejerce un control de constitucionalidad ya que todos los jueces como cualquier otro servidor público tienen la obligación de aplicar y controlar el respeto de la constitución. La especialidad de estas acciones encuentra su fundamento en razón de la especial relevancia del bien protegido y es exactamente esta especial relevancia la que justifica la previsión de un procedimiento especial que se caracteriza por ser rápido, sencillo, eficaz y con especiales consecuencias jurídicas.

También el caso boliviano, como ya se apuntó la Constitución ha previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los jueces y tribunales. En lo que respecta a la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, el artículo 129 CPB indica expresamente que esa forma de tutela judicial se ha de reclamar ante cualquier “juez o tribunal competente”.

Ambas constituciones confían al Poder Judicial la defensa de todos los derechos. Se trata de una defensa perfectamente garantizada, pues se atribuye a quien tiene encomendado el ejercicio de la jurisdicción, juzgando y

<sup>24</sup> Artículo 130 CPB, 92 CRE.

<sup>25</sup> Ley del 10 de septiembre de 2009. Segundo Suplemento del Registro Oficial Año I- Quito, Jueves 22 de Octubre del 2009 - N° 52.

<sup>26</sup> Acerca de la definición que el Tribunal ha elaborado de estos requisitos véase Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, 2ª Edición, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006, pp. 124 y ss.

<sup>27</sup> Se elimina la posibilidad de recurrir la resolución del juez ante el Tribunal Constitucional y se prevé que “la sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte provincial”.

haciendo ejecutar lo juzgado, esto es, la competencia para asegurar la indemnidad del ordenamiento mediante la fiscalización del proceder de todos sus órganos, de manera que no puedan imputarse al Estado las normas, los actos o las conductas que, sometidos al control de la jurisdicción, no obtengan un pronunciamiento (relativamente) irrevocable de conformidad.

La defensa se confía, por tanto, a quien mejor puede dispensarla, tanto por la extensión de sus facultades de control como por las características propias de sus pronunciamientos. Además, la atribución de la competencia para tutelar derechos se lleva a cabo configurándola, a su vez, como un derecho de los titulares, el derecho que habilita a “todas las personas” para “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”<sup>28</sup>.

Como ya se apuntó, ambas Constituciones han previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los jueces y tribunales, desdoblado orgánicamente la protección de los derechos fundamentales y confiando su defensa en primera instancia al Poder Judicial y solo subsidiariamente al Tribunal Constitucional. A este respecto hay que evidenciar la profunda diferencia entre los dos ordenamiento que aquí se estudian ya que mientras la Constitución de Ecuador prevé una acción extraordinaria de protección que procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos, la Constitución de Bolivia contempla tan sólo una revisión elevada de oficio ante el Tribunal Constitucional de las resoluciones dictadas en las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular.

En lo que respecta a la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, los artículos citados anteriormente indican expresamente que esa forma extraordinaria de tutela judicial se ha de reclamar ante los “tribunales ordinarios de justicia”; el dato excluye a priori la creación de una jurisdicción específica para la defensa de los derechos fundamentales al margen de los órganos judiciales encargados de las diferentes jurisdicciones “ordinarias”.

La errónea interpretación de la naturaleza de estas acciones realizada en ambos ordenamientos se refleja claramente en caso boliviano en la Ley N. 027, de 6 de julio de 2010, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que muy a pesar de su nombre disciplina todas las acciones ordinarias, es decir todos aquellos procedimiento que, en garantía de los derechos constitucionalmente previstos, se desarrollan ante las jurisdicciones ordinarias. Y, en el caso de Ecuador, en la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional en la que, como el mismo nombre indica se reúnen todos aquellos procedimientos jurisdiccionales considerados como “constitucionales”.

Cuanto aquí defendido encuentra su reflejo en el ordenamiento español en el que la existencia de una garantía judicial específica para los derechos fundamentales era una singularidad sin equivalentes en el Derecho comparado. Un ordenamiento en el que no faltan, obviamente, recursos especiales ante Tribunales Constitucionales o supranacionales, esto es, al margen del Poder Judicial propiamente dicho, o mecanismos procesales de protección de derechos concretos, como el habeas corpus. Pero, como señala Ignacio Díez-Picazo, “lo que no existe [...] son instituciones procesales de tutela ante los Tribunales ordinarios de la generalidad de los derechos fundamentales. Estas instituciones de tutela diferenciada [...], que son típicas de Tribunales Constitucionales y de jurisdicciones supranacionales, no existen en lo que respecta a los Tribunales ordinarios, que tutelan los derechos fundamentales a través de los mismos cauces procesales que los demás derechos”<sup>29</sup>. Por estas razones el desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución española ha impuesto la creación de varios procedimientos especiales, esto es, uno por cada orden jurisdiccional<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Artículo 75 CRE y 115 CPB.

<sup>29</sup> Este dato llevará al autor citado, entre otros, a cuestionar el acierto de la originalidad del art. 53.2 de la Constitución y preguntarse si no sería suficiente con un régimen de protección que, contando con el remedio excepcional del amparo, se articulara en la jurisdicción ordinaria a través de los procedimientos comunes, sin más especificidad, en su caso, que la arbitrada por medidas concretas que aseguraran alguna celeridad procesal o por el juego de los mecanismos de la justicia cautelar: Ignacio Díez-Picazo Giménez, “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en Andrés de la Oliva e Ignacio Díez-Picazo, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

<sup>30</sup> Este desarrollo mediante la creación de una pluralidad de procedimientos (o de adición de especialidades en los existentes) se inició ya antes de que entrara en vigor la Constitución misma, por obra de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que disciplinó la garantía de una parte de los derechos en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo. Con posterioridad, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 2/1979, Orgánica del Tribunal Constitucional, ampliaría el ámbito de la Ley 62/1978 a todos los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la Constitución, convirtiéndose así esta Ley en la principal norma de desarrollo de aquel precepto constitucional. La Ley 62/1978, diseñó unas garantías civil, penal y contencioso-administrativa que durante muchos años han constituido el núcleo del denominado “amparo judicial”. Hoy día sólo continúan en vigor los artículos dedicados a la garantía penal, pues las previstas para los otros dos órdenes han sido respectivamente derogadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) y por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio). Por otra parte también, se han sucedido diversas normas reguladoras de procedimientos específicos para determinados derechos o ámbitos materiales: cabe mencionar los recursos electorales de la Ley 5/1985, Orgánica de Régimen Electoral General; la protección del derecho de reunión prevista en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio; la dispensada al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; o las garantías de derechos fundamentales en el ámbito laboral, disciplinadas en la Ley de Procedimiento Laboral.

No obstante, más allá de esta equivocada interpretación de la naturaleza de lo que podría ser definido como amparo judicial, lo que parece preocupante respecto de estas acciones es el problema que se plantea en relación con los requisitos para interponer la misma<sup>31</sup>.

Ahora bien, por lo que respeta el ordenamiento ecuatoriano la acción de protección tiene por objeto “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución” y podrá interponerse cuando exista cualquier vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales imponiendo el requisito de la gravedad del daño tan solo en el caso en el que la violación proceda de una persona particular.

Por otra parte, el artículo 128 CPB prevé como único requisito de viabilidad de la acción de amparo constitucional la amenaza de restricción o vulneración de un derecho constitucional<sup>32</sup>. En este sentido, hay que poner de relieve que si bien la Constitución española al igual de la de Ecuador y de Bolivia no prevé como requisito de la petición la inminencia de daño grave, sí limita el que se define como amparo judicial a los derechos reconocidos en sus artículos 14 a 29. Además, esta protección especial sólo se extiende a lo que en los artículos 14 a 29 de la Constitución pueda definirse como derechos subjetivos, pero no a la totalidad del contenido de estos preceptos, en ocasiones mucho más amplio. Y si bien es cierto que el artículo 129 CPB introduce la subsidiariedad de la acción al establecer que “La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada [...] ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados”, cabe preguntarse ¿cuáles son los elementos que permitirán discernir el procedimiento ordinario del procedimiento especial?

En el caso boliviano, la solución, para evitar que la casi totalidad de la jurisdicción ordinaria se convierta en acción de protección paralizándolo y volviendo ineficaz este instrumento de garantía de los derechos, ha sido añadir a través de la Ley que disciplina esta acción el requisito de la “inmediatez de la protección”<sup>33</sup>.

En este sentido el artículo 76 establece que “la acción de amparo no procederá cuando exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados”. Sin embargo el legislador de Ecuador hace referencia a “la inexistencia de de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”<sup>34</sup>.

Establecer cuándo el recurso ordinario garantice o no la protección inmediata o cuándo “no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos”, no será tarea fácil y hay que presumir que, hasta que la Corte o el Tribunal Constitucional Plurinacional no definan estos requisitos, la totalidad de recursos en garantía de los derechos se tramitarán a través de estas acciones.

656

#### b) Legitimación activa

Acerca de la legitimación para interponer la acción también en este caso es de aplicación el artículo 86.1 CRE que señala que todas las acciones previstas en la Constitución podrán ser instadas por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

La amplitud de la legitimación reconocida por el constituyente ecuatoriano demuestra claramente que su pretensión es que las vías de protección especial de los derechos no queden ocluidas o limitadas en su acceso por condiciones de legitimación restrictiva.

Por su parte el legislador no ha especificado dicha legitimación ya que el artículo 9 de la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad reproduce el texto constitucional, dejando por tanto a la Corte Constitucional la difícil tarea de modular la legitimación en lo que se refiere a la conexión entre el actor y la pretensión sustentada, pero una vez definida dicha conexión entre el elemento subjetivo y objetivo no podrán ser establecidos límites subjetivos de carácter adicional.

<sup>31</sup> El artículo 128 de la Constitución de Bolivia establece “La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley” y el artículo 88 de la Constitución de Ecuador que “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

<sup>32</sup> El artículo en palabras establece que “La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

<sup>33</sup> Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, N. 027, del 6 de julio de 2010. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia N. 0149.

<sup>34</sup> Artículo 40 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, del 10 de septiembre de 2009. Segundo Suplemento del Registro Oficial Año I- Quito, Jueves 22 de Octubre del 2009 - N° 52.



Por su parte, la Constitución boliviana no aporta nuevos elementos al esquema clásico otorgando la posibilidad de interponer la acción exclusivamente a las personas afectadas, a la Defensoría del pueblo y al Procurador General del Estado.

c) La autoridad competente, el procedimiento y los efectos de la sentencia

La Constitución ecuatoriana de 1998 se remitía a la ley para la determinación de los órganos de la Función Judicial competentes para conocer las acciones de garantía, a acepción del hábeas corpus cuya competencia era atribuida a los alcaldes. Por su parte, la Ley del Control de Constitucionalidad atribuía esta competencia a los jueces de lo civil, a las cortes superiores de justicia y a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal del lugar donde se consumara o pudiera producir sus efectos el acto ilegítimo.

La Constitución de 2008 en cambio establece que será competente para conocer la acción constitucional “la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos”; como ya se apuntó, la segunda instancia es resuelta por las cortes provinciales de justicia eliminándose así la intervención de la Corte Constitucional.

En comparación con la anterior, la nueva Constitución modifica el procedimiento de manera sustancial estableciendo, en este ámbito, un inédito modelo procesal. Según el artículo 86 el procedimiento será oral en todas sus fases e instancias y, por su propia naturaleza, deberá ser sencillo, rápido y eficaz. Se considerarán hábiles todos los días y horas. Las acciones podrán ser presentadas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será obligatorio el patrocinio de un abogado para proponer la acción. Las notificaciones podrán efectuarse por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

Una vez presentada la acción, el juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, la práctica de pruebas podrá ser ordenada en cualquier momento del proceso y podrán ser designadas comisiones para recibirlas. Los fundamentos alegados por la persona que presente la acción se presumirán ciertos cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

La acción se resolverá mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. En el caso de que un funcionario público no cumpla la sentencia o la resolución, el juez ordenará su destitución del cargo o empleo y ello sin perjuicio ninguno acerca de su responsabilidad civil o penal. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o la resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. Y, además, los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

Las diferencias respecto del procedimiento previsto por la Constitución de 1998 son considerables: desaparecen todas las formalidades procedimentales, eliminándose por ejemplo, la obligación de presentar la demanda por escrito, la necesidad del patrocinio de un abogado, así como introduciendo la posibilidad de presentar una demanda oralmente y sin necesidad de conocer la norma que se considera vulnerada siendo suficiente la exposición de los hechos ocurrido. Se aplica el principio de la *restitutio in integris* y se introduce el concepto de reparación para que la misma, a diferencia de la indemnización, pueda configurarse también como resarcimiento inmaterial, el proceso ya no termina con la sentencia sino solo cuando se haya conseguido la reparación integral del daño. Y estas no son más que algunas de las novedades procedimentales introducidas por la Constitución de 2008, novedades que si bien deben considerarse como avances desde el punto de vista de la extensión de las garantías de los derechos y sobre todo del acercamiento de la justicia a todos los ciudadanos, podrían llegar a entorpecer la viabilidad de los procedimientos previstos en garantía de los derechos y volverse contraria a la misma voluntad del constituyente que, sin duda, era la de crear unos instrumentos para hacer efectivo el estado constitucional de derechos proclamado por la misma Constitución.

En este sentido no puede dejarse de apuntar algunas dudas en relación a la real eficacia de las acciones sumariamente descritas.

En primer lugar, hay que referirse a la incertidumbre que plantea la previsión de la posibilidad de presentar la demanda verbalmente y sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional a la “exposición clara” de los hechos ocurridos. Y ello porque, a pesar de su relevancia, el constituyente no indicó cual debería ser el órgano encargado de “traducir” los hechos en derecho. Sin duda, la mejor solución hubiese sido la de prever en las leyes de desarrollo de estos preceptos constitucionales la creación de un órgano especializado integrante del Ministerio de Justicia y encargado de esta función; sin embargo, se ha atribuido al juez la función de adecuar las solicitudes a los requerimientos formales de una demanda por escrito y establecer durante el proceso las normas aplicables o

presuntamente violadas. Lo cual parece criticable desde el punto de vista de la garantía de la independencia del juez, que al traducir la exposición de los hechos podría llegar a confundir su papel con el del demandante.

En segundo lugar, es obligado referirse a la posibilidad de realizar las notificaciones por cualquier medio incluso los que podrían definirse como “difícilmente certificables” como pueden ser una llamada telefónica o un correo electrónico y cuya utilización podría crear situaciones de incertidumbre que entorpecerían en lugar de favorecer la rapidez del proceso y podrían llegar a configurarse como casos de indefensión.

La Constitución boliviana sigue un esquema procesal mucho más clásico, la acción de amparo constitucional, que podrá presentarse por escrito ante la sala de los tribunales departamentales de justicia o lo juzgado público de materia en las capitales de departamento y en las provincias en los juzgado público<sup>35</sup>. Una vez admitida la acción el juez o tribunal señalará el día y la hora de la audiencia que deberá ser celebrada en las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la demanda<sup>36</sup>. Las audiencias serán orales y se desarrollan bajo la dirección del juez o tribunal escuchando en primer lugar la exposición del accionante y seguidamente la del demandado. La resolución se pronunciará de manera fundamentada en la misma audiencia pública y en caso de conceder el amparo con ella se ordenará la restitución y la tutela de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados y se podrá determinar la responsabilidad civil y penal del demandado<sup>37</sup>. Este rápido análisis del procedimiento previsto por el amparo demuestra que constituyente boliviano muy a pesar de las importantes novedades introducidas por el texto constitucional de 2009 y a diferencia del de Ecuador no ha aportado prácticamente ninguna novedad respecto de lo previsto en la Constitución de 1967.

### La acción extraordinaria de protección

Además de estas acciones que podríamos definir ordinarias en tanto que se desarrollan en los distintos órdenes del Poder Judicial, la Constitución de Ecuador prevé, en su artículo 94, una acción extraordinaria de protección que “procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.”, cuando “se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

Este artículo impone una exigencia de carácter procesal previa a la presentación de una acción extraordinaria de protección o amparo constitucional: agotar el proceso judicial que se ha sustanciado ante los Tribunales de justicia ordinarios. Esto significa que el recurso viene a impugnar en realidad una resolución judicial, en la que no se ha obtenido una respuesta favorable para hacer frente a la vulneración del derecho.

De este modo, el objeto del recurso viene delimitado tanto por la resolución judicial como por la conducta, objeto a su vez de la demanda que se ha sustanciado en la jurisdicción ordinaria.

El requisito señalado por el artículo 94 de la Constitución, del agotamiento de la vía judicial no hace sino confirmar la naturaleza subsidiaria de la acción extraordinaria de protección, ya que para elevar la reclamación a la Corte Constitucional el ciudadano/actor tiene que haber intentado previamente solucionar el conflicto en un proceso judicial ordinario, a través de la vía ordinaria. La falta de cumplimiento de esta condición conllevará lógicamente la inadmisión del recurso o una sentencia desfavorable al amparo solicitado.

La razón de ser de una exigencia procedimental como ésta encuentra explicación en la condición de garantes naturales de los derechos fundamentales de los órganos de la justicia ordinaria. Por lo tanto, la intervención de la Corte Constitucional se ha de limitar únicamente a los casos en los que no haya sido posible restablecer el derecho vulnerado por al cauce normal de la tutela judicial. Para ello, es necesario que no haya ningún otro recurso disponible, y que se invoque el derecho fundamental lesionado con el fin de que los mismos órganos jurisdiccionales puedan reparar el daño lesionado.

En la medida en que esta acción se entienda como extraordinaria en relación con la tutela prestada por los jueces ordinarios en materia de derechos fundamentales la residualidad de la misma solo puede entrañar la necesidad de agotamiento previo de todos los demás recursos disponibles dentro del ordenamiento jurídico, a fin de dar la posibilidad a la jurisdicción ordinaria de efectuar esa reparación.

Por todo ello, de entrada debe señalarse que la supremacía de la Corte Constitucional sobre la Corte Nacional de Justicia resulta clara en materia de tutela de los derechos fundamentales en todos los ordenamientos constitucionales europeos y en la mayoría de los de América Latina. En este punto no se plantea ningún problema dogmático puesto que, según las constituciones de la mayoría de los países que prevén el recurso de amparo este último tiene como función la de remediar las vulneraciones de los derechos producidas por cualquiera de los poderes públicos incluido, por supuesto el poder judicial. De ese modo, la Corte Constitucional tiene potestad para anular sentencias de los

<sup>35</sup> Artículo 58 de Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

<sup>36</sup> Artículo 61 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

<sup>37</sup> Artículos 62, 78 y 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

jueces y tribunales, y por lo mismo de la Corte Nacional de Justicia o Tribunal Supremo, con retroacción, o sin retroacción, de actuaciones cuando así lo exija el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho. Aquí la capacidad revisora de la Corte Constitucional respecto de la jurisdicción ordinaria (incluido, claro está, la Corte Nacional) es indudable, con la única salvedad de que deberá abstenerse de conocer los hechos que dieron lugar al proceso judicial y de efectuar cualquier consideración sobre la actuación de los órganos judiciales que no sea la de concretar si se ha violado el derecho y la de preservarlo o restablecerlo. El recurso de amparo para no ser desnaturalizado debe por tanto ser considerado el último recurso en tanto que subsidiario, y por ello la Corte Constitucional la última instancia, en la materia.

Cuestión distinta es que el recurso de amparo, así como configurado, pueda convertirse en la práctica en una ulterior instancia del recurso ordinario, con la correspondiente sobrecarga de trabajo para la Corte Constitucional, en lugar de, como debiera ser, un recurso realmente extraordinario y quizás incluso excepcional.

En este sentido, como ya se señaló, la nueva Constitución de la República de Ecuador perfila una estricta regulación de dicha atribución al establecer en su artículo 94 que la acción extraordinaria de protección puede ejercerse tan solo cuando se hayan agotados los recursos ordinarios y extraordinarios.

Constatado que, en lo que se refiere concretamente al amparo o acción extraordinaria de protección, la supremacía de la Corte Constitucional sobre la Corte Nacional de Justicia debe ser definida como “natural”, la cuestión de las relaciones entre Corte o Tribunal Constitucional y la Corte Nacional de Justicia debe plantearse en el marco de la tarea de aplicación-interpretación de la Constitución y de aplicación-interpretación de la ley. Para ello, el modelo de justicia constitucional que configura el presupuesto mismo de la existencia de la Corte o Tribunal Constitucional, es un referente necesario, para enfocar correctamente el tema.

En este sentido la configuración de las relaciones entre Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia realizada por el constituyente no es, como parte de la doctrina ecuatoriana ha defendido, una extravagancia, sino una necesidad implícita al concepto de Constitución como norma que no se limita a organizar los poderes públicos sino que incorpora una serie de mandos materiales y valores que deben informar todo el ordenamiento y que, por tanto, deben ser observados por el Estado en sus actuaciones e, incluso, por los demás agentes jurídicos, públicos y privados<sup>38</sup>.

De esta forma, la tendencia a hacer efectiva la norma fundamental en los casos concretos y particulares se confunde con el interés público y general de garantizar la regularidad del ordenamiento. La aplicación de la Constitución supera el marco de lo objetivo para convertirse en exigencia de todo sujeto público o privado en sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus intereses.

### **La acción de cumplimiento, de incumplimiento y la acción popular**

Lo primero que hay que preguntarse a la hora de hablar de la acción de incumplimiento prevista por la Constitución de Ecuador es si coincide o no con la de cumplimiento establecida por parte del ordenamiento boliviano.

Según el artículo 93 CRE esta acción tiene como objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. La acción procede cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible y en contra de toda autoridad pública y persona física o jurídica cuando actúen en ejercicio de funciones públicas o presten servicios públicos. También procede contra particulares en el caso de que las sentencias o decisiones de organismos internacionales impongan una obligación a un particular determinado o determinable. Para que pueda configurarse el incumplimiento el recurrente deberá haber reclamado con anterioridad el cumplimiento de la obligación a quien debe satisfacerla y tan solo transcurridos cuarenta días se configurará el incumplimiento. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional que la declarará improcedente en los casos en que el derecho invocado pueda ser garantizado mediante otra garantía jurisdiccional, o se tratara de omisiones de mandatos constitucionales o existiera otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia decisión o informe<sup>39</sup>.

Por su parte el artículo 134 de la Constitución boliviana establece que la acción de cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida. La acción se interpondrá por la persona individual o colectiva afectada ante juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la Acción de Amparo Constitucional. La resolución final se pronunciará en audiencia pública; inmediatamente recibida la información de la autoridad demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el demandante. La autoridad judicial examinará los antecedentes y, si encuentra cierta y efectiva la demanda, declarará procedente la acción y ordenará el cumplimiento inmediato del deber omitido. Hay que destacar que la Ley del Tribunal Constitucional a la hora de

<sup>38</sup> En este sentido hay que poner de relieve que en el derecho comparado, la que se configura como “extraña” o “atípica” es más bien la restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial que establece la Constitución de 1998.

<sup>39</sup> La acción por incumplimiento está desarrollada por los artículos 52 y ss. de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

desarrollar esta disposición ha establecido entre otras limitaciones, que la acción no procede contra la Asamblea Legislativa Plurinacional, con la intención de exigir la aprobación de una ley<sup>40</sup>. Aunque en principio pueda parecer que dicha limitación desnaturalice la configuración de la acción de cumplimiento, hay que tener en cuenta que el mismo dictado constitucional configura esta acción como una garantía frente al poder ejecutivo y a los funcionarios públicos y no frente al legislativo, ya que si así hubiese sido, dicha acción, en tanto que dirigida a cuestionar la inactividad del legislador no hubiese podido configurarse como recurso ante la jurisdicción ordinaria ya que, no se puede olvidar, que solo el Tribunal Constitucional es competente para declarar una inconstitucionalidad por omisión<sup>41</sup>.

### Las medidas cautelares

Las medidas cautelares previstas por el artículo 87 de la Constitución de Ecuador de 2008 equivalen al amparo ordinario establecido en el artículo 95 de la Constitución de 1998<sup>42</sup>. En este sentido cabe recordar que la principal característica del amparo ordinario era la de ser cautelar, era un instrumento para evitar un daño grave e inmanente debido a la acción o omisión de una autoridad pública y que por ello no era instrumento idóneo para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Las diferencias existentes entre estas dos instituciones es que en el caso de la medida cautelar no es ya necesaria la calificación de grave e inmanente de la violación ni se establece para su requerimiento un procedimiento judicial. El requisito para que proceda la medida cautelar es simplemente la inminencia de que se vaya a cometer o se haya cometido una violación. La medida cautelar tiene un único objetivo prevenir o detener la violación. Si previene la violación no tendrá sentido que opere el procedimiento de protección de conocimiento; si la detiene el juez deberá además de resolver la medida cautelar iniciar un procedimiento para determinar la violación y la reparación. Es por esta razón que el artículo 87 de la Constitución establece que “se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección”. En el procedimiento no existe citación, notificación, prueba, validación de lo dicho por el accionante, replica, resolución formal o apelación, el juez si considera que el hecho expuesto implica una violación debe creer y actuar. Sin embargo, por no ser un juicio contradictorio ni tener un procedimiento reglado —bajo la premisa que cualquiera es legítimo siempre que sea efectivo y respetuoso de los derechos— la resolución no puede considerarse prueba de un hecho violado. Las medidas cautelares pueden llegar a desarrollar un importante papel dentro del complejo sistema de garantías constitucionales de los derechos en Ecuador ya que la inmediatez de esta institución si utilizada eficazmente permitirá poder contar con un mecanismo rápido para interrumpir la violación del derecho y, en muchos casos, evitar que la misma sea irreparable.

660

### Conclusiones

El nuevo constitucionalismo, sobre todo el de la Constitución de Ecuador, seguramente ofrece una nueva visión de los derechos y sus garantías la simple denominación del Ecuador como “Estado constitucional de derechos y justicia social” expresa la propuesta de cambio paradigmático que este constitucionalismo plantea y que se ha intentado demostrar desde el análisis aquí llevada a cabo. No obstante, habrá que verificar que no se habrá una brecha entre mandatos constitucionales y realidad, y si entendemos por eficacia el análisis sobre la realización de lo prescripto en las normas habrá que ir midiendo constantemente dicha eficacia para poder comprobar el funcionamiento efectivo de las garantías constitucionales. En principio podemos afirmar que tanto los Tribunales Constitucionales como el poder judicial disponen de todas las herramientas para controlar el respeto de los derechos constitucionales. Norberto Bobbio empieza su trabajo titulado “El tiempo de los derechos”, explicando cómo, entre los caracteres negativos de nuestro tiempo, sólo existe un signo positivo: la creciente importancia dada en los debates internacionales, entre

<sup>40</sup> Artículo 89.4.

<sup>41</sup> Sobre la inconstitucionalidad por omisión, entre muchos otros, véase: Néstor Pedro Sagüés, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 7, n. 2, 2009, pp. 71-79, José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*, Madrid, Civitas, 1998, Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1997, Ignacio Villaverde Menéndez, “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, n. 8, 1996, pags. 117-154, Manuel Pulido Quecedo, “El control de inconstitucionalidad *ex silentio legis* (por omisión) y el artículo 55.2 de la LOTC”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 3, 2003, pp. 1734-1737, José Julio Fernández Rodríguez, “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n. 42, 1995, pp. 207-232, Pablo Dermizaky Peredo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 6, 2002, pp. 63-72, José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*, Madrid, Civitas, 1998, Alfredo Quispe Correa, “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, n. 1, 2006, pp. 241-250, Luz Bulnes Aldunate, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, n. 1, 2006, pp. 251-264.

<sup>42</sup> Sobre este tema véase Roberto Villareal, *Medidas cautelares: Garantías constitucionales en el Ecuador*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2010, Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, cit., Daniel Fernando Uribe Terán, “Las medidas cautelares en la nueva constitución del Ecuador” en Juan Montaña Pinto y Angelica Porras (eds), *Apuntes de derecho procesal constitucional*, Tomo 2, cit., pp. 81-100.

hombres de cultura y los políticos al problema de los derechos humanos. En este sentido, considera que la revolución de los derechos es en el mundo jurídico lo que la revolución copernicana fue en la física. Las nuevas constituciones Latinoamérica potencialmente representan esta revolución y el resultado de una constante evolución que, si bien lenta, constituye el dato más relevante ya que permite afianzar aquel “presagio” del que habla el mismo Norberto Bobbio, y sobre el cual descansa la idea de un nuevo constitucionalismo que asegure la vigencia de todos los derechos y sus respectivas garantías.

### Bibliografía

Balaguer Callejón, Francisco (2001) “Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: La garantía del contenido esencial de los derechos”, en Miguel Ángel Aparicio Pérez (coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Barcelona, Cedecs Editorial, pp. 93-116.

Barceló i Serramalera, Mercé (2005) *La ley orgánica: ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Barcelona, Atelier.

Bulnes Aldunate, Luz (2006) “La inconstitucionalidad por omisión”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, n.º. 1, pp. 251-264.

Chofre Sirvent, José (1994) *Significado y función de las leyes orgánicas*, Barcelona, Tecnos.

de Otto, Ignacio (1988) “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Ignacio de Otto y Pardo, Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, pp. 93-172.

de Otto, Ignacio (1995) *Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel.

Dermizaky Peredo, Pablo (2002) “La inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º. 6, pp. 63-72.

Díez-Picazo, Luis María (1985) “Constitución, Ley, Juez” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 15, pp. 9-23.

Díez-Picazo Giménez, Ignacio (1996) “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en Andrés de la Oliva e Ignacio Díez-Picazo, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid.

Fernández Rodríguez, José Julio (1995) “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n.º. 42, pp. 207-232.

Fernández Rodríguez, José Julio (1998) *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*, Madrid, Civitas.

Ferrajoli, Luigi (2001) *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales* (traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), Madrid, Trota.

Ferrajoli, Luigi (2004) “Prólogo”, en Víctor Abramovich, Cristian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trota (2ª edición).

García de Enterría, Eduardo (2006) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas (4ª ed.).

Gargarella, Roberto (1998) “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, en *Jueces para la Democracia*, n.º. 31, pp. 11-15.

Garrarena Morales, Ángel (1980) “Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º. 13.

Guastini, Riccardo (2003) “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trota, pp. 49-73.

Häberle, Peter (2003) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, Dykinson.

Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio (1991) “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje*

al profesor Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, vol. 2 (De los derechos y deberes fundamentales), pp. 635-650.

Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Montaña Pinto, Juan (2011) “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales” en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (eds), *Apuntes de derecho procesal constitucional*, Tomo 2, Corte Constitucional-CEDEC, Quito, pp. 23-36.

Nieto, Alejandro (1983) “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, n°. 100-102.

Oyarte Martínez, Rafael (2005) *Curso de Derecho Constitucional*, Quito, Fondo editorial Andrade & Asociados.

Oyarte Martínez, Rafael (2006) *La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Quito, Fundación Andrade & Asociados (2ª edición).

Parejo Alfonso, Luciano (1981) *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.

Pemán Gavín, Juan María (1991) “Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes de derecho” en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 1, (El ordenamiento jurídico), pp. 135-168.

Pérez Luño, Enrique (2004) *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos.

Pisarello, Gerardo (2007) *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trota.

Pulido Quecedo, Manuel (2003) “El control de inconstitucionalidad *ex silentio legis* (por omisión) y el artículo 55.2 de la LOTC”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n°. 3, pp. 1734-1737.

Quispe Correa, Alfredo (2006) “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, n°. 1, pp. 241-250.

Rubio Llorente, Francisco (1979) “La Constitución como fuente del derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 65 y ss. Reproducido en *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, p. 90 y ss.

Rubio Llorente, Francisco (2000) “Constitución”, en Manuel Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, vol. 1, Madrid, Civitas, pp. 21-25.

Sagüés, Néstor Pedro (2009) “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 7, n°. 2, pp. 71-79.

Schmitt, Carl (1982) *Teoría de la Constitución* (traducción y presentación de Francisco Ayala), Madrid, Alianza editorial.

Uribe Terán, Daniel Fernando (2011) “Las medidas cautelares en la nueva constitución del Ecuador”, en Juan Montaña Pinto y Angelica Porras (eds), *Apuntes de derecho procesal constitucional*, Tomo 2, pp. 81-100.

Viciano, Roberto, y Rubén Martínez (2005) “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, Valencia, n°. 13, pp. 55-68.

Villareal, Roberto (2010) *Medidas cautelares: Garantías constitucionales en el Ecuador*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos.

Villaverde Menéndez, Ignacio (1996) “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, n°. 8, pp. 117-154.

Villaverde Menéndez, Ignacio (1997) *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill Interamericana de España.