

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

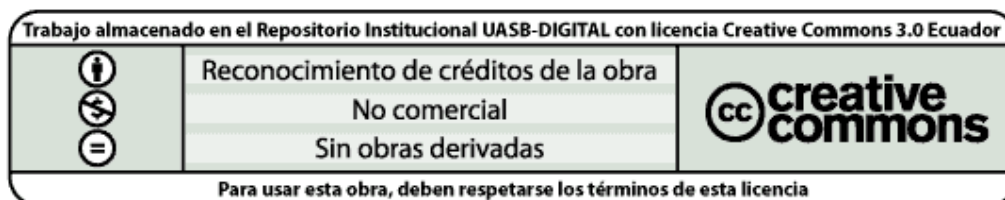
Programa de Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**Efectos jurídicos de la limitación para presentar acciones
constitucionales en materia de contratación pública**

Autora: Viviana Alexandra Buenaño Pérez

Tutora: Eddy De La Guerra Zúñiga

Quito, 2017



Yo, Viviana Alexandra Buenaño Pérez, autora de la tesis intitulada: Efectos jurídicos de la limitación para presentar acciones constitucionales en materia de Contratación Pública, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

- 1) Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
- 2) Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
- 3) En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 12 de octubre de 2017

Firma:

Resumen

En el año 2008 se crea la Constitución de la República del Ecuador mediante la cual se garantizan principios y derechos como en ninguna otra Constitución, convirtiéndose así el Ecuador en un Estado Constitucional de derechos y de justicia, sometiendo al Estado a los derechos de los individuos como a sus colectividades.

En este sentido la presente investigación cree necesario hacer un análisis de la materia de contratación pública, específicamente que ocurre ante la vulneración de un derecho, cuales son las vías para ejercer justiciabilidad y si éstas reparan el derecho quebrantado.

Partiendo de aquello es necesario aterrizar en el primer capítulo, en los inicios del derecho como tal, así como su evolución en la sociedad, esclareciendo los diferentes tipos de derechos como los ámbitos de aplicación, a fin de determinar el derecho necesario para acudir ante los organismos de justicia.

Es pertinente estudiar, en el segundo capítulo, cuales son las vías para hacer justicia; y, si éstas a su vez, son adecuadas y eficaces para alcanzar justiciabilidad en materia de contratación pública o en su defecto menoscaban o limitan derechos constitucionales.

En el capítulo tercero es oportuno, analizar sentencias vinculadas con el presente tema de investigación, con la finalidad de contrastar los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto al análisis planteado.

Es así como la presente investigación trata de cuestionar al Estado en la elaboración de sus leyes; y como éstas pueden facilitar o limitar el cumplimiento del texto constitucional en su calidad de norma suprema, buscando además alternativas de solución que faciliten el desenvolvimiento de los actores sociales ante la vulneración de derechos, así como la reparación de los mismos de manera inminente.

Dedicatoria

Un agradecimiento especial a Dios, por la guiarme en cada momento de mi vida y hacer posible la elaboración de éste trabajo.

A mis Padres, Lupita y Cristóbal, por apoyarme en las metas propuestas, por ser ejemplo de perseverancia, amor y solidaridad. Mis hermanos David y Gabriel por quererme apoyarme y enseñarme.

A mi querido amor Andrés, por ser guía, apoyo incondicional, fuente de armonía y sonrisas para mantenerme fuerte, y sobre todo por brindarme su amor.

Agradecimiento

Un agradecimiento especial a la Dra. Eddy De la Guerra Zúñiga por abrirme las puertas de ésta prestigiosa casa universitaria, por su orientación e impulso profesional en el desarrollo de la presente investigación. Además, por enseñarnos desde otras miradas el verdadero sentido del derecho y la justicia, sembrando propuestas para mejorar la convivencia social.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	8
Capítulo Primero	9
Reseña histórica e identificación del derecho vulnerado.....	9
1.1. La Construcción de los derechos.....	9
1.2. Derechos de primera generación.....	9
1.3. Derechos de segunda generación	11
1.4. Derechos de tercera generación	12
1.5. Derechos fundamentales	14
1.6. Derechos subjetivos	17
1.7. Derecho al debido proceso.....	24
1.8. Derecho a la defensa	26
1.9. Derecho a recurrir	27
Capítulo Segundo	29
Vías necesarias para la reparación del derecho vulnerado	29
2.1. Justiciabilidad de derechos en un Estado constitucional de derechos y de justicia... 29	
2.2. Vía ordinaria	39
2.2.1. Recurso de reposición.....	39
2.2.2. Recurso de apelación	41
2.2.3. Recurso extraordinario de revisión.....	43
2.3. Vía Judicial	46
2.4. Vía constitucional y sus garantías.....	49
2.4.1. Garantías normativas	53
2.4.2. Políticas públicas	54
2.4.3. Garantías jurisdiccionales.....	55
2.5. Tutela judicial efectiva	57

Capítulo Tercero	60
Sentencias de la Corte Constitucional	60
3.1. Sentencia No. 102-13-SEP-CC de 27 de diciembre de 2013.....	60
3.1.1. Antecedentes.....	60
3.1.2. Argumentos de la Corte Constitucional en torno a los problemas jurídicos	61
3.1.3 Análisis a la sentencia	64
3.2. Sentencia: No. 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre de 2009	67
3.2.1. Antecedentes.....	67
3.2.2. Primera instancia	67
3.2.3. Segunda instancia	68
3.2.4. Análisis a la sentencia	70
3.3. Sentencia No. 006-17-SEP-CC (Declaratoria de inconstitucionalidad de la imposibilidad para presentar acciones de protección en materia de contratación pública)	72
3.3.1. Antecedentes.....	72
3.3.2. Primera instancia	72
3.3.3. Segunda Instancia.....	73
3.3.4. Análisis a la Sentencia.....	73
4. CONCLUSIONES.....	79
4.1. Limitación existente para presentar acciones de protección en materia de contratación pública.....	79
4.2. Vulneración de la seguridad jurídica y debido proceso en las sentencias analizadas	83
4.3. Vía adecuada para el resarcimiento de un derecho vulnerado.....	84
Bibliografía.....	85
Anexo	90

Introducción

En el año 2008 se crea la Constitución de la República del Ecuador, y con ello un Estado constitucional de derechos y de justicia, donde los derechos someterán al Estado en favor de los intereses individuales de los actores sociales, para el caso de los administrados. En este contexto y al hablar de una tesis en materia de contratación pública analizaremos los mecanismos que le facultan al administrado y sus limitaciones para acceder a la vía constitucional.

Cinco años más tarde, el 14 de octubre de 2013 se reforma la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual se hace constar en su inciso séptimo del artículo 102 que los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley. Disposición con la cual se estaría limitando el acceso a la vía constitucional, dejando en total indefensión al administrado ante la vulneración de un derecho constitucional.

Es necesario analizar asimismo, los requisitos necesarios para acceder a la vía constitucional, contemplados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dentro de los cuales se hace constar, la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado; requisito a ser desarrollado con la finalidad de determinar, si existe o no una limitación para acceder a la justicia constitucional.

Con estos antecedentes se puede evidenciar algunos de los problemas existentes tanto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los cuales son menester estudiar, con el finalidad de buscar alternativas a las limitaciones existentes, para lo cual me valdré de la Constitución de la República del Ecuador, en su calidad de norma suprema.

Capítulo Primero

Reseña histórica e identificación del derecho vulnerado

1.1. La Construcción de los derechos

Para abordar la temática propuesta en este capítulo, empezaré por analizar el término “*derechos*”, con la finalidad de determinar el derecho necesario con el cual el administrado pueda solicitar su restitución por acción u omisión de un acto administrativo. En este sentido es necesario hacer una remembranza de los derechos alcanzados, los cuales desarrollo a continuación.

1.2. Derechos de primera generación

Para hablar de los “*derechos humanos de primera generación*”, es necesario mencionar que “[...] los derechos humanos no comenzaron desde los derechos de los pueblos o desde los derechos colectivos, sino que, frente a la mentalidad más usual del derecho de Roma, que atendía simultáneamente a los intereses de los individuos y a consideraciones sociales-estas últimas normalmente centradas expresamente en la figura del bien común-triunfó la mentalidad que atendía preferentemente la posibilidad de hacer realizable la indeterminación del arbitrio del individuo”¹

En este sentido, los derechos nacen de los intereses individuales como de las consideraciones sociales. Como intereses individuales, tenemos el derecho natural como principal fuente, que otorgaba total libertad al individuo, a fin de poder satisfacer sus necesidades sin ninguna restricción. Si existía la necesidad de tomar alimentos de cultivos para satisfacer el hambre, éstos podían ser tomados sin ninguna limitación, por tal motivo era bien conocido como derecho de “*libertad*”. Éste derecho era muy debatido puesto que; al ser todo de todos, se originaba una falta de interés por el cultivo de las tierras por cada uno de los individuos.

¹ Francisco Carpintero, “Los derechos humanos de primera generación”, en José Justo Megías Quirós, coord., *Manual de derechos humanos, Los derechos humanos en el siglo XXI*, (Cádiz: Aranzadi, 2006), 77.

Con el pasar de los tiempos “El derecho natural habría sido «derogado» cuando los hombres procedieron a la *distribution bonorum*, esto es, a adjudicar la propiedad privada de los bienes. El derecho que ordena las propiedades privadas y la introducción del poder político, de la esclavitud y de las restantes desigualdades, fue el derecho de gentes, *jus gentium*. [...] ¿Cómo es posible que el derecho natural haya sido derogado? Pedro de Bellapertica explicó en el siglo XVIII que el derecho natural constituía la libertad, pero no se la estatúa (*constituta sed non statuta*)”²

Si bien los derechos naturales y morales dan período histórico, y serán los encargados de pormenorizar las necesidades básicas de la humanidad así como los derechos indispensables para la vida individual y colectiva de cada ser humano, éstos derechos deberán ser respetados. Es así que varios autores definen a los derechos humanos como “[...] los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.”³

Además lo señalan como “[...] aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que *debiendo* ser objeto de positivación no lo han sido.”⁴

Para María Encarnación Fernández los derechos humanos son: “[...] la defensa de la dignidad humana manifestada en la corporeidad (vida y salud) y en la libertad”⁵.

Los derechos humanos además son para Pérez Luño: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁶.

Con estos antecedentes concluiré diciendo que, la principal característica del derecho natural es la igualdad de condiciones para todos los individuos, es decir el derecho de libertad para la tenencia de todas las cosas, puesto que todo era de todos. Es así que los

² *Ibíd.*, 81.

³ Antonio Enrique Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, (Madrid: Tecnos, 1986), 44.

⁴ *Ibíd.*, 47.

⁵ María Encarnación Fernández, “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en Megías Quirós, *Manual de derechos humanos*, 120.

⁶ Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, citado por Germán J. Bidart Campos, “Teoría general de los Derechos Humanos” (Buenos Aires: Astrea, 1991), 228.

derechos humanos nacen de los intereses individuales de cada individuo, a los cuales se los reconoce como los derechos humanos de primera generación, entre los cuales tenemos los derechos civiles y políticos, representados como libertades exclusivas o privilegios de algunos grupos sociales. Entre estos derechos podemos mencionar el derecho a la vida, salud y libertad como derechos primordiales para el individuo.

1.3. Derechos de segunda generación

A lo largo de los siglos XIX y XX se amplían los derechos ya no únicamente en los derechos de primera generación, sino en los llamados derechos de segunda generación, ésta ampliación surge una vez que el movimiento obrero y el socialismo democrático se ve en la necesidad de exigir que las libertades sean reales y no únicamente individuales, es decir tener un acceso directo a la salud, trabajo digno, educación, cultura, derechos sociales, económicos y culturales. Es así que “éste proceso desembocó en la incorporación de estos derechos sociales, económicos y culturales al derecho positivo, a lado de los tradicionales derechos individuales. Se trata de la segunda generación de derechos humanos, considerados como característicos del Estado social de Derecho”⁷.

Con el pasar de los tiempos los derechos de segunda generación, también llamados derechos de *igualdad*, integran los llamados derechos económicos, sociales y culturales los cuales fueron generalizándose en las Constituciones de los países como Alemania, los países nórdicos, entre otros.

Al respecto Ferrajoli manifiesta que: “[...] la constitucionalización de los derechos sociales representa tal vez la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo XX.”⁸, tanto los derechos de primera generación como los de segunda generación van a precautelar la vida la salud y la libertad de cada individuo, estos no se los podría considerar alejados uno del otro por el contrario, estos deben relacionarse para cubrir las derivaciones que incluirían los conceptos antes mencionados, lo que ejemplifica acertadamente Encarnación Fernández al decir que:

[...] la salvaguardia de la vida humana exige tanto la prohibición de los atentados directos contra la vida (derecho a la vida como derecho de primera generación), como los llamados

⁷ María Encarnación Fernández, “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en Megías Quirós, *Manual de derechos humanos*, 104.

⁸ Luigi Ferrajoli, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, citado por María Encarnación Fernández “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en Megías Quirós, “Manual de derechos humanos”, 105.

derechos de supervivencia humana (derecho a la alimentación, al agua no contaminada, etc). Por su parte, el derecho a la salud y a la integridad física y mental se concentraría a través de: a) el derecho a la integridad física y moral como derecho de primera generación, b) pero también a través de un amplio grupo de derechos de segunda generación, como los relativos a la satisfacción de las necesidades materiales básicas (alimentación, vestido, vivienda); el derecho a la protección de la salud propiamente dicho, en toda la complejidad del mismo que abarca desde las medidas preventivas, hasta el derecho a la asistencia sanitaria y al tratamiento médico adecuado en caso de enfermedad; el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, etc. En cuanto el derecho a las libertades personales [...] se requiere la satisfacción de las necesidades materiales básicas, a través de los derechos antes indicados así como la efectividad de los derechos a la educación y a la cultura.”⁹

Como hemos hablado de los derechos de primera y segunda generación, no podemos dejar de lado históricamente a los derechos de tercera generación, a fin de ir construyendo nuestra clasificación acerca de los derechos.

1.4. Derechos de tercera generación

Finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI tienden a desarrollarse los derechos de tercera generación llamados también derechos de solidaridad los cuales “comportan formas de titularidad colectivas, pues afectan a intereses *difusos* y/o a bienes que son patrimonio de todos, de modo que a todos compete el ejercicio de su defensa y de su tutela. [...]”¹⁰

Los “derechos de *solidaridad* son universales en el punto de partida y en el de llegada, no recíprocos y gratuitos para el destinatario, y muy onerosos para quien tiene que asumirlos.[...] Comprenden bienes e intereses individuales y/o colectivos, generalizables y difusos, cuya fundamentación no se circunscribe a la protección de intereses individuales sino que se extiende a la protección de intereses sociales y colectivos, su titularidad se amplía a los sujetos colectivos cuya naturaleza jurídica se desplaza desde los derechos de defensa a los de participación, para cuya realización se hace indispensable la movilización de los poderes públicos.”¹¹

A raíz de la Segunda Guerra Mundial, los pueblos han tomado políticas necesarias para que esta catástrofe no vuelva a suceder, protegiendo así los intereses de la humanidad es decir los intereses colectivos de los pueblos, lo cual no sería posible sin la aceptación y movilización de los poderes públicos dando como resultado el derecho de paz, como uno de los derechos más importantes de la tercera generación.

⁹ María Encarnación Fernández, “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en Megías Quirós, *Manual de derechos humanos*, 120-121.

¹⁰ Ernesto Vidal, “Los derechos de tercera generación” en Megías Quirós, *Manual de derechos humanos*, 123.

¹¹ *Ibíd.*, 124.

No podemos dejar de mencionar que en pleno siglo XXI existe un notable desarrollo en temas de procesamiento de insumos de todo tipo, así como el procesamiento de diferentes tipos de alimentos, llevando consigo la contaminación del medio ambiente. Es por eso que para minimizar el impacto de la contaminación del medio ambiente, los derechos de tercera generación tiene como principal objetivo el garantizar la conservación de un *medio ambiente limpio* para el bien de la humanidad. Para que esto ocurra las grandes empresas multinacionales renunciarían a varios privilegios, con el fin de precautelar el derecho a un ambiente sano.

Es decir, para que los derechos de tercera generación puedan desarrollarse se deberá contar con la aceptación y la solidaridad de los pueblos que interviene en el proceso, dejando de lado los intereses individuales y solidarizándose con los pueblos más necesitados en la implementación de políticas públicas necesarias para el desarrollo de un ambiente sano del que todos podamos disfrutar.

Con el pasar de los tiempos y con la finalidad de vivir en armonía en una sociedad, los derechos han ido evolucionando y con ello las normas como sus políticas, garantizando a través de éstas, ambientes sanos, alimentación de calidad y una vida digna acorde a la época en la que vivimos, entonces podemos esperar aún más, como podría ser el desarrollo de los derechos de cuarta y quinta generación.

En base al análisis realizado podemos llegar a determinar los derechos en los siguientes:

Derechos de primera generación.- Nacen alrededor de los siglos XVII y de desarrollan hasta aproximadamente el siglo XIX los mismos que abarcan, los derechos civiles y políticos como por ejemplo el derecho a la vida a la libertad, a la propiedad y a la seguridad, además como derechos políticos podemos mencionar el derecho al voto. Siendo así su principal defensa el derecho a la "*Libertad*".

Derechos de segunda generación.- Nacen en torno al siglo XIX y se desarrollan hasta el siglo XX los cuales incluyen los derechos sociales, económicos y culturales entre los cuales podemos citar el derecho a la salud, al trabajo digno, a la educación, cuyo principal objetivo fue el garantizar una vida digna en igualdad de condiciones, es decir su principal defensa por parte de éstos derechos era la "*igualdad*" de condiciones para todos.

Derechos de tercera generación.- Estos se desarrollan en el siglo XX y XXI dentro de los cuales aparecen el derecho a la paz, solidaridad y justicia como por ejemplo el derecho a un ambiente limpio, a vivir en hermanada de naciones, derecho al desarrollo, cuyo principal objetivo es promover las relaciones pacíficas entre Estados, se desentraña así el derecho a la “*solidaridad*” de los pueblos.

1.5. Derechos fundamentales

El término *derechos fundamentales* aparece “[...] en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo la denominación de los *Grund-rechte* se ha articulado, de modo especial tras la Constitución de Weimar de 1919, el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo orden jurídico-político.”¹²

En el año 1848, el término derechos fundamentales es usado por primera vez en Alemania en su Constitución con el nombre de “*Los derechos fundamentales del pueblo alemán*”¹³, nace precisamente en ésta Constitución el término, que con el pasar de las épocas cobraría notable connotación en nuestra actual Constitución. En este sentido los derechos fundamentales se afianza en la Constitución de Weimar aproximadamente en el año 1919, a lo que el autor Pérez Luño manifiesta que: “[...] los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad de un ámbito de la existencia”.¹⁴ De igual forma dice que “En tanto que con la noción de los *derechos fundamentales* se tiene a aludir a *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suele gozar de una tutela reforzada*”¹⁵.

El autor Español Gregorio Peces-Barba manifiesta que los derechos fundamentales comprenden: “[...] tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus

¹² Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, 29

¹³ Javier Pérez Royo, “Curso de derecho constitucional”, (Madrid: Marcial Pons, 2000), 208.

¹⁴ Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, 25-26.

¹⁵ *Ibíd.*, 46.

objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades.”¹⁶

El Tribunal Constitucional español mediante sentencia STC 25/1981 ha dicho que: “En primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica [...]”¹⁷.

Antonio Pérez Luño utiliza el término derechos fundamentales para: “[...] designar los derechos positivados a nivel interno [...]”¹⁸ serán entonces los derechos que constan en una normativa vigente los cuales serán respetados tanto por los organismos estatales como por los individuos privados.

Enseña Peces- Barba que “los principios generales del derecho son fuente de los derechos fundamentales, y que lo son casi siempre como supletorios de las carencias de fuentes en este campo, como son la Constitución y las leyes ordinarias.”¹⁹

En este sentido sería la comunidad el punto de partida en donde nacen los valores concretos de acuerdo al sistema cultural en el que se desarrolle, de igual forma ésta depende de los valores como raíz fundamental, es decir los valores juegan un papel fundamental en la creación de los “*derechos fundamentales*”; puesto que serán los valores los que den vida al Estado al igual que los derechos fundamentales una vez plasmados en una constitución, en la cual se verá reflejada la voluntad de la comunidad; dando así un ordenamiento estatal y jurídico.

Si bien los derechos fundamentales nacen de los valores morales, económicos y sociales de la comunidad, así como del medio en el que se desenvuelven, es decir “[...] expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.”²⁰; y al nacer de la comunidad, son propios de los individuos que la conforman, en este sentido son propios del

¹⁶ Gregorio Peces-Barba Martínez, “Curso de derechos fundamentales, teoría general”, (Madrid: Imprenta Nacional del Boletín oficial del Estado, 1999), 37.

¹⁷ Tribunal Constitucional de España: <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/25>

¹⁸ Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, 44

¹⁹ Peces-Barba Martínez, *Derechos fundamentales*, citado por Bidart Campos, “Teoría general de los derechos humanos, 51.

²⁰ Peces-Barba Martínez, “Curso de derechos fundamentales, teoría general”, 37.

derecho subjetivo. Para que estos derechos subjetivos puedan ser reconocidos y exigidos deben ser positivizados en una norma suprema, en nuestro caso la Constitución de la República del Ecuador, encargada de dar un ordenamiento a la sociedad y velar por el cabal cumplimiento de los derechos establecidos en la misma.

Podemos diferenciar a los derechos fundamentales de los derechos humanos, puesto que los primeros garantizan constitucionalmente a los ciudadanos; en cuanto los derechos humanos se enuncian en el texto constitucional en términos generales a todos los hombres sin una determinación específica para cada grupo de persona.

Si bien los derechos humanos se encuentran relacionados con los derechos fundamentales, no quiere decir que signifique lo mismo, puesto que los primeros, se hacen constar como un conjunto de facultades e instituciones para garantizar la dignidad humana, la libertad y la igualdad de condiciones, salvaguardando la vida humana como su principal objetivo; a diferencia de los derechos fundamentales, éstos derechos se encuentran positivizados en un texto constitucional.

Robert Alexy define al derecho fundamental como: “el derecho a algo”,²¹ los cuales se relacionen entre tres elementos “el titular (a), el destinatario (b) y el objeto (g)”²², dependiendo de cómo su interpretación se generará el derecho fundamental; es decir si “(a) tiene un derecho a *G* frente a *b*, es equivalente con el enunciado según el cual *b* está obligado a *G* frente a *a*”²³. Es decir que para que el derecho se configure en derecho fundamental será el individuo titular de derecho a algo que en éste caso será el objeto frente al Estado. Sí un individuo realiza un reclamo frente al Estado por un derecho previamente establecido en la Constitución, éste se convertirá en derecho fundamental. En este sentido los derechos como las normas se encuentran estrechamente relacionados.

Para determinar las propiedades que confluyen en el derecho fundamental Robert Alexy las esclarece mediante tres conceptos que son:

“1. *Formal*: mencionando que según su variante más simple los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución [...] 2. *Material*: únicamente el individuo puede ser considerado titular de los derechos fundamentales, así como el Estado es el único destinatario de ellos y el objeto sólo puede consistir en abstenerse de intervenir en la esfera de libertad del individuo [...] y 3

²¹ Robert Alexy, “Tres escritos de los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 19.

²² *Ibíd.*, 19.

²³ *Ibíd.*, 20.

procedimental: La definición procedimental es formal en la medida en que no establece qué cota es tan importante como para que la decisión sobre los derechos fundamentales no pueda dejarse en manos de la mayoría parlamentaria simple [...]”²⁴.

La teoría prescrita por Robert Alexy puede además solventarse claramente con un ejemplo citado por la Doctora Lina Parra al mencionar que: “el agua es un derecho fundamental pero aun no tiene la identidad formal aludida, pues no ha sido positivado; tiene el sustento moral o material que permite asumir que en efecto es un derecho, pues está íntimamente relacionado con la dignidad humana y la vida; por último es algo tan importante para la vida humana, individual y colectivamente hablando, que no podrá ser limitado por las democracias para el disfrute de unos pocos.”²⁵

En este contexto podemos decir que los elementos que forman al derecho fundamental son los que se encuentran descritos en una Constitución, los cuales deben ser titularizados en el individuo; además existen otros derechos de gran importancia como lo ha señalado la investigadora Lina Parra, los cuales no podrán someterse a consideración de un determinado grupo de poder.

En Ecuador, los derechos fundamentales no son instituidos con precisión puesto que en su artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador en adelante CRE hace alusión a que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”²⁶, al ser de equivalente jerarquía se entendería que todos los derechos son fundamentales o en su defecto que su diferenciación constituiría en los mecanismos que constan para hacerse cumplir los derechos fundamentales, es decir a través de las diferentes acciones constitucionales o garantías jurisdiccionales las cuales garantizaran su efectividad en el desenvolvimiento de los derechos. Al ser todos los derechos fundamentales todos vendrían a ser justiciables.

1.6. Derechos subjetivos

Si bien ya hemos hablado de los derechos humanos como madre y fuente de todos los derechos, son de aquellos donde se dependen como categoría los derechos

²⁴ *Ibíd.*, 30.

²⁵ Lina Parra, “Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo, el derecho al trabajo”, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 78.

²⁶ Constitución de la República del Ecuador [2008], Registro oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 11 numeral 6. En adelante se cita como CRE.

fundamentales, definidos como derechos específicos positivizados en los textos constitucionales, pero para que éstos se hagan efectivos sin duda debemos hablar de los derechos subjetivos.

Para analizar los derechos subjetivos debemos partir, afirmando que el hombre aislado en una sociedad no existe, puesto que el simple hecho de su relación en la sociedad, permite una interrelación dando como consecuencia la generación de derechos subjetivos.

Sin embargo al hacer referencia a los derechos subjetivos de cada individuo en la sociedad ¿a qué nos referimos?. Para contestar ésta interrogante me apoyaré en algunas definiciones realizadas por los autores acerca de los derechos subjetivos, entre los cuales cito al autor Savigny para quien es: “un poder o facultad del individuo, dentro de cuyos límites, su voluntad reina con el consentimiento de todos”²⁷.

Para Jean Dabin “[...] el derecho subjetivo implica relación entre el sujeto titular y otras personas.”²⁸. Además que para el autor Tulio Chinchilla define la existencia de los derechos subjetivos “[...] cuando hay una norma jurídica que otorga facultades ejercitables judicialmente por un sujeto para obligar a alguien a cumplir un acto (acción u omisión) que favorece al primero.”²⁹. Para la existencia de un derecho, éste debe estar establecido previamente en una norma jurídica por ende vigente; y al existir una relación directa entre el individuo y otras personas o instituciones, el derecho vulnerado podrá ser ejercitable a través de un mecanismo de impugnación a fin de hacer cumplir los intereses jurídicamente protegidos.

Edmundo Gatti define a los derechos subjetivos como “[...] un poder o facultad atribuido a una voluntad por el derecho objetivo para la protección de un interés, o a la inversa, que es un interés protegido por el derecho objetivo mediante el otorgamiento de un poder o facultad a una voluntad.”³⁰

Además el autor Germán Bidart Campos define a los derechos subjetivos como: “la facultad o potestad del titular del derecho para movilizar al aparato jurisdiccional del

²⁷ Savigny, *Sistema de Derecho Romano actual*, citado por Edmundo Gatti, “Derechos Subjetivos (Poderes y Facultades) y Relaciones Jurídicas (Absolutas y Relativas)”, (Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 2005), 13.

²⁸ Jean Dabin, “El Derecho Subjetivo”, traducido por Francisco Javier Osset (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955), 50.

²⁹ Tulio Elí Chinchilla Herrera, “¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?”, (Santa Fé de Bogotá: Telmis, 1999), 16.

³⁰ Gatti, “Derechos Subjetivos (Poderes y Facultades)”, 14.

Estado a efectos de que, mediante la coacción, proporcione al mismo titular el cumplimiento del débito por parte del sujeto pasivo obligado.”³¹

Los individuos al encontrarse en relación con la sociedad tienen intereses los cuales son jurídicamente protegidos, a través de las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico que regularán la conducta humana para una convivencia en armonía de todos los individuos. Sin embargo, el Estado para precautelar el cumplimiento de su ordenamiento jurídico establece medidas de coacción a fin de cumplir los intereses precautelados en el ordenamiento jurídico.

El concepto que nos ocupa fue reelaborado por Winscheid, para quien “[...] es potestad o señorío de la voluntad, impartido por el orden jurídico.”³² de igual forma afirma que “[...] la voluntad imperante en el derecho subjetivo es la voluntad del ordenamiento jurídico no la voluntad del titular. Empero, la voluntad del ordenamiento jurídico deviene operante solamente si es “prestada” a aquel que según el ordenamiento mismo tiene capacidad de convertirse en sujeto activo de la relación jurídica”.³³

En este sentido podemos decir que si bien el sujeto tiene una potestad otorgada a través de una norma jurídica, no es la potestad deseada por el individuo sino la potestad entregada por el Estado a través de una norma vigente, siendo éste el encargado de establecer las potestades y atribuciones a cada caso, existiendo únicamente las posibilidades de reclamación judicial que el Estado establezca y limitando las que por fuera de éste podrían existir. Es decir, más que una entrega de facultades existe una renuncia por parte de los individuos a las facultades que podrían existir.

Así, para Jellinek, el derecho subjetivo es por tanto “[...] la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o a un interés. Solamente el reconocimiento jurídico de la potestad de querer dirigida a un bien o a un interés puede producir esta individualización del derecho su

³¹ Bidart Campos, “Teoría General de los Derechos Humanos”, 17.

³² Winscheid, *Diritto delle Pandencte*, citado por Alexei Julio Estrada, “La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek”, (Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997), 43.

³³ *Ibíd.*, 44.

conexión con una determinada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo.”³⁴

El derecho subjetivo es la facultad otorgada a un individuo con el objeto de precautelar sus intereses, en este contexto el individuo es titular de cada uno de los derechos otorgados, es decir ser titular de los mismos, ejerciendo sus derechos; ante la vulneración de éstos podrá hacer uso de la tutela y por ende exigir al Estado su restitución.

Jorge Benavides menciona que los derechos subjetivos son: “propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos que representan, tienen reconocimiento constitucional, de ahí que dicho reconocimiento se derivan consecuencias de tipo jurídico, tales como la tutela judicial efectiva y el contenido esencial.”³⁵. Si bien los derechos son subjetivizados por el individuo, éstos a su vez sufren transformaciones ya sea en el ámbito económico, social y cultural, de igual forma el Estado con cada actuación realizada.

Para hablar de las transformaciones dadas a los derechos subjetivos me valdré de la teoría de integración del autor alemán Smend, caracterizada por su constante evolución y renovación en el ámbito Estatal. El teórico distingue tres tipos de integración que son: la personal, la funcional y la material, para el presente caso haré mención a la integración material debido a las transformaciones que sufre el Estado de acuerdo a las diferentes actividades que realiza. Es decir, el Estado existe y se moderniza a través de sus actos, persiguiendo objetivos comunes con los cuales se legalizará la existencia del mismo. Los objetivos comunes se representarán a través de valores, los que son otorgados por la comunidad y estos a su vez tendrán una relación justificada con la colectividad.

En este contexto sostiene el teórico Smend que: “La condición para que los valores tengan eficacia y vida propia es la misma comunidad en que son vividos y a la que actualizan. Y viceversa también la comunidad depende de los valores que la sustentan”.³⁶

³⁴ Georg Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, citado por Estrada, “La teoría de los derechos públicos subjetivos”, (Bogotá: I.E.C.C.R.P, 1997), 45.

³⁵ Jorge Benavides Ordoñez, “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, en Jorge Benavides O. y Jhoel Escudero S., coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, CEDEC, 2013), 75.

³⁶ Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, citado por Benavides Ordoñez, “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, en Benavides y Escudero, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 77.

La afirmación que hace el teórico Smend, es acertada puesto que los valores deben nacer de la comunidad, con la finalidad que sea ésta quien los respete, sin embargo los valores con el transcurso del tiempo, el desarrollo y las circunstancias se irán mutando. Para que los valores sean respetados deben nacer de la propia comunidad garantizando así su eficacia, además dependerán de éstos para una convivencia pacífica.

Si bien hemos analizado el derecho subjetivo, debemos mencionar que engloba tanto al derecho subjetivo público como al privado, sin embargo, para hacer esta distinción me valdré del análisis que realiza el investigador Jellinek quien “[...] recurre a dos conceptos fundamentales: el *licere* (calidad de ser lícito) y el *posee* (potestad jurídica)”³⁷; si bien ambos conceptos guardan estrecha relación; El *licere* constituye “[...] las acciones jurídicamente relevantes, permitidas por el ordenamiento jurídico”³⁸.

Como principal fuente del derecho subjetivo privado como público, se encuentra el ordenamiento jurídico el cual es emanado por el Estado. En este sentido al existir una controversia entre ambos derechos privados, éstos serán sometidos al poder soberano a través de su ordenamiento jurídico, cuya ganancia o pérdida no es de trascendencia para el Estado puesto que no existe afectación alguna para éste.

El derecho subjetivo privado es regulado por el ordenamiento jurídico, de igual forma el derecho subjetivo público es regulado por el mismo ordenamiento, en este sentido nuestro principal objetivo en el presente tema será la creación del ordenamiento jurídico, que a su vez como lo habíamos manifestado, es el Estado. Entonces será el Estado quien otorga las potestades jurídicas, a cada persona, para el ejercicio de sus derechos; y, para que estas potestades puedan ser relevantes deberán contar con el reconocimiento en el ordenamiento jurídico. Es decir que únicamente es lícito lo que se encuentra enmarcado dentro del ordenamiento jurídico.

Para Jellinek el derecho público subjetivo consiste: “[...] en la capacidad de poner en movimiento normas jurídicas en interés individual.”³⁹. Entonces como principal objetivo del derecho público subjetivo, está la potestad jurídica otorgada a través del ordenamiento jurídico para el ejercicio de una relación jurídica entre el individuo y el Estado. A través del

³⁷ Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, citado por Estrada, “La teoría de los derechos públicos subjetivos”, 46.

³⁸ *Ibíd.*, 46.

³⁹ *Ibíd.*, 48.

ordenamiento jurídico se puede asegurar la posibilidad de recurrir a la tutela judicial efectiva.

Los derechos públicos subjetivos son facultades otorgadas a cada individuo para hacer ejercer sus derechos, a través del ordenamiento jurídico interno. Cabe acotar que estas facultades son emanadas por el Estado quien determinará que es lícito y que no lo es, dejando de lado facultades existentes sin reconocimiento en el ordenamiento jurídico, por tanto “ilícito” para el Estado. Sin embargo, las facultades que fueron reconocidas como “lícitas” en el ordenamiento jurídico podrán ser utilizadas por el individuo, ante la vulneración de un derecho por parte de la administración pública, es decir podrán recurrir a una tutela judicial efectiva. Empero a pesar de existir una tutela judicial, en mucho de los casos no existe una correcta aplicación.

Habiendo aclarado los derechos humanos, fundamentales y subjetivos puedo decir que, si bien los derechos humanos son la base de los derechos subjetivos y fundamentales, los tres se relacionan entre sí, puesto que cada uno cumple una función especificada en campo y espacio, en otras palabras los derechos humanos serán los encargados de establecer en cada momento histórico las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, buscando así la protección del individuo en su integridad; entonces estaríamos diciendo que la protección es hacia el individuo, el cual podrá hacer uso de las facultades a través de la tutela.

Para que el derecho subjetivo se cumpla debe estar mencionado en normas vigentes pero ¿a qué nos referimos como normas vigentes? Las normas vigentes hacen alusión exclusivamente a las reglas que se encuentran en los diferentes cuerpos legales que rigen el ámbito jurídico.

Con la finalidad de aclarar la interrogante planteada podemos citar a Robert Alexy quien afirma que “[...] tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, porque se encuentran en la esfera del deber ser, los dos pueden ser construidos recurriendo a formulaciones que mandan, prohíben y permiten”⁴⁰.

De ahí que, el derecho subjetivo nace de una norma jurídica, una ley o un contrato en el cual las partes acuerden sus voluntades, el contrato puede ser entre particulares o a su

⁴⁰ Robert Alexy, *Los derechos constitucionales y el sistema jurídico* citado por Benavides Ordóñez, “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, en Benavides y Escudero, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 87.

vez entre un particular y el Estado; entonces para que pueda hacerse efectivo el derecho sobre otro, éste debe hacerse constar en una norma jurídica. En este sentido cabe señalar el criterio emitido por la investigadora Eddy De la Guerra al manifestar que “[...] todas las personas pueden celebrar actos y contratos conforme las reglas establecidas en la norma correspondiente dependiendo de la naturaleza jurídica y objeto del mismo, las reglas para celebrar actos y contratos son generales y por ende objetivas [...]”⁴¹.

A diferencia del modelo positivista, observa la aplicación total de la norma o su no aplicación, sin dejar la posibilidad de una aplicación progresiva, sin embargo los principios no pueden ser aplicados directamente a través de formulaciones que “mandan, prohíben o permiten”, las normas sí, puesto que, estas se pueden aplicar en su totalidad; por lo tanto Alexy señala que: “entre ambas normas existen diferencias de fondo, puesto que los principios pueden ser aplicados de modo gradual, en tanto que las reglas no gozan de esta calidad, y se aplican en todo o nada”.⁴²

¿Por qué es importante esta precisión?, porque el Estado a través de sus funcionarios debe emitir actos administrativos de todo tipo, éstos podrán ser fundamentados a través de principios y en el caso de existir una controversia entre los mismos, se podrá dirimir de acuerdo a la valoración de cada uno; de igual forma en el caso de existir una antinomia, se deberá valorar la jerarquía de las normas en contraposición de cada una de ellas, a más de la ponderación de principios que las afectan, a fin de expulsar del sistema jurídico la norma que se encuentra interfiriendo en la correcta aplicación de la norma jerárquicamente superior, para lo cual los principios servirán como discernimiento.

Si el Estado mediante acción u omisión de acto administrativo vulnera derechos subjetivos, el administrado podrá reclamar a través de las diferentes vías administrativas la restitución del derecho quebrantado, las cuales serán desarrolladas en el capítulo segundo.

Cuando el administrado suscriba un contrato con el Estado, ya sea para la ejecución de bienes o servicios, y éste a su vez dé por terminado el contrato sin la consecución de un procedimiento previamente establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

⁴¹ Eddy De la Guerra Zuñiga, “Introducción al Derecho”, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 74.

⁴² Robert Alexy, *Los derechos constitucionales y el sistema jurídico* citado por Benavides Ordóñez, “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, en Benavides y Escudero, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 87.

Contratación Pública, éste podrá impugnar la falta del debido proceso ante la vía constitucional. Para lo cual desarrollaremos a continuación el presente problema.

1.7. Derecho al debido proceso

Una vez analizados los derechos humanos, fundamentales y subjetivos es necesario aterrizarlos específicamente en materia de contratación pública esto es, el derecho que tienen los administrados para acceder a la restitución de un derecho vulnerado. En este sentido es menester citar el artículo 76 de la CRE que textualmente dice: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas...”⁴³.

En este sentido para que un administrado pueda acceder a la restitución de un derecho quebrantado se valdrá del debido proceso, el cual es “un derecho constitucional de defensa de los derechos de los ciudadanos [...] pues este debe funcionar en todas las etapas de un proceso sea la naturaleza que fuere [...]”⁴⁴. En materia de contratación pública el administrado podrá a través del debido proceso protegerse de los excesos y abusos de poder de la administración pública o judicial.

Al encontrarnos en un Estado constitucional de derechos y de justicia en el cual los derechos limitarán al Estado en sus diferentes actuaciones, las mismas irán limitadas en razón de las normas vigentes, ejerciendo así una justicia plena en favor de los administrados.

Es menester citar una expresión realizada por la Corte Constitucional de Colombia, que hace alusión al debido proceso al “Considera el actor que la disposición acusada al contemplar únicamente el deber de comunicar una actuación administrativa a un tercero que pueda resultar afectado, vulnera el derecho fundamental al debido proceso, al no brindar las garantías necesarias para ejercer los derechos de defensa y contradicción [...] aplicables no solo a procesos judiciales, sino también a aquellos de carácter administrativo[...]”⁴⁵

⁴³ CRE, art. 76.

⁴⁴ Mario Rafael Zambrano Simball, “Los principios Constitucionales del debido proceso y las garantías jurisdiccionales, de acuerdo a la nueva Constitución de la República”, (Quito: Ph Ediciones, 2009), 7.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>

El debido proceso es un derecho fundamental instituido en el texto Constitucional, con el que cuenta el administrado, en el caso que, se sienta afectado por un acto administrativo que vulneró sus derechos, podrá hacer uso de las diferentes leyes para su restitución. Sin embargo, para que el debido proceso se constituya deberá garantizarse la imparcialidad de un juez independiente ante el conflicto con la finalidad de llegar al dictamen de una resolución justa. El Estado podrá sancionar al administrado por una falencia en la ejecución contractual o cualquier actuación para lo cual deberá ceñirse a un procedimiento claramente preestablecido, respetando las garantías constitucionales.

Entonces definiré al debido proceso como un derecho fundamental, con el que cuenta el administrado, en cuya ejecución contractual podrá hacer uso de éste mecanismo para el resarcimiento de un derecho violentado, valiéndose de procedimientos claramente definidos por las leyes internas, es decir el derecho a ser oído ante un tribunal imparcial, respetando las garantías constitucionales que permitan que un determinado proceso administrativo cumpla con todos sus elementos, desde su inicio hasta su conclusión y sin discriminación de ningún tipo, es así que el debido proceso tendrá como finalidad proteger los derechos constitucionales, para lo cual será fundamental contar con un juez independiente en la emisión de dictámenes con total imparcialidad y justicia.

No podemos dejar de mencionar que el debido proceso se encuentra directamente relacionado con la seguridad jurídica según el artículo 82 de la CRE que dice: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”⁴⁶. La seguridad jurídica cerciorará el respeto a la Constitución, además de velar por un ordenamiento interno apropiado para el ejercicio de los derechos, los cuales ante un conflicto deberán ser dilucidados por leyes claras, sin dejar a discreción de las autoridades de turno su interpretación, emitiendo así un dictamen con total imparcialidad y justicia.

El investigador Mario Zambrano hace la siguiente aseveración: “debido proceso, se refiere a aquella ley del país, que extrae su autoridad de los poderes inherentes y reservados del Estado, ejercidos dentro de los límites de aquellos principios fundamentales de libertad y justicia, que yacen en la base de todas las instituciones civiles y políticas.”⁴⁷. El debido

⁴⁶ CRE, art. 82.

⁴⁷ Zambrano Simball, “Los principios Constitucionales del debido proceso y las garantías jurisdiccionales”, 27.

proceso se convierte en un escudo de protección para los administrados, el cual contendrá las diferentes garantías para restituir los derechos quebrantados.

1.8. Derecho a la defensa

Para asegurar el debido proceso, la Constitución a través de su artículo 76 incluye garantías básicas detallándolas en siete numerales y doce literales. Para el caso que nos compete se tomará en cuenta el derecho a la defensa, “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías [...]”⁴⁸. En este sentido es necesario establecer en qué consiste el derecho a la defensa para lo cual me apoyaré en el Doctor Mario Zambrano el cual menciona que “El derecho de defensa corresponde a todo habitante del Estado, especialmente el derecho de defensa en general, para aquellos que intervienen como actores o como acusados, esta disposición constitucional tiene ámbito de aplicación en el área penal, administrativa, civil, o de otra naturaleza”⁴⁹.

En el caso que nos ocupa será el derecho que tiene el administrado de poder contar con la defensa, la cual deberá presentar pruebas, alegatos necesarios sin obstáculo ni limitación alguna y en el momento oportuno, con la finalidad que su derecho sea restituido y por ende no quede en indefensión. Por ninguna circunstancia se establecerán limitaciones ilegales mediante los cuales se prohíba exhibir las intenciones procedentes o impedir que el abogado por parte del administrado pueda presentar sus alegaciones en el momento pertinente.

Será entonces, para el presente caso, el derecho a la defensa, el derecho subjetivo que entrega el Estado al administrado, para que ante una posible vulneración de derechos ya sea de sus bienes jurídicos o de sus intereses pueda acceder a una justicia sin infringir un debido proceso para lo cual se valdrá de una defensa adecuada y oportuna, antes y durante el proceso, garantizando así una legítima defensa evitando con ello que el administrado quede en indefensión, cumpliéndose con la norma suprema al establecer que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones

⁴⁸ CRE, art. 76 numeral 7.

⁴⁹ Zambrano Simball, “Los principios Constitucionales del debido proceso y las garantías jurisdiccionales”, 52.

judiciales será sancionado por la ley”⁵⁰ además del artículo 76 literal m) el cual textualmente dice “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos [...]”⁵¹ es por eso pertinente iniciar con el análisis del derecho a recurrir, en qué consiste y cuáles son sus ventajas, las mismas que serán desarrolladas a continuación.

El derecho a la defensa es el poder acceder a la justicia sin transgredir los preceptos del debido proceso, es el derecho subjetivo que el Estado entrega, en este caso, al administrado para que ante una posible vulneración de derechos pueda exigir la protección de sus bienes jurídicos o intereses antes y durante un proceso, ejerciendo así su derecho legítimo. Se puede considerar la limitación a la legítima defensa cuando el acusado o abogado defensor sea coartado al desarrollar su defensa.

La legítima defensa evita que el ciudadano quede en indefensión, garantizando la protección de derechos establecidos en la constitución y con ello una defensa técnica. Por eso es de vital importancia que exista una prueba fidedigna lo cual se relaciona perfectamente con el art. 76 numeral 7 literal h) es la defensa que tiene todo ciudadano dentro de un proceso

1.9. Derecho a recurrir

Para analizar el derecho a recurrir es menester citar a la Corte Constitucional al mencionar que: “El derecho a recurrir se ha incorporado dentro de los textos constitucionales para limitar el poder que asume el juez dentro de una determinada causa, puesto que aquel es susceptible de cometer errores, ante lo cual, se garantiza que un juez o tribunal superior determine si la actuación del juez de primera instancia es acorde con la Constitución y las leyes.”⁵².

La CRE establece en su art. 76, numeral 7, literal m) “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”⁵³. En este sentido, el administrado ante la vulneración de un derecho reconocido en un acto administrativo podrá

⁵⁰ CRE, art. 75.

⁵¹ CRE, art. 76, literal m.

⁵² Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Letty Alexandra Proaño García], Sentencia No. 045-15-SEP-CC, de 25 de febrero de 2015. Caso No. 1055-11 EP.

⁵³ CRE, art. 76, numeral 7, literal m.

reclamar en contra del acto emitido, bien ante la misma autoridad que lo emitió o ante su superior, ejercitándose así el derecho a reclamar contemplado en el texto Constitucional.

El derecho a la impugnación es un derecho subjetivo de quien interviene en el proceso, es así que la impugnación se convierte en un recurso de los administrados, traduciéndose en la interposición como medio para obtener la corrección de los errores de la administración pública que perjudican al administrado.

Capítulo Segundo

Vías necesarias para la reparación del derecho vulnerado

2.1. Justiciabilidad de derechos en un Estado constitucional de derechos y de justicia

Para hablar de Estado, realizaré una pequeña remembranza de lo que ha ocurrido en los últimos años en el Estado Ecuatoriano, con la finalidad de llegar a analizar si los derechos de los cuales habíamos hablado son justiciables y sí con la actual Constitución vivimos en un Estado Constitucional de derechos y de justicia.

A partir del año 2008, el Ecuador ha sufrido una transformación radical en lo que corresponde a nuestro sistema constitucional y por ende se han realizado modificaciones al diseño institucional del sistema político, así como a la normativa existente, que deberá ir de la mano con la naciente constitución.

La Constitución, representa grandes avances en temas de derechos y garantías constitucionales, lo cual no ocurría con la fenecida constitución; ventajosamente actualmente, se permite tanto a los sujetos como a los actores sociales puedan acceder a los derechos y garantías, otorgados por el Estado a través de su Constitución; es decir, se han creado la mayor cantidad de derechos que en ninguna otra Constitución.

Pero al hablar de derechos y garantías establecidos, empezaré por citar el artículo 1 dice: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia [...]”⁵⁴

Ramiro Ávila Santamaría al referirse al Ecuador como un Estado constitucional hace la siguiente reflexión: “El Estado constitucional es el resultado de la evolución del Estado legal. El Estado legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder solo puede hacer lo determinado en la ley y todo acto privado es permitido en tanto no esté prohibido. El Estado constitucional, en cambio se basa en que los actos públicos están sometidos a la constitución, incluso la ley.”⁵⁵

⁵⁴ *Ibíd.*, art. 1.

⁵⁵ Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 406.

Al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y de justicia, la Constitución se convierte en una norma de carácter especial, la cual según su artículo 424 de la CRE contempla como una norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico; es decir será la encargada de dictar las directrices, a ser observadas en estricto cumplimiento, por las autoridades cuyos actos jurídicos tendrán estrecha relación y en ningún caso podrán emitir actos jurídicos contrarios a la misma. Fue creada con la finalidad de facilitar la ejecución de la administración pública, más no como un sistema que condicione o dificulte la ejecución de la misma.

En este sentido “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 de poder público, afectarán los derechos que reconoce la Constitución.”⁵⁶

El citado artículo, hace énfasis a los derechos previstos en la Constitución, los cuales no podrán ser menoscabados, con las adecuaciones realizadas por parte de la Asamblea Nacional a las leyes y demás normativa jurídica, es decir en ningún caso los actos de la administración de poder, podrán afectar los derechos reconocidos en la Constitución. Lamentablemente en la actualidad esta disposición, en algunos casos se convierte en letra muerta, por ejemplo la última reforma realizada a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual en su inciso 7 del artículo 102, dispone que los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la ley, artículo que lesiona radicalmente el artículo 88 del texto constitucional, el cual reconoce el derechos de acceder al amparo directo a la acción de protección; la que tendrá como objeto la protección directa de los derechos reconocidos en la constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales.

⁵⁶ CRE, art. 84.

Estas cuestiones demuestran que los derechos junto con los principios, se hicieron para respetarlos “[...] el juez en un Estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la Constitución”⁵⁷.

Como había mencionado, el Ecuador es un Estado que a más de ser constitucional, también es un Estado de derechos y de justicia, para analizar estos conceptos me valdré del investigador Ramiro Ávila Santamaría que dice: “El Estado de derecho se caracterizó, aunque suene tautológico, por el sometimiento del Estado al derecho, entendiendo al derecho como el conjunto de normas válidas formalmente”.⁵⁸

En cambio en el *Estado de derechos*, los puntos de referencia cambian profundamente según la tesis “efecto de irradiación” sostenida por Robert Alexy:

“Por un lado, 1.el Estado; y 2 el derecho del que éste emana, están sometidos a los derechos de las personas y las colectividades. Esto quiere decir que nuestros representantes parlamentarios no tienen libertad para configurar la ley, sino que están estrechamente vinculados por los derechos. Los derechos se entienden y se interpretan a partir de la realidad en la que ocurren las violaciones o restricciones a su ejercicio. Luego, los derechos, no pueden ser autónomos sino que es reflexivo y se entiende gracias al auxilio de otras ciencias. Por otro lado 3. El punto de referencia ya no es exclusivamente el Estado sino el poder. Todo poder que pueda vulnerar o vulnerar los derechos humanos está limitado y vinculado por los derechos.”⁵⁹

El Estado al ser sometido por los derechos tiene el carácter de constitucional, por consiguiente se encuentra sometido a las normas y principios plasmados en la Constitución, los cuales serán de total aplicación. Además será el encargado de restringir las arbitrariedades por parte de las autoridades investidas de poder, así como velar por las actuaciones de justicia de los sujetos, comunidades y nacionalidades, que habitan en un país.

La Constitución de la República del Ecuador, al ser una norma suprema, donde prevalecen los derechos, éstos pueden ser exigidos por parte de los actores sociales, cuando se encontraren ante la vulneración de uno de ellos, podrán solicitar su resarcimiento al

⁵⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y de justicia”, en Andrade, Grijalva, Storini, edit. *La nueva constitución del Ecuador*, 19.

⁵⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución de 2008.”, en Andrade, Grijalva, Storini, edit. *La nueva constitución del Ecuador*, 408.

⁵⁹ Robert Alexy, *Efecto en terceros o efecto horizontal*, en Jorge Benavides O., Jhoel Escudero S., coord. Manual de justicia constitucional ecuatoriana (Quito: CEDEC, Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 83.

Estado ya sea de “forma individual o colectiva ante las autoridades competentes las cuales garantizarán su cumplimiento”⁶⁰

Tulio Chinchilla Herrera hace la siguiente reflexión: “todos los derechos subjetivos son esencialmente justiciables, es decir a los que la posibilidad de reclamar judicial (justiciabilidad) les marca una de sus características consustanciales [...]”⁶¹; en este sentido todos los derechos son plenamente justiciables.

El Estado constitucional de derechos concentra la capacidad de ejecutar los derechos establecidos en el texto constitucional ante la solicitud de los administrados. Es decir, tiene responsabilidad sobre las actuaciones de las autoridades de turno además del “deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la constitución”.⁶²

Como podemos apreciar nuestra Constitución, concentra una cantidad de principios y derechos como en ninguna otra, es por aquello que no debemos permitir que éstos derechos sean plasmados como norma enunciada, sino más bien llegar al cabal cumplimiento de los mismos. El artículo 11 numeral 3 de la CRE establece que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución serán de inmediata aplicación por los servidores públicos; para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no se encuentren preestablecidos en la Constitución o la Ley. Los derechos serán plenamente justiciables y no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación [...]”⁶³.

El citado articulado deja la puerta abierta al mencionar que: “para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no se encuentren preestablecidos en la Constitución o la Ley”⁶⁴, puesto que a través de una ley, se puede hacer mención, a requisitos que menoscaben derechos contemplados en la constitución, para ejemplificarlo citaré el numeral 3 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en adelante LOGJCC, correspondiente a requisitos para la presentación de acciones de protección, el cual dice: “Inexistencia de

⁶⁰ CRE, art. 11 numeral 1.

⁶¹ Tulio E. Chinchilla Herrera, “¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?”, 17.

⁶² CRE, art. 11 numeral 9.

⁶³ *Ibíd.*, art. 11 numeral 3.

⁶⁴ *Ibíd.*

otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”⁶⁵; es decir si existiere en algún cuerpo normativo algún mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz no se podría presentar una acción de protección, vulnerándose así el artículo 11 numeral 4 de la CRE menciona: “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”⁶⁶.

El numeral 3 del artículo 11 de la CRE hace referencia que, a través de una ley de menor jerarquía, puedan restringirse derechos, como es el caso antes citado, dejando así en total indefensión al administrado. En general se puede afirmar que: “La Constitución ya no está para defender a la sociedad frente a la discrecionalidad o arbitrariedad del poder político, sino para garantizar la plena realización de los derechos sociales y económicos, en cuyo objetivo los derechos civiles y políticos, que constituyen una efectiva estructura de emancipación de la sociedad, bien podrían acotarse o escamotearse”⁶⁷.

Ante la vulneración de los derechos de los administrados, ¿dónde se aplica la justicia mencionada en el artículo 1?. Ante esta interrogante Hernán Salgado Pesantes menciona: “La justicia constitucional es un tema que forma parte de la *Teoría de la Constitución*, por su inseparable vinculación a la ley suprema, de cuyo cumplimiento o efectividad es garante. Por ello, a partir del jurista austríaco Hans Kelsen, se concibió la justicia constitucional como la garantía jurisdiccional de la Constitución”⁶⁸.

Entonces al ser la justicia constitucional el eje fundamental de las garantías constitucionales automáticamente se convierte en norma suprema cuyo objetivo será garantizar los derechos en ella establecidos. En este sentido de considerarse necesario la creación de nuevas leyes o reformas a las ya existentes deben guardar completa armonía con los principios y derechos preestablecidos. Por otro lado, Luigi Ferrajoli, propone “otorgar a la justicia constitucional un lugar preeminente dentro de la estructura de un Estado constitucional de derecho. Esta nueva forma de Estado fortalecería el principio ya consagrado de primacía de la Constitución, pero profundizando el mandato sustitutivo de

⁶⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento No. 52, de 22 octubre de 2009, art. 40 numeral 3, en adelante se citará como LOGJCC.

⁶⁶ CRE, art. 11 numeral 4.

⁶⁷ Julio Echeverría, “El Estado en la nueva Constitución”, en Andrade, Grijalva, Storini, edit. *La nueva constitución del Ecuador*, 15.

⁶⁸ Hernán Salgado Pesantes, “Manual de justicia constitucional ecuatoriana”, (Quito: Corporación editora nacional, 2004), 15.

toda la institucionalidad estatal de impedir la violación de derechos u ordenar a las autoridades públicas, elegidas o no, la ejecución de acciones que los hagan efectivo”.⁶⁹

Al ser la justicia constitucional parte medular de la Constitución, su principal labor será ser garante, del cabal cumplimiento del texto constitucional, así como de las normas de ellas derivadas; es decir ejerciendo una garantía jurisdiccional, cumpliéndose de esta manera los derechos y principios contemplados, así como su primacía.

Pero los llamados a garantizar su fiel cumplimiento, son los jueces constitucionales, para lo cual el Estado ha creado un órgano único que es la Corte Constitucional, él llamado a la interpretación ante la oscuridad de la norma Suprema, y no únicamente como se señala que “[...] los jueces constitucionales son “legisladores negativos” a diferencia de los verdaderos legisladores que elaboran y aprueban las leyes. El legislador negativo se abstiene de dar nuevas normas legales en reemplazo de aquellas inconstitucionales, únicamente las anula o, como dice nuestra Constitución, las suspende, es decir son retiradas del mundo jurídico.”⁷⁰

La Constitución del Ecuador con la finalidad de velar por la justicia constitucional crea mecanismos para ejecutar los principios y derechos fundamentales instituidos valiéndose de un conjunto de órganos judiciales los cuales tendrán como objetivo controlar al Estado y defender la libertad; sin embargo más allá de aquello, será el velar por el correcto funcionamiento de los órganos del Estado en la emisión de los diferentes actos, resoluciones o sentencias, las cuales deberán emitirse con total imparcialidad y en imperio de la justicia.

En este contexto serán los jueces constitucionales los llamados a analizar a profundidad las cuestiones litigadas para verificar la existencia de alguna vulneración de derechos y mediante sentencias motivadas resarcir el daño ocasionado.

Será la Corte Constitucional, quien como máximo organismo jurisdiccional encargado de velar por la aplicación de la Constitución, actuará sobre las demás funciones del Estado, evitando así la preeminencia del Estado sobre la justicia constitucional. La Corte Constitucional tendrá como deber modificar leyes que no se encuentren acorde a la

⁶⁹ Luigi Ferrajoli, citado por César Montúfar, “Estado constitucional de derecho y democracia sustantiva en el Ecuador”, en Julio Echeverría-César Montúfar, edit. *Plenos poderes y transformación constitucional* (Quito: Ediciones Abya- Yala, 2008), 361.

⁷⁰ Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 18.

Constitución así como: “Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluyan que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.”⁷¹

Agustín Grijalva realiza la siguiente reflexión al respecto:

En consecuencia, una tarea urgente y central de la nueva Corte Constitucional consiste en contribuir al desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos constitucionales. Aunque los contenidos esenciales de los derechos pueden hallarse en la propia Constitución y en el Derecho internacional de los derechos humanos, así siempre éstos sean demasiado generales y abstractos frente a la complejidad y diversidad de la legislación y de los casos concretos a que se aplica.⁷²

En este sentido, no podemos dejar de hablar acerca de las fuentes de derecho, a fin de manifestar la trascendencia de los dictámenes emitidos por los jueces, y la ley como fuente principal del derecho. Para hablar del origen de las normas debo hacer mención a las fuentes del derecho las cuales serán clasificadas en materiales y formales. Llamaremos a las fuentes materiales “aquellos lugares, sitios, es decir núcleos jurídico-sociales donde se produce el derecho y ellas pueden ser *directas e indirectas*”⁷³ al hablar de las fuentes materiales directas serán “aquellos organismos o entidades que gozan de *poder originario*, es decir aquellos entes públicos que por mandato constitucional estén facultados y tengan el poder para la creación de la norma en sus diferentes formas de expresión”⁷⁴. Entonces será la Asamblea Nacional la principal fuente material directa de derecho, la encargada de emitir leyes y demás normas jurídicas para la correcta convivencia en armonía de la sociedad. Encontramos además como fuente de derecho a la función ejecutiva así como los organismos de administración seccional y descentralizada que según el texto constitucional tiene facultades legislativas y reglamentarias.

Empero no podemos dejar de lado, como otra de las fuentes materiales a los Tribunales de Justicia, puesto que para el presente análisis, será de gran importancia ya que a través de éstos se emitirá jurisprudencia; para llegar a ésta aseveración, debemos señalar de donde nace esta jurisprudencia y como llega a constituirse como fuente material directa del derecho.

⁷¹ CRE, art. 436 numeral 3.

⁷² Agustín Grijalva, “Interpretación Constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Andrade, Grijalva, Storini, edit. *La nueva constitución del Ecuador*, 279.

⁷³ Eddy De la Guerra Zúñiga, “Introducción al derecho”, 90.

⁷⁴ *Ibíd.*, 90-1.

Al ser los Tribunales de Justicia fuente de jurisprudencia, debemos hablar tanto de la Corte Nacional de Justicia como la Corte Constitucional, puesto que sus precedentes se constituyen en fuente primaria de derecho. Es así que la investigadora Eddy de la Guerra manifiesta que: “el rol primordial de los órganos jurisdiccionales es el de administrar justicia, lo cual necesariamente conlleva juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en cuyo caso sus pronunciamientos son obligatorios para las partes y cuando cumplan con las reglas del sistema de precedentes jurisprudenciales, serán de cumplimiento obligatorio.”⁷⁵

El artículo 184 de la CRE, hace referencia a las funciones de la Corte Nacional de Justicia entre las cuales se encuentran las de: “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración [...] Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia”⁷⁶; Es así que el citado artículo no solo le da la potestad de desarrollar precedentes jurisprudenciales sino que además, le otorga la facultad de presentar proyectos de ley; generando así la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia como fuente material directa en donde se origina parte del derecho.

La Corte Constitucional es otro de los organismos del Estado en donde se genera el derecho ya que al “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”⁷⁷ se genera fuente material directa del derecho; a fin de precisar de mejor manera el tema, Eddy De la Guerra hace la siguiente reflexión: “El único mecanismo para que se considere como fuente formal es su incorporación en la jurisprudencia como motivación para sentar un precedente jurisprudencial y ese es precisamente el rol de la Corte Constitucional, a tal punto que la importación de doctrina extranjera se ha utilizado para formalizar el criterio de algunos doctrinarios y convertirlos en fuente del derecho”⁷⁸, es así que el precedente tanto de la Corte Nacional como de la Corte Constitucional se constituyen en fuente formal de derecho.

⁷⁵ *Ibíd.*, 94-5.

⁷⁶ CRE, art. 184 numerales 2 y 4.

⁷⁷ *Ibíd.*, art. 436 numeral 6.

⁷⁸ De la Guerra Zúñiga, “Introducción al derecho”, 100.

La jurisprudencia se convierte en fuente formal del derecho, por ende los jueces tanto de la Corte Nacional como de la Corte Constitucional juegan un papel fundamental ya que serán los encargados de resolver, con aplicación de la jurisprudencia dictada en casos análogos, así como emitir sentencia que constituyan jurisprudencia vinculante.

La Corte Constitucional como fuente de precedentes jurisprudenciales tendrá como deber la “Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.”⁷⁹

El papel del juez constitucional es fundamental, puesto que será el encargado de “pronunciarse sobre sentencias o cualquier tipo de resolución que hayan causado estado y efecto de cosa juzgada, está claro que el papel del juez constitucional no es de un peón en un juego de ajedrez, probablemente no sea ni siquiera una pieza importante sino el dueño del tablero que siempre interviene en calidad de jugador irremplazable.”⁸⁰

Al ser el juez constitucional el encargado del pronunciamiento de sentencias o cualquier tipo de resolución de cuyo pronunciamiento causara precedente y a su vez fuerza vinculante, deberá alejarse de su corriente personal a fin de que ésta no afecte en los dictámenes emitidos, ya que no será únicamente un dictamen resuelto, sino más bien, un dictamen con trascendencia creadora de fuente de derecho materializada en jurisprudencia; Si bien no es una fuente directa de derecho, al final de cuentas, fuente de derecho en menor jerarquía. Será el juez el creador de jurisprudencia apegado a derecho y a la realidad social en la que se encuentra, garantizando los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional.

Como fuentes formales de derecho encontramos la ley la cual se define como “[...] una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común”⁸¹; al ser la Asamblea Nacional designada por el pueblo como expresión máxima de la voluntad soberana, las leyes emitidas serán de carácter obligatorio,

⁷⁹ LOGJCC, art. 2 numeral 3.

⁸⁰ De la Guerra Zúñiga, “Introducción al derecho”, 129.

⁸¹ Ecuador, Código Civil, en Registro Oficial, Suplemento No. 46 de 24 junio de 2005, art. 1.

convirtiéndose así las leyes en fuente formal de derecho; no podemos dejar de mencionar el papel fundamental de los jueces, puesto que sus dictámenes deberán converger en los principios y leyes vigentes.

La trascendencia de los dictámenes emitidos por la Corte Constitucional es de gran importancia puesto que a través de aquellos, se crea jurisprudencia vinculante, que servirá en la aplicación de casos análogos. Es por esto que deberá ser un órgano cuyas sentencias cuenten con una tarea metódica, así como una precisión y sustento legal en los contenidos jurisprudenciales; la ilustración que deberá hacer la Corte será de una interpretación del siglo XXI, es decir una ponderación de principios y no únicamente legalista; para complementar esta idea cito el artículo 86 numeral 5 de la CRE, el cual señala: “Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia”⁸².

La Corte Constitucional “expedirá sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”⁸³, convirtiéndose en un organismo creador de jurisprudencia al servicio de casos similares.

Si bien la vulneración de un derecho no solo afecta la parte involucrada, sino también al sistema jurídico en su conjunto, es necesario que los jueces competentes en la emisión de sentencias evalúen el caso, valiéndose de todo análisis jurídico y jurisprudencia necesaria, ponderando principalmente los principios constitucionales a fin de que la sentencia a emitirse no constituya vulneración de derechos. Al encontrarnos en un Estado constitucional de derechos y de justicia, ésta debe ser cumplida por las autoridades, quienes serán las encargadas de velar por la correcta aplicación de las normas y principios para que los derechos mencionados en la norma Suprema sean cabalmente ejecutados.

⁸² CRE, art. 86 numeral 5.

⁸³ *Ibíd.*, art. 436 numeral 6.

2.2. Vía ordinaria

El administrado, ante la vulneración de derechos efectuados a través de actos administrativos podrá recurrir a la vía ordinaria con la finalidad de corregir los yerros emitidos por la administración pública a través de su enmienda o extinción.

Es menester mencionar al investigador Alvaro Mejía Salazar al citar como una característica de la vía ordinaria, el que “se identifica plenamente con el *derecho general a la impugnación* y con la búsqueda de corrección de las actividades de la Administración Pública.”⁸⁴. Los administrados a través de los recursos administrativos podrán impugnar los derechos vulnerados.

En este sentido el recurso, tiene como finalidad la enmienda o extinción de un acto administrativo para reparar la falencia emitida por autoridad competente.

Si bien los recursos administrativos son mecanismos de impugnación ante la injusticia de un acto administrativo, éstos no serán el único medio para su impugnación, sino que además existen otras vías las cuales son:

- 1.- En sede administrativa.
- 2.- En sede judicial.
- 3.- En sede constitucional.

Es así como iniciaremos por analizar el recurso de reposición, como mecanismo de resarcimiento de un derecho quebrantado a través de un acto administrativo.

2.2.1. Recurso de reposición

Ante la vulneración de un derecho subjetivo los administrados, podrán acudir ante la propia autoridad que emitió el acto administrativo, con la finalidad que sea modificado o extinto. Es así que con el recurso de reposición la administración podrá resarcir los yerros cometidos en la emisión de sus propios actos. Para que éste recurso funcione se deberán aceptar los errores cometidos; aquí es menester citar el aporte de Patricio Secaira Durango cuando dice: “un legislador prevé este medio de impugnación, está confiando en que los funcionarios de la Administración Pública poseen la suficiente madurez y conocimiento

⁸⁴ Alvaro Mejía Salazar, “Los Recursos Administrativos, Naturaleza Jurídica y Aplicación en Materia Tributaria”, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 23.

para corregir los errores en los que hubiere incurrido, sin que sea necesaria la intervención de un superior jerárquico o de un tercero juez [...]”⁸⁵.

Para considerar lo manifestado por Patricio Secaira, sería esencial indicar que para que exista una aceptación de los errores en los actos administrativos, los servidores públicos deberán contar con una capacitación de calidad para un eficiente despacho de los recursos, así como también estabilidad laboral con la finalidad de realizar un óptimo seguimiento de los recursos presentados los cuales deberán ser resueltos debidamente motivados y cumpliendo con las normas vigentes.

Existiría confianza en los servidores públicos para que éstos a través de una valoración acepten los yerros cometidos; sin dejar la posibilidad a la administración pública de una discrecionalidad ante la extinción del acto errado. La capacitación y estabilidad de los servidores públicos es de gran importancia puesto que en función de éstas podrán corregir el error y facilitar al Estado el desarrollo de las demás funciones.

Es importante anotar que, contra la resolución de un recurso de reposición el administrado no podrá interponerse nuevamente el mismo. Sin embargo se podrán interponer contra su resolución, el recurso de apelación o la acción contenciosa-administrativa, la más conveniente al recurrente.

De la entrevista realizada a la Dra. María del Carmen Jácome destaco que: “El recurso de reposición al ser interpuesto ante la misma autoridad, ésta resolverá a su favor, por lo tanto no lo considera eficaz, debido al desconocimiento que existe por parte de los servidores públicos en la ejecución de los mismos. Solventar éste recurso en el momento adecuado evitaría largos juicios contenciosos administrativos o constitucionales, puesto que existen problemas súper sencillos que pueden arreglarse mediante éste recurso”⁸⁶.

El artículo 174 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en adelante ERJAFE, prevé que: “1. Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. 2. Son susceptibles de este recurso los actos

⁸⁵ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, citado por Mejía Salazar, “Los recursos administrativos”, 51.

⁸⁶ Dra. María del Carmen Jácome, entrevistada por Viviana Buenaño Pérez, Quito, 31 de mayo de 2017.

administrativos que afecten derechos subjetivos directo del administrado.”⁸⁷. Además el artículo 176 del mismo cuerpo legal deja la puerta abierta para que el administrado pueda reclamar sus derechos a través del recurso de apelación.

Es importante acotar que con fecha 07 de julio de 2017 se publicó en Registro Oficial, el Código Orgánico Administrativo, en el cual se prevén dos tipos de recursos que son el de apelación y el extraordinario de revisión, dejando insubsistente el recurso de reposición. Acertadamente se realiza ésta reforma, por cuanto los administradores no serán juez y parte dentro del mismo proceso. Cabe mencionar que el referido código entrará en vigencia a partir del 07 de julio de 2018.

2.2.2. Recurso de apelación

El recurso de apelación podrá interponerse cuando las resoluciones y actos administrativos no pongan fin a la vía administrativa, el administrado podrá recurrir ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. También podrá interponer directamente contra resoluciones que nieguen la reposición. Cabe mencionar que: “De la negativa de la apelación no cabe recurso posterior alguno en la vía administrativa. Son susceptibles de éste recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado”⁸⁸.

Podremos decir entonces que el administrado podrá interponer en cualquier momento el recurso de apelación sin mayor fundamentación, para lo cual no deberá existir formalidad que limite su acceso y será el solo hecho que le cause agravio al administrado para recurrir a este recurso.

El catedrático Alvaro Mejía Salazar, establece como principal finalidad del recurso de apelación “es salvaguardar el orden público, pues a través de él se verifica la correcta aplicación de las normas del ordenamiento social. [...], no es menos cierto que él posee también fines remotos [...] por una parte precautelar el acatamiento de las normas que rigen una sociedad y por otra el control de la correcta administración pública.”⁸⁹.

⁸⁷ Ecuador, Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, en Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002, art. 174. En adelante se citará como ERJAFE.

⁸⁸ *Ibíd.*, art. 176.

⁸⁹ Mejía Salazar, “Los Recursos Administrativos”, 53.

Entonces no será menos importante para la autoridad jerárquicamente superior el que las partes involucradas se encuentren conformes con el dictamen emitido, sino que va más allá y es permitir consigo una legitimación externa, permitiendo así el control de una administración de justicia correcta.

De la entrevista realizada, se analizó el recurso de apelación indicando que: “Para la presentación de un recurso de apelación no es necesario contar previamente con el recurso de reposición. Sin embargo éste recurso se convierte en un saludo a la bandera, puesto que ha visto que en la mayoría de veces éstos son negados, debido a la falta de un análisis exhaustivo en cada caso”⁹⁰.

El administrado ante la vulneración de un derecho buscará su resarcimiento ante la autoridad jerárquicamente superior de la que emitió el acto administrativo, a través del recurso de apelación. Es necesario acotar que, la autoridad que conoce el recurso, deberá verificar que la autoridad inferior haya cumplido con las normas vigentes, así como realizar un control administrativo de los actos emitidos, los cuales por ninguna circunstancia vulnerarán derechos. Con estos antecedentes queda a total discreción del administrado el acogerse o no al referido recurso, el cual no necesitará contar previamente con el recurso de reposición.

Sin embargo, es necesario señalar que con fecha 7 de julio de 2017 se expide el Código Orgánico Administrativo, en adelante COA dentro del cual se da un espacio especial a la materia de contratación pública al manifestar que “la apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante expedirá su resolución, en un término no mayor a siete días desde la interposición del recurso”⁹¹.

Es menester referirnos al capítulo de reclamaciones contemplado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en la cual se prevé que las actuaciones administrativas que afecten al administrado podrán reclamarse ante el SERCOP, quienes al verificar el incumplimiento de normativa interna notificará a la

⁹⁰ Dra. María del Carmen Jácome, entrevistada por Viviana Buenaño Pérez.

⁹¹ Ecuador, Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017, artículo 231. En adelante se citará como COA.

máxima autoridad de la entidad contratante quien tendrá la obligación de suspender el proceso por 7 días en los cuales se presentarán pruebas de descargo. En cuyo plazo la máxima autoridad rectificará su error o continuará con el proceso.

El COA da un avance fundamental al establecer el recurso de apelación en materia de contratación pública, en este sentido el administrado que se vea afectado por la actuación de actos administrativos, podrá recurrir a éste recurso, en el cual la entidad contratante expedirá su resolución en un término no mayor a 7 días desde su interposición. Sin embargo, en el caso de no resolverse en éste plazo, el SERCOP suspenderá la continuidad del proceso hasta la emisión de resolución del recurso interpuesto.

De igual forma ante las actuaciones administrativas que afecten al administrado, éste podrá presentar su reclamación ante el SERCOP, el cual al determinar la existencia de indicios de incumplimiento notificará a la máxima autoridad de la entidad, quien a su vez dispondrá la suspensión del proceso por 7 días hábiles para la presentación de pruebas correspondientes, en cuyo término se podrán realizar las rectificaciones que correspondan o continuar con el proceso. Es necesario acotar que para el presente reclamo, se podrá ejercer sin perjuicio de un recurso administrativo.

Entonces quedará a discreción del administrado el acogerse a un recurso de apelación específico en materia de contratación pública el cual será resuelto mediante resolución debidamente motivada y ante la falta de emisión de ésta el SERCOP suspenderá en portal de compras públicas su continuidad hasta su emisión; o en su defecto podrá acogerse al reclamo ante el SERCOP que tiene como objetivo suspender en el sistema nacional de compras públicas el proceso para la presentación de pruebas con las cuales se determinará la rectificación que corresponda o continuar con el proceso de igual forma.

2.2.3. Recurso extraordinario de revisión

Además de los recursos arriba mencionados también encontramos al recurso extraordinario de revisión como medio de impugnación, en este sentido es menester señalar a Rafael Entrena Cuesta quien define al Recurso de Revisión “como aquel que se interpone contra los actos administrativos firmes –legislaciones procesales generales también lo prevén para impugnar sentencias- basándose en los motivos tasados en el Derecho

positivo”⁹². El administrado puede valerse además de éste recurso para ejercer la revocabilidad de los actos administrativos en firme, siempre y cuando concurran las siguientes causales:

- a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
- b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.”⁹³

La Doctora Jácome en la entrevista realizada hace la siguiente reflexión:

“El recurso extraordinario de revisión es más común que los recursos de reposición o apelación. Analizando las ventajas de éste recurso, es que el administrado tiene 3 años para presentarlo en el caso de las causales a) y b) del artículo 178 del ERJAFE, y en el caso de los literales c) y d) 5 años, es decir que si se pasó el tiempo para presentar el recurso de apelación o reposición nada le impide presentar el de revisión aun cuando las causales son restringidas. Lo que suele hacer el administrado es valerse de este recurso en el tiempo es decir, se les fue el tiempo para poder demandar en los 5 años ahora que hacen presentan un recurso de revisión para que les nieguen e impugnan ésta negativa y automáticamente se habilitan en el tiempo por eso es tan popular éste recurso aun cuando su procedencia es bien restringida. Es el recurso más popular porque tiene más tiempo para interponerse. La Contraloría General del Estado puede tardar entre 4 o 5 años en la resolución de un recurso de revisión puesto que agotan la sede administrativa para acudir a la vía contenciosa administrativa, la entidad llega a la sede jurisdiccional en los 10 a 12 años.”⁹⁴

El recurso extraordinario de revisión puede ser interpuesto ante la misma entidad que emitió el acto administrativo o ante autoridad superior, siempre y cuando afecten derechos subjetivos de los administrados, éste podrá ser interpuesto dentro de los plazos antes mencionados. Si bien el administrado tiene plazos para presentar el recurso, el administrador no cuenta con plazos para emitir un dictamen, dejando así en total desigualdad al administrado ante la discrecionalidad de la Administración Pública.

Cabe mencionar que conforme el artículo 182 del ERJAFE, el presente recurso se podrá impulsar de oficio, es decir quedará a total discreción de la autoridad competente su impulso; empero, para que esto ocurra un funcionario deberá hacer conocer al jefe superior

⁹² Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho Administrativo*, citado por Mejía Salazar, “Los recursos administrativos”, 84-5.

⁹³ ERJAFE, art. 178.

⁹⁴ Dra. María del Carmen Jácome, entrevistada por Viviana Buenaño Pérez.

la existencia de una alusión por parte del particular, para que éste a su vez pueda actuar de oficio. Queda a total discreción de la máxima autoridad el iniciar de oficio el recurso extraordinario de revisión, además de contar con total libertad para aceptar o no a trámite el recurso dejando en total indefensión al particular.

Si bien el recurso es presentado ante el órgano competente que emitió el acto o ante su superior, no deja de ser ante la misma función administrativa, en este sentido, la función no contará con actuaciones autónomas, así como tampoco la completa libertad de resolución y sin la subordinación de otros órganos que puedan incidir en la resolución del acto administrativo, por cuanto no se trata de un tercero no involucrado. Es decir, no se encuentra en la capacidad de resolver con total independencia el recurso presentado.

Existe sin duda un desequilibrio a la hora de resarcir un derecho, puesto que al ser administración pública quien tiene que revisar nuevamente los actos emitidos, no siempre actuará con justicia. Al tratarse de resarcir un derecho estará en la obligación de reconocer el daño ocasionado y por ende aceptar los yerros cometidos, que en mucho de los casos no ocurre.

Durante la entrega de ésta investigación se publicó en Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017 el COA, que efectúa una transformación importante a éste recurso al referirse primeramente a las causales para presentar el recurso las cuales son:

1. Que al dictarlos se ha incurrido en evidente y manifiesto error de hecho, que afecte a la cuestión de fondo, siempre que el error de hecho resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
2. Que al dictarlos se haya incurrido en evidente y manifiesto error de derecho, que afecte a la cuestión de fondo.
3. Que aparezca nuevos documentos de valor esencial para la resolución del asunto que evidencie el error de la resolución impugnada, siempre que haya sido imposible para la persona interesada su aportación previa al procedimiento.
4. Que en la resolución haya influido esencialmente actos declarados nulos o documentos o testimonios declarados falsos, antes o después de aquella resolución, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de nulidad o falsedad cuando fueron aportados al expediente dichos actos, documentos o testimonios.
5. Que la resolución se haya dictado como consecuencia de una conducta punible y se ha declarado así, en sentencia judicial ejecutoriada⁹⁵

En este sentido el COA realiza un análisis acertado a las causales para recurrir a éste recurso y segundo reformula los plazos previstos en el ERJAFE. Estableciendo para el

⁹⁵ COA, art. 232.

efecto de la causal 1, el administrado podrá recurrir dentro del plazo de 1 año a partir de la notificación de la resolución impugnada, y para los demás casos “el término es de veinte días contados desde la fecha en que se tiene conocimiento de los documentos de valor esencial o desde la fecha en que se ha ejecutoriado o quedado firme la declaración de nulidad o falsedad”⁹⁶ a diferencia del plazo establecido en el ERJAFE al referirse a las causales a) y b) podrá interponerse en el plazo de 3 años “a partir del inicio de su vigencia; y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.”⁹⁷.

Entonces podemos decir que el COA reduce el plazo, para que el administrado presente éste recurso. Sin embargo, hay que considerar acertado el establecimiento de plazos para que la administración pública resuelva el recurso dentro de un mes, evitando consigo la discrecionalidad, con respecto al tiempo necesario para la resolución de éste recurso.

Una vez habiendo analizado cada recurso, el administrado tiene el derecho de presentar los recursos de reposición, apelación y el extraordinario de revisión conforme su necesidad, hasta el 7 de julio de 2018 conforme lo señala el COA en su disposición final puesto que partir de ésta fecha entrará en vigencia.

2.3. Vía Judicial

Una vez analizados los recursos administrativos es menester referirnos a la vía judicial a través de la acción contenciosa administrativa. Con fecha 22 de mayo de 2015 se publica en Registro Oficial el Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP, el cual establece como uno de los objetivos de ésta acción “tutelar los derechos de todas las personas y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al [...] derecho administrativo [...]”⁹⁸. Objetivo que reviste de amparo al administrado y a su vez controla las diferentes actuaciones de la administración pública, restringiendo así su discrecionalidad. Cabe mencionar que una vez presentada la

⁹⁶ COA, art. 232, inciso segundo.

⁹⁷ ERJAFE, art. 178 inciso segundo.

⁹⁸ Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial N° 506 de 22 de mayo de 2015, artículo 300, inciso primero. En adelante se citará como COGEP.

acción contencioso administrativa, no serán admisibles los reclamos administrativos, con lo que se limitaría categóricamente la posición a adoptar por parte del administrado.

Entre las oportunidades para presentar una demanda en el ejercicio de las acciones contencioso administrativa, señalaré a la tercera que hace relación a los “casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años.”⁹⁹. Con lo cual se deja abierta la posibilidad al administrado para que dentro de éste plazo pueda presentar la demanda. En este punto me surge la siguiente interrogante: ¿Con la creación del COGEP la vía jurisdiccional se vuelve eficiente?

Pregunta que la solventaré en base a la entrevista realizada a la Catedrática María del Carmen Jácome la cual al respecto manifiesta:

Actualmente la vía contenciosa administrativa es mucho más ágil, a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, puesto que al encontrarnos con un sistema oral, la emisión de un dictamen puede tomar entre 6 o 7 meses, lo que no ocurría previo a su vigencia, en el que las sentencias tomaban entre 5 a 7 años. Sin embargo, no podemos dejar de pensar qué pasará con el sistema oral cuando se sature ya que actualmente llevamos un año de vigencia del COGEP. Considero además que el sistema es mucho más eficiente ya que cuenta con salas especializadas para cada caso.¹⁰⁰.

Con los antecedentes expuestos podemos concluir que, hoy por hoy, la emisión de un dictamen en materia contencioso administrativas funciona de manera eficiente. Por primera vez con la expedición del COGEP se establece un lugar específico en lo que respecta a la materia de contratación pública, como una acción especial, según lo señalado en el artículo 326 numeral 4 dice:

“Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones;

[...] 4. Las especiales de:

a) El silencio administrativo.

b) El pago por consignación cuando la o el consignador o consignatario sea el sector público comprendido en la constitución de la República.

c) La responsabilidad objetiva del Estado.

d) La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado conforme con la ley.

e) Las controversias en materia de contratación pública.

f) Las demás que señale la ley.”¹⁰¹ (La negrilla me corresponde)

⁹⁹ COGEP, art. 306, numeral tercero.

¹⁰⁰ Dra. María del Carmen Jácome, entrevistada por Viviana Buenaño Pérez.

¹⁰¹ COGEP, art. 326, numeral 4.

En este sentido el administrado que se vea afectado por un acto administrativo que vulnere derechos subjetivos podrá acudir a la acción contencioso administrativa para el resarcimiento del mismo. En este punto me surge la interrogante de ¿cuál es la acción más interpuesta y porque?, a lo que la Dra. Jácome manifestó:

“la acción más interpuesta es la de plena jurisdicción por cuanto ésta va directamente a los derechos subjetivos del administrado, sin embargo no hay que confundirlos con los temas de contratación pública, ya que los de contratación pública no son de plena jurisdicción puesto que el COGEP los prevé como una acción especial. Una vez considerado aquello manifiesta que la acción más interpuesta es la de plena jurisdicción con un 90% de casos; del 10% restante será en recursos objetivos de los cuales en materia de contratación pública existe un margen muy pequeño que será de un 2%. La acción objetiva se confunde mucho con la constitucional puesto que al querer impugnar la legalidad de un acto, acuden a la acción constitucional.”¹⁰²

Ante la vulneración de un derecho el administrado podrá acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, cuando se trate de temas de legalidad, puesto que para derechos fundamentales se encuentra la vía constitucional. Es menester apuntar que para acudir a la acción contencioso administrativo no es necesario que medie un acto administrativo previo.

No podemos dejar de indicar que días a la entrega del presente trabajo con fecha 7 de julio del año en curso se publica el COA, en el cual se sustituye el artículo 326, numeral 4 por el siguiente:

4. Las especiales de:

- a) El pago por consignación cuando la o el consignador o la o el consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República.
- b) La responsabilidad objetiva del Estado.
- c) La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, conforme con la ley.
- d) Las controversias en materia de contratación pública.
- e) Las demás que señale la ley.”¹⁰³

Si bien se deja por fuera al silencio administrativo, las acciones relacionadas a controversias en materia de contratación pública se mantienen. Puedo decir que han transcurrido varios años en los cuales no se hizo constar en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como una materia específica a la contratación pública, en cuyas circunstancias el individuo se encontraba a merced de la discrecionalidad de los

¹⁰² Dra. María del Carmen Jácome, entrevistada por Viviana Buenaño Pérez.

¹⁰³ COA, Disposiciones reformativas, Primera.

Jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tanto para su admisión como para su resolución de la causa.

No podemos dejar de reconocer como un acierto en materia de contratación pública la creación del COGEP y el COA, puesto que se determina a la materia de contratación pública como un procedimiento de acción contencioso administrativa especial, además de determinar la tramitación mediante procedimiento ordinario. Sin dejar de desconocer que en la actualidad el procedimiento contencioso administrativo es mucho más eficiente con respecto a la emisión de dictámenes.

Entonces quedará a total discrecionalidad del administrado, el recurrir a la vía ordinaria o judicial para la restitución de un derecho subjetivo vulnerado.

2.4. Vía constitucional y sus garantías

La Constitución de la República del Ecuador, funda al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, prevaleciendo los derechos de los individuos sobre el Estado. Es decir en un “Estado constitucional de derechos, el Derecho crea un sistema de garantías que la Constitución preordena para el amparo de los derechos fundamentales”¹⁰⁴; y, al ser norma suprema, ésta prevalecerá dentro del ordenamiento jurídico.

Si igualamos la CRE con el sistema solar ésta cumpliría la función del sol, cuyo ordenamiento jurídico girará en su entorno, como los planetas giran alrededor del sol, en este sentido las normas internas jamás podrán ir en contra de ésta. Se crean además la mayor cantidad de derechos del Ecuador y de Latinoamérica, desarrollándose una “concepción de un *Estado garantista* es la del Estado constitucional de derecho, es decir, aquel que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al ejercicio del poder arbitrario.”¹⁰⁵ Serán entonces los derechos fundamentales, los cuales cumplan un papel esencial dentro del citado texto.

La norma suprema no hace una diferenciación clara acerca de los tipos de derechos, sino más bien los cataloga en igual jerarquía al señalar en su artículo 11 numeral 6 que: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles,

¹⁰⁴ Jorge Zavala Egas, “Lecciones de Derecho Administrativo”, (Guayaquil: Edilex S.A., 2011) 109.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 108.

interdependientes y de igual jerarquía”¹⁰⁶, es decir todos los derechos serán fundamentales y plenamente garantizados, puesto que ante la vulneración de un derecho fundamental, el administrado tendrá la posibilidad de acceder a la vía constitucional, garantizando así su acceso.

Sera la acción de protección el mecanismo que ofrece, para la restitución de un derecho fundamental quebrantado, mencionando 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.”¹⁰⁷

El administrado ante la vulneración de un derecho podrá acudir a la vía constitucional pero no en todos los casos. Al hablar de derechos, se verificará que sean derechos constitucionales; para el presente análisis hablaremos del derecho a recurrir, como se mencionó en el primer capítulo, es decir el derecho que tiene el administrado para reclamar en vía constitucional, siempre y cuando éste sea subjetivo y no de legalidad, y provoque la privación del goce o ejercicio de un derecho que ocasione daño grave, como es el derecho al trabajo que se contempla en el texto constitucional.

Sin embargo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en adelante LOSNCP, en su artículo 102 inciso 7 establece que: “Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.”¹⁰⁸, limita claramente el derecho a recurrir y con ello el derecho al debido proceso que tiene el administrado. Al ser la CRE norma suprema el administrado podrá acceder a la vía constitucional a fin de restaurar su derecho a reclamar y con ello la restitución del derecho al trabajo, en el caso de una terminación unilateral del contrato por parte del administrador.

¹⁰⁶ CRE, art. 11, numeral 6.

¹⁰⁷ CRE, art. 88.

¹⁰⁸ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008, artículo 102, inciso 7. En adelante se cita como LOSNCP.

De la entrevista realizada a la Dra. María del Carmen, a la interrogante acerca de si la vía constitucional es necesaria para efectos de proteger derechos presuntamente vulnerados en materia de contratación pública manifestó: “A la justicia constitucional se debe acudir para violaciones graves, es decir cuando sean violaciones directas a derechos por ejemplo al debido proceso ahí se podrá acceder directamente a la vía constitucional, con la finalidad que éste no colapse.”¹⁰⁹

Siguiendo con el ejemplo del administrado, en el momento que se dé por terminado unilateralmente un contrato, sin seguir con un debido proceso se estaría vulnerando el derecho establecido en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la CRE señala: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”¹¹⁰. Es decir el derecho al debido proceso seguido por el derecho a la defensa que tienen los administrados a gozar de la garantía a recurrir el fallo o resolución que decida sobre sus derechos.

No podemos dejar de mencionar la LOGJCC, la cual señala que previo la presentación de la acción de protección, se requiere contar con los siguientes requisitos “1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.”¹¹¹.

Para presentar una acción de protección se deberá contar con los requisitos antes citados en el numeral 1, el administrado deberá cerciorarse que se trate de la vulneración de un derecho constitucional. En el caso del numeral 3 antes referido se exige la inexistencia de mecanismos de defensa judicial adecuado y eficaz, converge directamente con el artículo 102 inciso 7 de la LOSNCP que hace referencia que “los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos

¹⁰⁹ Dra. María del Carmen Jácome, entrevistada por Viviana Buenaño Pérez.

¹¹⁰ CRE, art. 76, numeral 7, literal m.

¹¹¹ LOGJCC, art. 40.

previstos en la Ley.”¹¹². Es decir que, para acceder a la vía constitucional se deberá tener constancia de la ineficacia e inadecuados mecanismos de defensa, limitando el acceso para la presentación de acciones de protección en materia de contratación pública.

Para no apartarnos del tema, hablaremos acerca de las garantías constitucionales, las cuales vendrán a ser guardianes de la correcta consecución de los derechos, es decir que, automáticamente ambos se encuentran vinculados. En este sentido nos preguntamos ¿en qué momento los derechos se relacionan con las garantías constitucionales?, ¿qué tipos de garantías existen?.

Con la finalidad de responder las interrogantes planteada me valdré del investigador Agustín Grijalva que dice: “Las garantías son tan importantes como los derechos puesto que, sin ellas, éstos, pese a su vigencia formal, quedan en meras expectativas sin posibilidades de ejecución coercitiva ante los tribunales. Por tanto las acciones y garantías no operan adecuadamente, de poco sirve una amplia y desarrollada gama de derechos constitucionales”¹¹³.

Con este antecedente los derechos se relacionan con las garantías, cuando existe la vulneración de uno de éstos. Es decir si un derecho que se encuentra prescrito en la constitución, es quebrantado por autoridad pública o por un particular; cualquier persona, colectividad, pueblo o nacionalidad tiene derecho, a la restitución del mismo. Para aquello se valdrá de las diferentes garantías constitucionales, las cuales se presentarán ante un juez, quien deberá ejercer justicia con la correcta aplicación de la normativa vigente en favor de los derechos. Es en este momento, cuando los derechos y las garantías se relacionan estrechamente.

La Constitución del Ecuador, se encuentra reconocida como una Constitución plenamente “garantista”, pero ¿a qué nos referimos con garantista? Si bien los derechos contemplados en la Carta de la República deben ser precautelados, el mismo Estado a través de la CRE busca un mecanismo, que sea capaz de ejercer el pleno cumplimiento de los derechos; A estas herramientas las llamaremos “*garantías constitucionales*”.

¹¹² LOSNCP, art. 102, inciso 7.

¹¹³ Agustín Grijalva, “Independencia, acceso y eficacia de la justicia constitucional en el Ecuador”, en Julio Echeverría- César Montufar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional* (Quito: Abya-Yala, 2008), 110.

La constitución de la República del Ecuador, en su título III, clasifica a las garantías en tres grupos que son: 1) garantías normativas, 2) políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana y 3) garantías jurisdiccionales.

2.4.1. Garantías normativas

Las garantías normativas protegen a todas las personas en general no al individuo en particular es decir buscan una protección universal, de los derechos constitucionales, evitando que el poder público ejerza alguna restricción o violación a los derechos. Es por aquello que el legislador no podrá contar a plenitud, con la potestad normativa que le otorga la reserva de ley, puesto que estaría limitando a los derechos contemplados en la Constitución.

La Asamblea Nacional cumple un papel importante en la elaboración o reforma de leyes, puesto que deberán ir relacionadas con el texto constitucional. En éste sentido éstas garantías serán las encargadas de custodiar que el legislador cumpla con el artículo 84 de la CRE que dice:

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.¹¹⁴

Apartado que se relaciona perfectamente con el artículo 11 numeral 4 del mismo cuerpo legal al decir que: “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”¹¹⁵.

Si bien es la misma norma suprema que otorga la facultad normativa a través de su reserva de ley, la misma establece que todos los derechos son justiciables y tendrán igual jerarquía, entonces el legislador deberá velar por los derechos en el ejercicio de sus facultades normativas, sin dejar por fuera el orden jerárquico de las normas. Es decir efectuar una correcta construcción de las normas, expulsando de su elaboración la existencia de antinomias, considerando las premisas en la elaboración de leyes a fin de facilitar la aplicación de derechos.

¹¹⁴ CRE, art. 84.

¹¹⁵ *Ibíd.*, art. 11 numeral 4.

Al respecto Claudia Storini manifiesta que: “[...] la garantía del contenido esencial está orientada directamente frente al legislador; pero actúa también como un límite indirecto frente a la Corte Constitucional. Al mismo tiempo hace posible la plena vinculación de todos los poderes públicos a los derechos, porque éstos tendrán que aplicarlos aunque el legislador no los haya desarrollado.”¹¹⁶

Con este antecedente es menester interrogarse si ¿las leyes son elaboradas o reformadas en total armonía con la Constitución? a lo cual diré que lastimosamente en algunos de los casos esto no ocurre, para aquello citaré como ejemplo el referido artículo 102 inciso 7 que dice: “Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.”¹¹⁷. Puesto que, a través de la reforma realizada se restringió el acceso a la vía constitucional; contraponiendo el artículo 11 numeral 4 del texto constitucional el cual ordena que: “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”¹¹⁸. En ninguno caso, ya sea en la creación de una norma o su reforma podrá ser contraria a la norma suprema. En este sentido las garantías normativas serán las encargadas de vigilar que los organismos con potestades normativas emitan leyes o reformen las mismas conforme el marco constitucional.

2.4.2. Políticas públicas

La Constitución señala a las políticas públicas como:

“La formulación, ejecución, evaluación y control de políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución las cuales se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

¹¹⁶ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, en Andrade, Grijalva, Storini, edit. *La nueva constitución del Ecuador*, 296.

¹¹⁷ LOSNCP, art.102 inciso 7.

¹¹⁸ CRE, art. 11 numeral 4.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.”¹¹⁹

El investigador Ramiro Ávila Santamaría realiza la siguiente afirmación: “[...] cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos.”¹²⁰.

Debido a las diferentes situaciones de una sociedad, es indispensable la creación de políticas públicas con la finalidad de organizar una convivencia adecuada. En este sentido el Estado otorga facultades a sus autoridades para que éstas a su vez dicten políticas públicas, servicios públicos conforme los derechos constitucionales. Los organismos a través de sus servidores, deberán velar por los derechos de los individuos, en la creación de sus políticas públicas, puesto que es la ciudadanía la razón de ser de los organismos.

En el caso que “[...] los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.”¹²¹. Será obligación del Estado el reformular las políticas públicas dictadas en detrimento de los derechos contemplados en la Constitución. La administración pública garantizará los derechos constitucionales a través de políticas públicas y servicios públicos.

2.4.3. Garantías jurisdiccionales

Para hablar de las garantías jurisdiccionales es menester hacer referencia a lo señalado por la investigadora Claudia Storini quien determina a las garantías jurisdiccionales o procesales específicas a las siguientes:

“[...] 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 este último considere que se haya producido una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellos y obtener su restablecimiento o preservación. Su objeto no es por tanto prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general

¹¹⁹ CRE, art. 85.

¹²⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los Derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 93.

¹²¹ CRE, art. 85, numeral 2.

intente menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a la vulneración de sus propios derechos.”¹²²

En este sentido ésta garantía no se caracteriza, por la prevención de los organismos de posibles decisiones discrecionales a las que se enfrentan los ciudadanos; empero se caracteriza por la reacción existente por el administrado ante la vulneración de un derecho fundamental. Es preciso anotar que para evitar decisiones discrecionales que vayan en contra de los derechos constitucionales existen las políticas públicas. Para regular la creación de normas o la reforma a las mismas coexisten las garantías normativas, facultando el Estado a través de sus diferentes organismos el correcto desempeño.

La CRE establece que: “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”¹²³. La propia Constitución otorga la posibilidad al administrado de acceder a través de ésta garantía, a los diferentes jueces competentes para conocer la causa que vulneró derechos constitucionales, con la finalidad que se restituyan los mismos.

En este contexto el catedrático Ramiro Ávila Santamaría realiza la siguiente aseveración “[...] los jueces controlan que los actos públicos no violen derechos. No existe, en otras palabras, poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido.”¹²⁴. Entonces diré que, la CRE se encuentra armónicamente organizada al determinar las facultades concedidas a los diferentes organismos con la finalidad que confluyan dentro del desarrollo y emisión de normas, políticas públicas y actos administrativos, en coherencia con la misma.

La mayoría de tratadistas ecuatorianos “coinciden que el objeto de la garantía constitucional es el derecho subjetivo del accionante”¹²⁵ es decir “un derecho es subjetivo cuando existe un titular del derecho y pueda identificar al obligado”¹²⁶, para lo cual deberá

¹²² Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, en Andrade, Grijalva, Storini, edit. *La nueva constitución del Ecuador*, 289.

¹²³ CRE, art. 86 numeral 1.

¹²⁴ Ávila Santamaría, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los Derechos”, en Ávila Santamaría, Grijalva Jiménez y Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 93.

¹²⁵ Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 80.

¹²⁶ Ávila Santamaría, “El amparo constitucional en el Estado social de Derecho”, en Echeverría- Montufar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, 124.

existir “un respaldo jurídico a la realización por el obligado del deber correlativo al derecho”¹²⁷. Esto es “la obligación, definida en la ley o los contratos, precede al derecho. Se podría decir, en términos lógicos, que si hay derecho entonces hay obligación. Si no hay obligación, entonces no hay derecho.”¹²⁸

El administrado al firmar un contrato con el Estado contrae una obligación de brindar un servicio o bien determinado, a una entidad específica con lo cual se identifica claramente al administrador, en su calidad de representante legal. Es así que ante la vulneración de un derecho el administrado como titular podrá reclamar, valiéndose de la garantía jurisdiccional de creerlo pertinente, puesto que como ya lo habíamos analizado dependerá de varios factores.

Claudia Storini afirma que: “Los derechos solo 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, interesando la reparación del mal causado.”¹²⁹.

Para reclamar la restitución de derechos vulnerados, el administrado deberá verificar que éstos se encuentren previamente establecidos en el ordenamiento jurídico, claro está dependerá del derecho a reclamar; sin embargo en el caso de derechos fundamentales deberán estar preestablecidos en el texto constitucional, para que el administrado en su calidad de titular de derechos pueda hacer uso de la tutela judicial efectiva ante los diferentes tribunales de justicia, a fin de que se restituya el derecho vulnerado. Con este antecedente haré un análisis de lo que es la tutela judicial efectiva y en que consiste.

2.5. Tutela judicial efectiva

Como sabemos el estado es el encargado principal de asumir el manejo de los conflictos de la sociedad ya sea por la imposición de sanciones o a través de la ejecución de

¹²⁷ Manuel Peña Fierro, “La garantía en el Estado constitucional de Derecho”, (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 128.

¹²⁸ Ávila Santamaría, “El amparo constitucional en el Estado social de Derecho”, en Echeverría- Montufar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, 124.

¹²⁹ Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Andrade, Grijalva, Storini, edit. *La nueva Constitución del Ecuador*, 301.

resoluciones, por lo tanto será el responsable de otorgar mecanismos adecuados de resolución de conflictos. La organización del mismo juega un papel fundamental para su ejercicio.

Con este antecedente ante la existencia de un conflicto, del cual se produzca la vulneración de un derecho, se podrá accionar ante los tribunales de justicia para el resarcimiento del mismo. Entonces el Estado estará en la obligación de tutelar los mismos con la finalidad de resarcir el derecho quebrantado.

En este sentido el individuo al cual, se le han conculcado sus derechos, tiene el derecho de accionar libremente a los diferentes tribunales, para que a través de sus jueces emitan un dictamen debidamente motivado referente al caso. Consecuentemente ante la vulneración de derechos, nace por parte del Estado el deber de tutelar los mismos, así como la responsabilidad de otorgar mecanismos adecuados para la solución de conflictos.

Luis Marcelo Bernardis realiza la siguiente aseveración: “Es justamente para tutelar los derechos que poseen la categoría de fundamentales –al derecho a la impugnación le asiste tal calidad- que se han constitucionalizado diversos instrumentos o institutos con la calidad de garantías, cuyo objeto es precisamente el cautelar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales ante cualquier intento del Estado o de los particulares, por entorpecer indebidamente su ejercicio”.¹³⁰

A lo cual Álvaro Mejía manifiesta que: “Nos referimos ya a la existencia del derecho general a impugnar, connatural a la persona y que deviene en fundamento básico y suficiente para que un individuo que considere que una actuación pública se encuentra errada, pueda buscar su corrección por medio de una impugnación”¹³¹.

Los derechos se encuentran subjetivizados en el individuo, generando a su vez el derecho a impugnar, como unos de los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional, la impugnación se la podrá realizar en sede administrativa, y a la falta de solución, el individuo podrá recurrir a la vía judicial esto es ante los tribunales contencioso administrativo, también podrá impugnar en la vía constitucional una vez determinado el derecho quebrantado.

¹³⁰ Luis Marcelo Bernardis, “La garantía procesal del debido proceso” (Lima: Cultura Cuzco Editores, 1995), 349.

¹³¹ Alvaro Mejía Salazar, “Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo” (Quito: Ediciones Legales, 2013), 7.

La tutela judicial efectiva, vendría a ser el libre acceso (sin trabas de ninguna índole) a los tribunales de justicia con la finalidad, que éstos a través de las autoridades, en este caso un juez competente, emita una sentencia útil, a fin de defender los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o una acción concreta.

En este sentido Alvaro Mejía identifica la existencia de tres grandes momentos que son: “primero, el garantizar el libre acceso a la justicia; segundo, el garantizar que el proceso se ventile correctamente; y tercero, el garantizar una resolución del caso de conformidad con los hechos y normas aplicables, donde tienen especial importancia las fases de impugnación”¹³²

La tutela judicial efectiva, viene a ser el libre acceso que tiene el administrado para acceder a la justicia a través de procedimientos claros en los cuales pueda realizarse una legítima defensa, sin que existan leyes que impidan o limiten su acceso.

Los derechos como tal buscan la protección del individuo, los cuales se encuentran subjetivizados en éste, es decir para que éstos derechos puedan ser accionados deberán estar preestablecidos en el texto constitucional, y con aquello se configuran los derechos fundamentales, los cuales se verifican en nuestra constitución.

Ante la vulneración de uno o varios de los derechos otorgados al administrado por parte del Estado, éste podrá reclamar el derecho quebrantado, mediante los diferentes mecanismos, como son la vía ordinaria a través de sus recursos; éste reclamo se realiza ante la misma autoridad administrativa, en busca de la aceptación del error para que sea subsanado. Ejerciendo por tanto el cargo de juzgador como parte procesada, en diferentes etapas, existiendo una efectiva imparcialidad en la resolución del acto impugnado.

Además de la vía ordinaria, el afectado podrá impugnar directamente sin haber agotado la misma, a la sede jurisdiccional mediante la Acción Contencioso Administrativa. A la falta de restitución de un derecho constitucional podrá recurrir a la vía constitucional.

¹³² *Ibíd.*, 11.

Capítulo Tercero

Sentencias de la Corte Constitucional

Una vez estudiado los derechos que tienen los administrados, así como las diferentes vías para hacer justicia ante su vulneración; tanto como los mecanismos idóneos para modificar o extinguir un acto administrativo emitido con yerros. Considero pertinente hacer un análisis a tres sentencias constitucionales, las cuales nos servirán para desarrollar el tema de investigación así como cuestionar los dictámenes emitidos, por la Corte Constitucional.

En este sentido he creído pertinente escoger dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional. La primera al tratarse de un análisis a la inadmisión y la procedencia de presentar acciones de protección, así como los requisitos existentes para su acceso. La segunda sentencia por cuanto analiza los actos administrativos o de naturaleza eminentemente contractual, así como la interpretación de los derechos y obligaciones que nacen de los contratos. Sin embargo al cierre del presente trabajo se emitió una sentencia, acerca de la limitación para presentar acciones de protección en materia de contratación pública referida en el inciso séptimo del artículo 102 de la LOSNCP, la cual es imprescindible analizar.

3.1. Sentencia No. 102-13-SEP-CC de 27 de diciembre de 2013

3.1.1. Antecedentes

La señora Eliana Custodia Guillen Cordero, interpone una acción extraordinaria de protección, en contra de la decisión emitida el 11 de febrero de 2010 por la Primera Sala de lo Civil Mercantil e Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en apelación a la acción de protección que propuso en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IEES) señalando: “Que el auto de inadmisión materia de la presente acción extraordinaria de protección es el dictado por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay el 11 de febrero de 2010, puesto que la Sala confirma ...el auto impugnado...y

desestima el recurso interpuesto...”¹³³; al respecto aclara que el juez de primer nivel en su primer auto, procedió a inadmitir la acción de protección que planteo contra del IESS, alegando que la decisión judicial impugnada vulnera el derecho de debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica.

La accionante solicita a la Corte Constitucional: “declare en sentencia la existencia de una acción y omisión inconstitucional en la sentencia dictada por los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia del Azuay”¹³⁴.

La Corte Provincial de Justicia del Azuay sustenta la inadmisión señalando que “la acción de protección se debe activar solo para amparar los derechos de fuente constitucional y de instrumentos de derechos humanos, puesto que dichas garantías, señalan, es una de conocimiento o fondo, por lo que se requiere un claro marco jurídico en cuanto a su procedibilidad, a fin de evitar su desnaturalización.”¹³⁵ Amparándose además para su inadmisión en los artículos 41 numeral 3, y 42 numerales 1 y 3 de la LOGJCC, sostenido que la citada ley, establece los filtros demarcatorios a los que se deben las acciones de protección.

3.1.2. Argumentos de la Corte Constitucional en torno a los problemas jurídicos

Bajo la concepción del artículo 10 de la LOGJCC, la inadmisión en la acción de protección resulta una cuestión excepcional, es decir, solo debe darse ante la imposibilidad del juez de subsanar los requisitos de contenido mínimo de la demanda.

La Corte Constitucional ha definido el papel del juzgador de garantías jurisdiccionales como:

“[...] el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes, y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho; dando énfasis a la necesidad de la defensa en juicio o comparecencia de las partes en equidad con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente, o preventivas, también llamadas de satisfacción inmediata o precautorias, y reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno”¹³⁶.

¹³³ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Eliana Custodia Guillén], Sentencia 102-13-SEP-CC, de 27 de diciembre de 2013. Caso No. 0380-10-EP.

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por el Sr. José Fabara Figueroa], Sentencia No. 020-10-SEP-CC, de 11 de mayo de 2010. Caso No. 0583-09-EP.

La inadmisión, dentro de la sustanciación de garantías jurisdiccionales de los derechos, es la última medida que el juez ha de tomar dentro de la calificación de la demanda, a la luz de su rol garante de la tutela de los derechos constitucionales.

En lo que respecta a la regulación de la acción de protección, establecida en el artículo 42 de la LOGJCC se hace referencia a 7 causales de improcedencia, a lo cual la Corte Constitucional analizó la existencia o no, de distinción procesal entre causales de inadmisión y causales de procedencia; definiendo en base a la doctrina a la admisión como: “Autorizar la tramitación de un recurso o de una querrela. Recibir. Dar entrada. Permitir, consentir, sufrir”¹³⁷. Tanto que a la procedencia se la entiende como: “Lo que es conforme a derecho. La procedencia en lo procesal se diferencia de la admisibilidad (v) simple oportunidad para que se oiga o se juzgue (aun no teniendo ni derecho ni razón), por ajustarse a normas de posible trámite”¹³⁸.

Se hace una distinción procesal entre la admisión, y la simple verificación de la existencia de requisitos formales para iniciar la sustanciación de un procedimiento, la admisión a diferencia de la procedencia implica una verificación material sobre la existencia de la razón o fundamento para la obtención de cierto pronunciamiento o para acceder a ciertos recursos, en cambio el procedimiento constitucional cobra importancia radical en la sustanciación de los procesos con un procedimiento “sencillo, rápido y eficaz”.

En la presente causa, la accionante procede a impugnar la decisión judicial emitida por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por cuanto a su entender vulnera el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, ya que sin mayores fundamentos confirma el auto de inadmisión emitido por la jueza de primer nivel, amparándose en el artículo 42 numeral 4 de la LOGJCC.

Con el fin, de evitar que la tramitación de las acciones de protección de derechos vuelva a ocurrir las situaciones fácticas y jurídicas atentatorias a los derechos constitucionales, la Corte analiza los artículos 40 y 42 de la LOGJCC.

¹³⁷ Osorio Manuel y Florit Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Diccionario de derecho, citado por la Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Eliana Custodia Guillén], Sentencia 102-13-SEP-CC, de 27 de diciembre de 2013. Caso No. 0380-10-EP.

¹³⁸ *Ibíd.*

En este sentido emite sentencia acerca de la admisibilidad e improcedencia de las causales contempladas en el artículo 42 de la LOGJCC que, para el caso se anotará la causal cuarta que dice: “4 Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”¹³⁹. El administrado estará en la posibilidad de reclamar su derecho mediante la vía judicial y además tendrá la posibilidad de acudir a la vía constitucional siempre y cuando se trate de derechos constitucionales. Sin embargo, es necesario anotar que la prueba de la ineficacia o inadecuada vía, se la debe efectuar dentro del proceso en la etapa probatoria, por tanto, se requiere necesariamente de la sustanciación de la causa, consecuentemente esta sería una causal de improcedencia.

Corte Constitucional manifiesta que:

“De la distinción efectuada en el acápite anterior, entre admisión y procedencia de las acciones de garantías jurisdiccionales se desprende que los numerales comprendidos entre el uno y el cinco del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no podrán por ninguna concepción considerarse requisitos de admisibilidad, dado que su constatación no podrá satisfacerse mediante auto sucinto de admisión, lo que inclusive devendría en una clara inobservancia a la obligación constitucional del juzgador de sustanciar la garantía jurisdiccional de protección de los derechos” en este sentido las causales de improcedencia de la acción de protección de los numerales en referencia “[...] deberán ser declaradas, mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución del Ecuador y la LOGJCC”¹⁴⁰.

Es necesario mencionar el numeral 3 del artículo 40 de la LOGJCC que textualmente dice: “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”¹⁴¹, es así como realiza la siguiente interpretación:

“Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.”¹⁴²

¹³⁹ LOGJCC, art. 42 numeral 4.

¹⁴⁰ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Eliana Custodia Guillén], Sentencia 102-13-SEP-CC, de 27 de diciembre de 2013. Caso No. 0380-10-EP.

¹⁴¹ LOGJCC, art. 42 numeral 3.

¹⁴² Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Eliana Custodia Guillén], Sentencia 102-13-SEP-CC, de 27 de diciembre de 2013. Caso No. 0380-10-EP.

3.1.3 Análisis a la sentencia

De las observaciones efectuadas, el juez se encontraba en la obligación de conocer la acción de protección dentro del proceso con el fin de verificar la existencia de vulneración de derechos, y no únicamente su inadmisión con la ligereza del caso, desechando con aquello lo previsto en el artículo 86 de la CRE.

Se inobservó en primera instancia, si la acción de protección presentada, cumple con el numeral 3 del artículo 41 de la LOGJCC es decir: “Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías”¹⁴³, deslegitimizando la tutela judicial efectiva, y el debido proceso con la inadmisión.

Sin embargo, la inadmisión es sostenida por la falta de sustento de los hechos por parte del accionante, increpando únicamente lo relacionado a los hechos u omisiones que sustentan la demanda, sin tomar en consideración que, lo que verdaderamente se impugna es el auto de inadmisión, por lo que los jueces no se pronunciaron, ni resolvieron sobre el fondo del asunto y su demanda principal, es decir, no se sustanció ni se procesó la pretensión.

El juzgador, a través de la inadmisión, no puede dejar de inhibirse del conocimiento de una acción de protección, por cuanto estaría dejando en indefensión la tutela de los derechos constitucionales así como sus garantías jurisdiccionales.

El juez tiene la obligación de sustanciar el proceso, y una vez que se hayan cumplido todas las etapas procesales, pueda determinar o no la existencia de vulneración de derechos constitucionales, por lo tanto no podrá inhibirse del reconocimiento de una acción constitucional y menos aún sin la motivación debidamente fundamentada.

Es necesario hacer mención al artículo 173 de la CRE que dice: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”¹⁴⁴. En este sentido el administrado deberá cerciorarse del derecho vulnerado a fin de acudir a la vía administrativa o ante los tribunales contenciosos – administrativos, para resarcir el derecho quebrantado, quedando a su discreción la vía requerida, es menester mencionar que

¹⁴³ LOGJCC, art. 41, numeral 3.

¹⁴⁴ CRE, art. 173.

actualmente el COGEP ha efectivizado el conocimiento y resolución de las acciones presentadas, dando una pronta respuesta a las mismas.

Es preciso anotar que, en ningún sentido se podrá condicionar lo adecuado y eficaz a la temporalidad, es así como la LOGJCC no podrá limitar el derecho que tiene el accionante a recurrir directamente a la vía constitucional. La Jueza de primera instancia para inadmitir la acción de protección, debió indagar el proceso para verificar si se trataba de vulneración de derecho o un asunto de mera legalidad, evitando la denegación de la justicia que atenta a la tutela judicial efectiva dictada en el artículo 75 de la CRE, haciendo alusión al derecho que tienen todas las personas de acceder gratuitamente a la justicia y a la tutela efectiva.

En ningún caso el administrado quedará en la indefensión, por la emisión de un fallo, puesto que éste deberá emitirse debidamente motivado. En el presente caso se vulneró el derecho de acceso a la justicia, por ende a la tutela judicial efectiva y al debido proceso constitucional, debido a la falta de motivación en el dictamen.

La Corte Constitucional emitió su criterio respecto al numeral cuarto del artículo 42 de la LOGJCC indicando que, carece de sentido, el establecer como requisito para la presentación de la acción de protección que un “acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”¹⁴⁵. Puesto que ésta debe sustanciarse en la etapa de prueba, por lo cual cataloga a este requisito como improcedente.

Los derechos estarán sobre las formalidades de ley, con lo cual la Corte hace una precisión acertada acerca de la improcedencia del numeral cuarto, sin embargo no determina con exactitud a que se refiere con “inadecuada e ineficaz” puesto que una vez que se admita la acción por el juzgador, éste deberá determinar si es o no la vía judicial adecuada o eficaz a su juicio, sin tener un criterio específico al respecto.

De ser el caso, que el juzgador determine, que la acción de protección podría solventarse en la vía judicial por considerarse adecuada, dejaría por fuera el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en el texto constitucional en su artículo 88, menoscabando así el derecho a la defensa que se encuentra contemplado en el numeral 7

¹⁴⁵ LOGJCC, art. 42, numeral 4.

del artículo 76 de la CRE, el cual señala textualmente: “Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”¹⁴⁶.

Es menester mencionar que, si bien la Corte Constitucional ha contribuido en gran medida, al establecimiento de causales de improcedencia de los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la LOGJCC, debió solicitar su reforma, dando cumplimiento al principio que tiene el Estado de, respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, y con ello evitar que a través de éste artículo se siga limitando el acceso a la acción de protección.

Igualmente se refiere al artículo 40 de la LOGJCC en el sentido que cada causal requiere de un análisis de fondo, el cual se podrá realizar a través de sentencia motivada. En este sentido se pudo haber contemplado la posibilidad de derogar o modificar el numeral 3 del artículo 40 de la referida ley que dice: “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”¹⁴⁷, con la finalidad que el accionante pueda acceder directamente a la acción de protección. Además se debió considerar la regulación del artículo antes referido, y no únicamente la regulación para presentar acciones de protección.

Conforme lo señala el numeral 5 del artículo 76 de la LOGJCC que textualmente dice: “[...] cuando una parte de una disposición jurídica se torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada.”¹⁴⁸, en tal razón la Corte pudo haber contemplado la posibilidad de invalidar el numeral 4 del artículo 42 de la LOGJCC, así como también el numeral 3 del artículo 40 del mismo cuerpo legal, dejando vigente la disposición reformada, y no únicamente emitir una sentencia moduladora en la cual se establece lineamientos a seguir.

¹⁴⁶ CRE, art. 76, numeral 7.

¹⁴⁷ LOGJCC, art. 40 numeral 3.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, art. 76, numeral 5.

3.2. Sentencia: No. 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre de 2009

3.2.1. Antecedentes

El Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, a través de la Dirección Provincial del Guayas, suscribió 139 contratos de ejecución de obras para la construcción de viviendas nuevas y mejoradas, de los cuales 108 fueron entregados a satisfacción a cada uno de los beneficiarios del bono de la vivienda con sus respectivas actas de recepción, excepto los 31 contratos de ejecución de obras que fueron suscritos con la compañía Dantescorp S.A. En el año 2008, el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, luego de realizados los análisis respectivos resolvió, iniciar la terminación unilateral debido a la falta de entrega de los referidos contratos de obra, conforme el procedimiento que establecía el artículo 105 de la Ley de Contratación Pública.

La compañía Dantescorp S.A., no justificó el retraso ni remedió su incumplimiento, por lo que el Ministerio, amparado en lo dispuesto en el literal *a*) del artículo 104 de la Ley de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 115 del Reglamento de aplicación, mediante resolución motivada, terminó en forma unilateral los contratos restantes de ejecución de obras.

Con el argumento que se violaron los derechos constitucionales de la compañía, el 29 de diciembre del 2008 se presentó la acción de protección en contra de la señora Ministra de Desarrollo Urbano y Vivienda, el cual fue conocido por el señor Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas dentro de la causa No. 1485-2008 declarando sin lugar la demanda, posteriormente fue conocida en apelación por los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, quienes revocaron la sentencia dictada por el juez de la primera instancia y declararon con lugar dicha acción de protección.

3.2.2. Primera instancia

El Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas en sentencia pronunciada el día 20 de enero de 2009 dentro de la causa No. 1485-2008 resolvió:

Declarar sin lugar la demanda propuesta por la compañía DANTESCORP S.A., en contra del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, dejando a salvo los derechos de las partes para acudir ante los jueces competentes. Tal decisión se fundamentó básicamente en el sentido de que todas las acciones derivadas de las controversias que puedan suscitarse entre

los derechos y las obligaciones que nacen de los contratos administrativos, no son susceptibles de acción de protección constitucional.¹⁴⁹

3.2.3. Segunda instancia

La compañía DANTECORP S.A., apela la sentencia emitida por el juez Décimo de Garantías Penales del Guayas, la cual fue conocida por los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas quienes dilucidaron que:

[...] no podía aplicarse a una acción constitucional los precedentes de otra acción distinta. Que los contratos administrativos, también conocidos como contratos públicos, tenían en la Ley de Contratación Pública vigente a la fecha de celebración de los que dan nacimiento al vínculo jurídico entre la compañía DANTECORP S.A., y el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, y tienen en la actualidad al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, una fase precontractual y otra que constituye en sí la celebración del contrato.¹⁵⁰

En ninguna de estas fases se encuentra la terminación unilateral de los contratos, ya que esta es una facultad que solo la tiene la administración y no el administrado y es la máxima sanción que se puede imponer a un contratista público.

Existen otro tipo de sanciones, tales como multas, y llegar a la imposición de la máxima sanción presupone seguir un pronunciamiento en el que deben respetarse las normas del debido proceso que señala el artículo 76 de la Constitución, que es lo que no hizo el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda para imponer la sanción de terminación unilateral del “contrato”. En la acción de protección que les toco resolver, ni la Procuraduría General del Estado ni el MIDUVI demostraron que lo señalado por la compañía DANTECORP S.A. era falso; no proporcionaron información alguna sobre los hechos planteados en la acción de protección. En la tramitación y resolución de la acción de protección se observaron las garantías inherentes al debido proceso y se respetaron los derechos constitucionales de las partes, por lo que solicitan se desestime la acción extraordinaria de protección planteada.

El Director Regional de la Procuraduría General del Estado, y el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda, proponen la Acción Extraordinaria de Protección, en contra

¹⁴⁹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador [Acción extraordinaria de protección propuesta por el Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado y el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda], Sentencia No. 032-09-SEP-CC, de 24 de noviembre de 2009. Caso No. 0415-09-SEP-EP.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

de los Jueces como de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, además del representante legal de la compañía DANTECORP S.A. alegando que:

La decisión adoptada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, no tomo en consideración que la acción de protección no podía prosperar ya por los precedentes jurisprudenciales del extinto Tribunal Constitucional referidos a los actos de naturaleza bilateral, ya por el contenido y alcance de la regla *stare decisis et quieta non movere*, ya porque se habían violentado las normas del debido proceso y la tutela judicial efectiva.¹⁵¹

La Corte Constitucional como máximo organismo de interpretación constitucional determino lo siguiente:

“La jurisprudencia es el conjunto de fallos dictados en el mismo sentido por los jueces y tribunales respecto a un mismo punto de derecho. En el caso ecuatoriano, la jurisprudencia constitucional, respecto al tema, la tenemos especialmente del extinto Tribunal Constitucional; sin embargo, los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en su sentencia, creyeron necesario *desentrañar* la naturaleza jurídica de las declaraciones de terminación unilateral de los contratos de ejecución de obras y estimaron necesario revisar si dichas declaraciones reunían los requisitos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico, de modo tal que puedan considerarlas como *actos administrativos*, o si son *actos de naturaleza contractual o bilateral*, concluyendo que se trata de “actos administrativos”.¹⁵²

Siendo así, los referidos jueces omitieron en su sentencia, que los actos de naturaleza contractual o bilateral surgen, precisamente, de disposiciones contractuales. Al respecto, cabe recordar que la Constitución Política de 1998, reservaba el amparo para actos u omisiones de autoridad pública, que no es otra cosa que aquel que emana del ejercicio de la potestad pública, la que expresa la voluntad unilateral de la administración en relación de subordinación respecto de los particulares; en otras palabras, la autoridad pública se encuentra revestida de *imperium*, que se manifiesta en el desequilibrio entre administración y administrado, pues su expedición no requiere de consentimiento ni de la voluntad de este último; mientras que los actos de naturaleza contractual en los que interviene la administración, como lo expresa Cassagne, son “todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² *Ibíd.*

administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante, susceptible de producir efectos con relación a terceros”.¹⁵³ [...].

Este plano de igualdad se evidencia que los contratos no son relaciones de subordinación, sino de coordinación, por lo tanto para el caso de controversia deben necesariamente regirse por la Ley de Contratación Pública, tal como se ha referido el Tribunal Constitucional a través de reiterados fallos.

Según el pronunciamiento de la Corte en casos anteriores, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, tiene relación con el derecho a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso imparcial que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el Primero, relacionado con el acceso a la justicia; el segundo, con el desarrollo del proceso que deberá realizarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia.

3.2.4. Análisis a la sentencia

El Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas, al mencionar que, las acciones de las cuales se deriven controversias en derechos y obligaciones que nacen de los contratos no son susceptibles de acción de protección, vulnera drásticamente el artículo 88 de la Constitución puesto que éste contempla que, ante la vulneración de un derecho constitucional el administrado podrá acceder al amparo directo de la acción de protección a fin de restituir sus derechos. En este sentido se deberá determinar con precisión qué derecho se vulnera en la controversia.

Es menester destacar que los precedentes emitidos por la Corte Constitucional son de cumplimiento obligatorio, los cuales deberán ir en concordancia con el texto constitucional.

La presente sentencia distingue a los actos administrativos separables, los cuales no sería precedente en el caso en que el administrado el momento de sentirse afectado por la vulneración de un derecho ya sea por actos arbitrarios o por falta de motivación en los

¹⁵³ Cassagne, citado por la Corte Constitucional del Ecuador [Acción extraordinaria de protección propuesta por el Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado y el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda], Sentencia No. 032-09-SEP-CC, de 24 de noviembre de 2009. Caso No. 0415-09-SEP-EP.

actos emitidos por autoridad competente en el campo de la contratación pública, pueda ejercer su derecho y garantías establecidas en la Constitución sin limitaciones contempladas como “requisitos” de la LOGJCC. En este sentido “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.”¹⁵⁴

La jurisprudencia es jerárquicamente inferior a la Constitución, es decir que en ninguno de los casos la jurisprudencia denegará el acceso a la justicia constitucional, ante la vulneración de un derecho constitucional.

En sentencia No. 102-13-SEP-CC de 27 de diciembre de 2013, la Corte Constitucional interpreta el artículo 40 de la LOGJCC al señalar que, el juzgador podrá invocarlo únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la LOGJCC. Lo cual no ocurre en la sentencia 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre de 2009, ya que en la misma no se analiza la limitación existente en la LOGJCC, lo cual se debió analizar.

Tanto en la sentencia 102-13-SEP-CC como en la sentencia 032-09-SEP-CC, se limitó el acceso a la acción de protección, ya sea en el primer caso por inadmisión y en el segundo caso al mencionar que las acciones de las cuales se deriven controversias en derechos y obligaciones que nacen de los contratos no son susceptibles de acción de protección. En ambos casos se vulnera el artículo 88 de la CRE.

En la presente sentencia como en la sentencia 102-13-SEP-CC los organismos de justicia rechazan la acción de protección sin un dictamen debidamente motivado. De igual forma, fijan su análisis en la admisión y la procedencia como en desentrañar si se tratan de actos administrativos o de naturaleza eminentemente contractual, dejando por fuera, el análisis a la limitación para presentar acciones de protección en materia de contratación pública.

El verdadero análisis debió enfocarse, en invalidar los artículos de la LOGJCC y la LOSNCP analizados en la presente tesis, por cuanto contravienen el texto constitucional según lo señala el artículo 76 de la LOGJCC que textualmente dice: “[...] cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la

¹⁵⁴ CRE, art. 11 numeral 4.

inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada.”¹⁵⁵

Con la derogación o reforma existirá un efectivo acceso directo a la acción de protección, al debido proceso a una tutela judicial efectiva; respetándose a través del ordenamiento jurídico una verdadera garantía hacia los derechos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador.

3.3. Sentencia No. 006-17-SEP-CC (Declaratoria de inconstitucionalidad de la imposibilidad para presentar acciones de protección en materia de contratación pública)

La tesis se desarrolló conforme la planificación, durante la vigencia de la imposibilidad de presentar acciones de protección en materia de contratación pública, sin embargo, al cumplirse la fecha de entrega y en días de cierre de la investigación se emitió la sentencia de declaratoria de inconstitucionalidad del inciso séptimo del artículo 102 de la LOSNCP, la cual se analiza a la luz de todos los argumentos que esgrimí en la presente investigación.

3.3.1. Antecedentes

El 7 de marzo de 2013, la Autoridad Portuaria de Esmeraldas, habiendo declarado la terminación unilateral del contrato y encontrándose en la etapa de liquidación de la obra pública “Puerto Artesanal Pesquero de Esmeraldas PAPES y obras complementarias (ETAPA II), emitió el oficio No. GG-2013-0000526, dentro del cual se le dio a conocer al ingeniero Wagner Eduardo Velázquez Pérez en calidad de contratista, la elaboración del informe de liquidación final de la obra. De igual forma se otorgó el término de 10 días a fin de que cancele los valores correspondientes a la liquidación de la referida obra sin que en dicho oficio se señale un monto específico.

3.3.2. Primera instancia

Ante dicha actuación, el ingeniero Wagner Estuardo Velázquez Pérez presentó una acción de protección ante el juez primero de lo civil y mercantil de Esmeraldas, en contra

¹⁵⁵ LOGJCC, art. 76, numeral 5.

del gerente general de la Autoridad Portuaria de Esmeraldas, impugnando el oficio N.º GG-2013-0000526 del 7 marzo de 2013, al considerar que dicho acto administrativo vulneraba su derecho al debido proceso y seguridad jurídica. De igual manera, el accionante solicitó, junto con la acción de protección, medidas cautelares a fin de suspender los efectos de dicho acto.

Posteriormente, mediante sentencia dictada el 10 de mayo de 2013, el juez primero resolvió declarar la improcedencia de la acción de protección, argumentando en lo principal que no ha existido vulneración de derecho constitucional alguno, toda vez que en el oficio impugnado no consta cantidad alguna sobre la cual se ordene su pago. De la misma manera el juez manifestó su imposibilidad de pronunciarse respecto de la liquidación definitiva del contrato que habría realizado la autoridad contratante, toda vez que ese tema se encontraba aún en litigio ante los tribunales de lo contencioso administrativo.

3.3.3. Segunda Instancia

Dentro del recurso de apelación presentado por el contratista, ingeniero Wagner Estuardo Velázquez Pérez, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, mediante sentencia dictada el 11 de julio de 2013, resolvió aceptar el recurso propuesto, revocar la sentencia subida en grado y dejar sin efecto el oficio N.º GG-2013-0000526 del 7 marzo de 2013, como medida de reparación integral.

La Autoridad Portuaria de Esmeraldas, demanda la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, alegando que la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial, vulnera los derechos previstos en los artículos 76 numerales 1, 5 y 6; 82; 83 numerales 7 y 12; 85 numerales 1 y 2; 88, 424 y 426 de la CRE; solicita a la Corte que dicte sentencia protegiendo los derechos constitucionales y deje sin efecto la sentencia dictada en segunda instancia, de igual forma se disponga la reparación a la que haya lugar.

3.3.4. Análisis a la Sentencia

La Corte Constitucional se pronuncia con respecto a la vulneración del debido proceso y a la seguridad jurídica, concluyendo que ésta última implica la preexistencia de cualquier norma, constituye en sí misma la reivindicación de las normas y los mecanismos judiciales establecidos como forma de garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos,

tanto si nacen de una norma contenida en la Carta Suprema, como en la legislación secundaria. Le corresponde identificar al juzgador si la protección de la seguridad jurídica es en sede ordinaria o constitucional. Pues el principio puede ser protegido a través de su aplicación tanto en sede constitucional, como ordinaria, dependiendo de la fuente del derecho que se vea vulnerado.

Entonces diré, que existe una línea muy fina en el presente caso, ya que por una parte hablamos de la vulneración al debido proceso, es decir, la vulneración de un derecho constitucional para lo cual está la vía constitucional; y por otra parte hablamos de valores a cancelarse en la liquidación, lo cual compete conocer y resolver a los tribunales contencioso-administrativo. La determinación de la sede a recurrir será verificada por el juzgador dependiendo de la fuente del derecho, para lo cual el dictamen a emitirse será debidamente motivado.

La Corte señala que la acción de protección se encuentra consagrada en el texto constitucional, específicamente dentro del artículo 88, estableciéndose que dicha garantía jurisdiccional tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución de la República y que puede presentarse cuando se produzca su vulneración, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial que suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

Una vez verificado que se trata de la vulneración de un derecho constitucional, el administrado podrá recurrir a la acción de protección a través del debido proceso garantizado en la CRE en su artículo 76 numeral 7 literal m) que dice: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”¹⁵⁶.

Es pertinente citar la sentencia No. 041-13-SEP-CC de la Corte Constitucional puesto que en ésta se interroga ¿para qué existe? y ¿para qué es adecuada la acción de protección? enfatizando que. “[...] los únicos procedimientos adecuados para conocer y resolver sobre la existencia de violaciones a derechos constitucionales son las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales; y en el caso de que dichas violaciones se originen en actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, la acción de protección”¹⁵⁷. Entonces estaríamos hablando específicamente de derechos ya que si éstos

¹⁵⁶ CRE, art. 76 numeral, 7 literal m.

¹⁵⁷ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Grecia Padilla Gangotena], Sentencia No. 041-13-SEP-CC, de 24 de julio de 2013. Caso No. 0470-12-EP.

son vulnerados tanto en vía administrativa como jurisdiccional, se podrá acceder directamente a la acción de protección siempre y cuando se trate de derechos constitucionales.

Dentro de la sentencia se hace notar que por un lado se encuentra el acto de terminación unilateral del contrato, el cual fue impugnado por vía contenciosa administrativa y que actualmente continua en curso, y por el otro, el acto administrativo, dictado con posterioridad al antes referido, con el cual la Autoridad Portuaria de Esmeraldas realizó la liquidación del contrato y solicitó el pago de los respectivos haberes, impugnado en vía constitucional.

Ante la vulneración de un derecho constitucional, ya sea por un acto administrativo u omisión de autoridad pública, el administrado podrá acceder directamente a la vía constitucional recurriendo a la acción de protección, con la finalidad que se restituya el derecho quebrantado. Cabe mencionar que al tratarse de vulneración de derechos en temas de legalidad podrá acceder a la vía ordinaria.

La Corte analizó, si el inciso séptimo del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, excluye las acciones constitucionales dentro de los procesos y actos de contratación pública, generando en los jueces una falta de competencia para conocer garantías jurisdiccionales, tomando en consideración que la acción de protección interpuesta por el Ing. Wagner Estuardo Velázquez Pérez, impugnaba un acto administrativo que fue expedido dentro de un proceso de contratación, esto es el proceso de liquidación de la obra pública

En este contexto considero imprescindible analizar la disposición contenida en el séptimo inciso del artículo 102 LOSNCP que textualmente dice: “Reclamaciones.- [...] Los procesos de contratación no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley”¹⁵⁸, con la finalidad de verificar si a través del citado artículo se menoscaban derechos constitucionales o incurre en una prohibición consagrada en la CRE, considerando que dentro de dicha norma infraconstitucional se establece una clara y expresa restricción a las garantías jurisdiccionales respecto a los procesos de contratación pública.

¹⁵⁸ LOSNCP, art. 102 inciso 7.

Es preciso anotar que ante la incompatibilidad de una disposición jurídica con el Texto Constitucional, la Corte Constitucional podrá declararla inconstitucional, es decir expulsarla del ordenamiento jurídico en los casos que se “concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.”¹⁵⁹.

La Corte considera que, la restricción para la presentación de acciones constitucionales, estaría justificada por el legislador en el hecho que existen mecanismos de defensa adecuados y eficaces previstos en la ley para proteger los derechos derivados de procesos de contratación pública. Además insiste que si bien existen vías judiciales que sirven para impugnar actos de autoridades públicas no judiciales, estas vías ordinarias no son adecuadas para declarar y reparar una violación a derechos constitucionales.

Señala además que, resulta trascendental tener en cuenta la acción de protección a través de su garantía jurisdiccional, la cual no debe ser objeto de restricciones que coarten el objetivo fundamental de proteger los derechos constitucionales en forma directa y eficaz, conforme lo garantiza la Carta Suprema, más aún si tomamos en consideración que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente en la LOGJCC existen causales específicas de inadmisión e improcedencia que les permiten al juez constitucional distinguir las acciones de raigambre constitucional de aquellas que revisten un análisis de mera legalidad.

En este contexto me referiré al juez constitucional como el encargado de examinar la demanda a fin de verificar el derecho perjudicado. Mencionando así que para el caso de quebrantamiento de derechos constitucionales, el administrado podrá recurrir a la vía constitucional a través de su acción de protección; o al tratarse de vulneración de derechos subjetivos o de mera legalidad podrá acudir a la vía ordinaria.

También la Corte se refiere al inciso séptimo de su artículo 102 de la LOSNCP como una restricción a las garantías jurisdiccionales específicamente a la acción de protección, puesto que no solo coarta la inmediatez y eficacia con la que estas actúan frente a la vulneración de derechos constitucionales, conforme lo consagran los artículos 86 y 88 de la Constitución de la República, sino que con ello se está obstaculizando de manera injustificada el acceso a la justicia dentro del ámbito constitucional, atentando contra la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 75 de la Carta Suprema.

¹⁵⁹ CRE, art. 436, numeral 3.

Criterio que ha sido desarrollado en la presente investigación, puesto que al tratarse del quebrantamiento de derechos constitucionales en materia de contratación pública, el administrado podrá acudir de manera directa a la vía constitucional, sin que ello signifique que tenga que pasar por filtros que obstaculicen su acceso. Aquello significa que el Estado tendrá la obligación de crear normas internas, como la LOGJCC cuya finalidad sea velar por el acceso directo a la vía constitucional y no en su defecto obstaculizarlo o restringirlo.

La Corte Constitucional una vez analizado el inciso séptimo del artículo 102 de la LOSNCP, considera que la restricción de acciones constitucionales contemplada en norma no tiene justificación razonable, puesto que se puede colegir un desconocimiento por parte del legislador a la naturaleza y objeto de las garantías jurisdiccionales, ya que al tratarse de manera general la existencia de vías adecuadas y eficaces para impugnar cualquier acción del Estado en materia de contratación pública, se omitiría el principio de sujeción de todos los poderes públicos, a los principios, reglas y derechos constitucionales establecidos en el artículo 426 de la CRE.

Concluye que la restricción de plantear acciones constitucionales dentro del proceso de contratación pública, aduciéndose la existencia de vías judiciales adecuadas y eficaces para impugnar dichas actuaciones, no guarda armonía con los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 75, 86, 88 y 426 de la Constitución de la República por tanto su contenido debe ser eliminado del ordenamiento jurídico. En tal razón y conforme la competencia establecida en el artículo 436 numeral 3 de la CRE declara la inconstitucionalidad del séptimo inciso del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es menester señalar lo manifestado por la catedrática María del Carmen Jácome al considerar que la resolución emitida por la Corte Constitucional al respecto fue acertada puesto que “facilita el derecho de los ciudadanos a oponerse a una decisión que considera que vulnera derechos, decisión que en muchos casos puede ser arbitraria tomada con abuso de poder. Lo fundamental aquí es darle al ciudadano los medios para que éste pueda oponerse.”¹⁶⁰

Criterio que lo comparto plenamente puesto que, la presente tesis se desarrolló con la convicción que el ciudadano tiene derechos que deben ser respetados y que por ninguna

¹⁶⁰ Dra. María del Carmen Jácome, entrevistada por Viviana Buenaño Pérez.

situación podrán ser limitados por un ley y menos aún transgredidos por administración pública, en este contexto se deja mostrado las restricciones ante las cuales se puede encontrar el administrado, además de las vías necesarias para ejercer justiciabilidad ante la vulneración de derechos cualquiera que fuera.

El presente trabajo se inició con el análisis de la limitación para presentar acciones constitucionales en materia de contratación, específicamente en el inciso séptimo del artículo 102 de la LOSNCP. En el transcurso de éste desarrollo se fueron esgrimiendo argumentos jurídicos para que el inciso en referencia sea modificado o derogado por la Corte Constitucional. Sin embargo al culminar el trabajo la Corte Constitucional emite sentencia, en la cual se declara inconstitucional el referido inciso. Una vez analizados los argumentos, se pudo colegir que éstos fueron sustanciados, en igual sentido de la presente investigación.

No puedo dejar de mencionar que, además de la limitación señalada se han evidenciado otros inconvenientes jurídicos como son la falta de debido proceso en la terminación de contratos, la restricción existente en la LOGJCC en la cual se establecen filtros para acceder a la justicia constitucional, el papel primordial del juez constitucional en el análisis de demanda, entre otros; los cuales han sido debidamente sustentados.

En conclusión el administrado ante la vulneración de un derecho constitucional en materia de contratación pública actualmente podrá acceder a la vía constitucional a través de la acción de protección, con la finalidad de reparar el daño, cuando este se cause efectivamente.

4. CONCLUSIONES

4.1. Limitación existente para presentar acciones de protección en materia de contratación pública.

En el trabajo se manifestó que todos los derechos constitucionales serán fundamentales y de igual jerarquía. Es decir los derechos serán plenamente justiciables y no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su vulneración.

El artículo 88 de la CRE garantiza el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, es decir el administrado podrá acudir a la acción de protección ante la vulneración de derechos constitucionales ya sean por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.

En este contexto es necesario mencionar el artículo 11 numeral 3 de la CRE, el cual dispone que todos los derechos y garantías establecidas en la Constitución serán de inmediata aplicación por los servidores públicos. Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no se encuentren preestablecidos en la Constitución o la Ley.

Se dejó evidenciado en el capítulo segundo que, se accederá a la vía constitucional siempre que se trate de un derecho constitucional como es el derecho que tiene el administrado al trabajo; y no de legalidad puesto que para temas de legalidad está la vía contencioso-administrativa. De igual forma se demostró, que para acceder a la vía constitucional no se requerirá de un recurso administrativo o una acción contencioso-administrativa previa.

Dentro de la doctrina se citó al investigador Robert Alexy quien refiere a los derechos emanados por el Estado, como aquellos sometidos a los derechos de las personas y las colectividades, con lo cual los representantes parlamentarios no tienen libertad para configurar la ley, ya que éstos deberán ir relacionados con los derechos de los individuos.

La Corte Constitucional en su sentencia 006-17-SEP-CC, señaló que no todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria, en este sentido la acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales

ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución.

También se hizo mención que la vía contencioso-administrativa no es, ni podrá ser considerada como una vía adecuada para reparar violaciones a derechos constitucionales, así como la acción de protección no lo es para controlar la legalidad de los actos administrativos. En consecuencia, la carga de demostración sobre la adecuación y eficacia de los procedimientos ordinarios no recae sobre el accionante, sino sobre el juzgador, al momento en que determina si la violación efectivamente se verificó o no en el caso puesto en conocimiento.

Si bien la Corte Constitucional comparte el criterio expuesto, al confirmar que, la acción de protección con el ánimo de impugnar un acto administrativo, no está supeditada a que el accionante no haya hecho uso de las vías ordinarias para impugnar actos anteriores, por el contrario la pertinencia de la acción de protección radica en que solo a través de dicha garantía se puede conocer y resolver la vulneración de derechos constitucionales.

Conforme lo anotado en la sentencia No. 006-17-SEP-CC de la Corte Constitucional, no es necesario la existencia de un recurso administrativo o una acción contencioso administrativa previa para la presentación de una acción de protección en materia de contratación pública.

De la entrevista realizada a la Catedrática María del Carmen Jácome, acertadamente manifiesta que a la justicia constitucional se debe acudir para violaciones graves, es decir cuando sean violaciones directas a derechos, por ejemplo al debido proceso, ahí se podrá acceder directamente a la vía constitucional, con la finalidad que ésta no colapse.

Dentro de la CRE se contempla que todos los derechos constitucionales son fundamentales además que gozan de igual jerarquía, es así que el administrado ante la vulneración de un derecho constitucional, en donde se dé por terminado unilateralmente un contrato sin un debido proceso previo, tiene el derecho de impugnar a través de la vía constitucional.

Con estos antecedentes nos vemos ante dos posibilidades, la limitación existente en el inciso séptimo del artículo 102 de la LOSNCP del derecho legítimo que le asiste al

administrado a recurrir un fallo en todos los procedimientos, conforme lo señala el artículo 76 numeral 7 literal m). Y el derecho a recurrir en sede constitucional, ante la vulneración del derecho al trabajo el cual se ve afectado por la terminación unilateral de un contrato. Entonces, para presentar la acción de protección se deberá verificar previamente qué derecho se vulnera, si éste a su vez es constitucional o se refiere a un tema de legalidad.

En este sentido únicamente se podrá acudir a la acción constitucional cuando se trate de vulneración de derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho al debido proceso que le asiste al administrado.

Como se manifestó tanto en el capítulo tercero de la presente investigación como en la sentencia No. 006-17-SEP-CC, en un mismo acto u omisión pueden generarse y vulnerarse un derecho subjetivo o facultad legal y el desconocimiento de los derechos constitucionales. Como se mencionó para el primer caso se podrá recurrir a la vía ordinaria y el segundo caso podrá acceder a las garantías jurisdiccionales a través de la acción de protección de forma directa y eficaz conforme lo señala el artículo 88 de la Carta Suprema. Es necesario precisar que la garantía jurisdiccional no restringirá el acceso a la vía constitucional, menos aún la LOGJCC en la cual existen causales específicas de inadmisión e improcedencia.

Como se analizó en el último capítulo queda a discreción del juez constitucional distinguir las acciones constitucionales y las de mera legalidad, para las primeras deberán sobrepasar aspectos de legalidad y al tratarse de vulneración de derechos constitucionales deberán ser tutelados en esfera constitucional. Y para los segundos, éstos derechos serán conocidos y resueltos en vía ordinaria o judicial.

También he analizado la restricción para acceder a la vía constitucional en materia de contratación según se señaló en el inciso 7 del artículo 102 de la LOSNCP, en la cual se evidenció la limitación para presentar acciones de protección ante la vulneración de derechos constitucionales reconocidos en el artículo 88 de la CRE, sino que además se estaría obstaculizando de manera injustificada el derecho que tiene el administrado de acceder a la justicia, violándose además un debido proceso y con ello la seguridad jurídica, así como su derecho propio de recurrir, garantizado en la Constitución como un derecho fundamental.

Es pertinente indicar que la Constitución es norma Suprema, es decir por ninguna circunstancia podrán crearse o modificarse normativa contraria a la misma. En el caso que existan normas contrarias será potestad de la Corte Constitucional expulsar del ordenamiento jurídico las normas o artículos que la contravengan.

Conforme los argumentos presentados en el capítulo primero y segundo de la presente investigación se concluye que existió la limitación a la vía constitucional para presentar acciones de protección en materia de contratación, según el séptimo inciso del artículo 102 de la LOSNCP. El cual debe ser derogado, con la finalidad que el administrado ante la vulneración de un derecho constitucional pueda recurrir a la acción de protección, a fin de reparar integralmente el daño, cuando este se causa efectivamente.

La Corte Constitucional consideró que la restricción de acciones constitucionales contemplada en el séptimo inciso del artículo 102 de la LOSNCP, no tiene justificación razonable puesto que al establecer de manera general la existencia de vías adecuadas y eficaces para impugnar cualquier actuación del Estado en materia de contratación pública, se restringen acciones constitucionales, en otras palabras se niega al administrado la posibilidad de hacer uso de ésta vía como único medio adecuado y eficaz para, de forma directa, y bajo los principios de acceso a la justicia y máxima eficacia de los derechos fundamentales, conocer y resolver la vulneración de derechos.

En sentencia 006-17-SEP-CC, se concluye que la restricción de plantear acciones constitucionales dentro de procesos de contratación pública aduciéndose la existencia de vías judiciales adecuadas y eficaces para impugnar dichas actuaciones, no guarda armonía con los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 75, 86, 88 y 426 de la CRE, por tanto su contenido debe ser eliminado del ordenamiento jurídico.

Conforme el artículo 436 numeral 3 de la CRE, la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad del séptimo inciso del artículo 102 de la LOSNCP en el cual se establece que: “Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley”.

Una vez analizados los argumentos de los capítulos primero, segundo y tercero de la presente tesis, se concluye que los mismos iban encausados en el mismo sentido del dictamen emitido por la Corte Constitucional en sentencia 006-17-SEP-CC, al declarar la

inconstitucionalidad del inciso séptimo del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4.2. Vulneración de la seguridad jurídica y debido proceso en las sentencias analizadas

Como se había manifestado en el capítulo primero al definir al debido proceso como un derecho fundamental con el que cuenta el administrado, en la ejecución contractual. Éste podrá usarse como mecanismo ante la vulneración de un derecho quebrantado puesto que tendrá como objetivo proteger los derechos constitucionales de los individuos. Para que un debido proceso se efectúe en óptimas condiciones deberán existir leyes internas que establezcan con claridad los procedimientos a seguir con la finalidad que el administrado como el administrador puedan ejecutarlos a cabalidad.

En materia de contratación pública, el administrado con el debido proceso limita las actuaciones a través de los actos administrativos, así protege los excesos y abusos del poder de la administración pública o judicial.

El artículo 76 de la CRE refiere al debido proceso, como todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones se asegurará un debido proceso, es decir en materia de contratación pública no será la excepción.

Según lo citado en el primer capítulo por el investigador Mario Zambrano, el debido proceso se refiere a una ley que extrae la autoridad de los poderes estatales dentro de los límites de aquellos principios fundamentales de libertad y justicia.

Del análisis realizado a las sentencias del capítulo tercero se colige que en materia de contratación pública el administrador no suele seguir un debido proceso en la terminación de contratos.

Con los antecedentes se concluye que al encontrarnos en un Estado constitucional de derechos y de justicia éste garantizará a través de sus diferentes vías tanto administrativas, judiciales como constitucionales un debido proceso que en ningún caso se podrá vulnerar, y en materia de contratación pública no será la excepción. Para que la terminación unilateral de un contrato se efectúe debe existir un debido proceso, lo cual queda demostrado en el análisis de las sentencias que, en muchos de los casos no ocurre.

Al no seguir un procedimiento preestablecido por parte de la administración pública en la terminación de un contrato, se está vulnerando un derecho constitucional.

4.3. Vía adecuada para el resarcimiento de un derecho vulnerado

De la investigación realizada se concluye que el administrado ante la vulneración de un derecho, tiene varias vías para reclamar su resarcimiento, para que aquello suceda es necesario se determine el derecho vulnerado puesto que un mismo acto u omisión de la administración pública puede incurrir en varias vulneraciones de derechos

En un primer caso podrá ser la vulneración del derecho subjetivo, según lo analizado en el capítulo primero éste podrá resarcirse a través de las vías ordinarias. En otro caso podrá sucintarse la vulneración en materia de legalidad para lo cual se acudirá a la vía judicial para su restitución.

En un tercer caso se podría incurrir en la vulneración de un derecho constitucional, para lo cual el administrado podrá acudir a la vía constitucional para su restitución, si bien al inicio de la presente tesis existía la limitación para presentar acciones constitucionales en materia de contratación pública en su inciso séptimo del artículo 102 de la LOSNCP razón de creación de la misma, al finalizar la investigación la Corte Constitucional mediante sentencia 006-17-SEP-CC de 11 de enero de 2017, resuelve declarar inconstitucional al referido inciso, con lo cual se comprueba que los argumentos esgrimidos coinciden con la sentencia.

Se concluye que al existir la inconstitucionalidad del inciso séptimo del artículo 102 de la LOSNCP, el administrado ante la vulneración de un derecho constitucional, en materia de contratación pública, podrá acudir de manera directa a la acción de protección garantizada por la Constitución de la República del Ecuador.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Tres escritos de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003).
- ALEXY, Robert, “Efecto en terceros o efecto horizontal”. En Jorge Benavides O., y Jhoel Escudero S., coord. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, (Quito, CEDEC, 2013).
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”. En Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, (Quito, Corporación Editora Nacional, 2009).
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y de justicia”, en Andrade, Grijalva, Storini, edit. *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, (Quito, Corporación Editora Nacional, 2009).
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los Derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “El amparo constitucional en el Estado social de Derecho”, en Julio Echeverría-César Montúfar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, (Quito, Ediciones Abya- Yala, 2008).
- BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge, “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, en Jorge Benavides O. y Jhoel Escudero S., coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, (Quito, CEDEC, 2013).
- BERNARDIS, Luis Marcelo, “La garantía procesal del debido proceso”, (Lima, Cultura Cuzco Editores, 1995).
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Teoría general de los Derechos Humanos”, (Buenos Aires, Astrea, 1991).

- CARPINTERO, Francisco, “Los derechos humanos de primera generación”, en José Justo Megías Quirós, coord., *Manual de derechos humanos, los derechos humanos en el siglo XXI*, (Cádiz, Aranzadi, 2006).
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí, “¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?”, (Santa Fé de Bogotá, Telmis, 1999).
- DABIN, Jean, “El Derecho Subjetivo”, traducido por Francisco Javier Osset, (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955).
- DE LA GUERRA ZUÑIGA, Eddy, “Introducción al Derecho”, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013).
- ECHEVERRÍA, Julio, “El Estado en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, (Quito, Corporación Editora Nacional, 2009).
- ESTRADA, Alexei Julio, “La teoría de los derechos públicos subjetivos”, en la obra de Georg Jellinek, (Bogotá, I.E.C.C.R.P, 1997).
- FERNÁNDEZ, María Encarnación, “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en José Justo Megías Quirós, coord., *Manual de derechos humanos, los derechos humanos en el siglo XXI*, (Cádiz, Aranzadi, 2006).
- GATTI, Edmundo, “Derechos Subjetivos (Poderes y Facultades) y Relaciones Jurídicas (Absolutas y Relativas)”, (Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2005).
- GRIJALVA, Agustín, “Interpretación Constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, (Quito, Corporación Editora Nacional, 2009).
- GRIJALVA, Agustín, “Independencia, acceso y eficacia de la justicia constitucional en el Ecuador”, en Julio Echeverría- César Montufar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, (Quito, Abya-Yala, 2008).
- MEJÍA SALAZAR, Alvaro, “Los Recursos Administrativos, Naturaleza Jurídica y Aplicación en Materia Tributaria”, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013).
- MEJÍA SALAZAR, Alvaro, “Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo”, (Quito, Ediciones Legales, 2013).

- MONTÚFAR, César, “Estado constitucional de derecho y democracia sustantiva en el Ecuador”, en Julio Echeverría-César Montúfar, edit. *Plenos poderes y transformación constitucional*, (Quito, Ediciones Abya- Yala, 2008).
- PARRA, Lina, “Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo, el derecho al trabajo”, (Quito, Corporación Editora Nacional, 2013).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Curso de derechos fundamentales, teoría general”, (Madrid, Imprenta Nacional del Boletín oficial del Estado, 1999).
- PEÑA FIERRO, Manuel, “La garantía en el Estado constitucional de Derecho”, (Madrid, Editorial Trotta, 1997).
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Los derechos fundamentales”, (Madrid, Tecnos, 1986).
- PÉREZ ROYO, Javier, “Curso de derecho constitucional”, (Madrid, Marcial Pons, 2000).
- SALGADO PESANTES, Hernán, “Manual de justicia constitucional ecuatoriana”, (Quito, Corporación editora nacional, 2004).
- STORINI, Claudia, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, (Quito, Corporación Editora Nacional, 2009).
- VIDAL, Ernesto, “Los derechos de tercera generación”, en José Justo Megías Quirós, coord., *Manual de derechos humanos, los derechos humanos en el siglo XXI*, (Cádiz, Aranzadi, 2006).
- ZAMBRANO SIMBALL, Mario Rafael, “Los principios Constitucionales del debido proceso y las garantías jurisdiccionales, de acuerdo a la nueva Constitución de la República” (Quito, Ph Ediciones, 2009).
- ZAVALA EGAS, Jorge, “Lecciones de Derecho Administrativo”, (Guayaquil, Edilex S.A. 2011).

Legislación

- Constitución de la República del Ecuador [2008], Registro oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 11 numeral 6.
- Ecuador, Código Civil, en Registro Oficial, Suplemento No. 46 de 24 junio de 2005.
- Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial N° 506 de 22 de mayo de 2015.

Ecuador, Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento No. 52, de 22 octubre de 2009.

Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.

Ecuador, Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, en Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Sentencias

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Eliana Custodia Guillén], Sentencia 102-13-SEP-CC, de 27 de diciembre de 2013.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Letty Alexandra Proaño García], Sentencia No. 045-15-SEP-CC, de 25 de febrero de 2015.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por el Sr. José Fabara Figueroa], Sentencia No. 020-10-SEP-CC, de 11 de mayo de 2010.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador [Acción extraordinaria de protección propuesta por el Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado y el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda], Sentencia No. 032-09-SEP-CC, de 24 de noviembre de 2009.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Grecia Padilla Gangotena], Sentencia No. 041-13-SEP-CC, de 24 de julio de 2013.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción extraordinaria de protección propuesta por la Sra. Ana Concepción Álvarez Medina en calidad de representante legal de Autoridad Portuaria de Esmeraldas], Sentencia No. 006-17-SEP-CC de 11 de enero de 2017.

Páginas Web

Tribunal Constitucional de España:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/25>

Corte Constitucional de Colombia:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>

Entrevista

Dra. María del Carmen Jácome, entrevistada por Viviana Buenaño Pérez, Quito, 31 de mayo de 2017.

ENTREVISTA¹⁶¹

1. ¿Los recursos administrativos establecidos en el ERJAFE afectan directamente a los derechos subjetivos del administrado. En su experiencia qué tan eficaz han resultados estos recursos?

La afectación directa es para cualquiera de los recursos no solo para el recurso de reposición. El Recurso de reposición al ser interpuesto ante la misma autoridad, ésta resolverá a su favor, por lo tanto no lo considero eficaz, debido al desconocimiento que existe por parte de los servidores públicos en la ejecución de los mismos. Solventar éste recurso en el momento adecuado evitaría largos juicios contenciosos administrativos o constitucionales, puesto que existen problemas súper sencillos que pueden arreglarse mediante éste recurso.

2. ¿El recurso de apelación permite que la autoridad jerárquicamente superior se pronuncie con respecto a un acto administrativo que afecta los intereses del administrado, o cuando se ha negado el recurso de reposición. Qué tan útil resulta este recurso?

Para la presentación de un recurso de apelación no es necesario contar previamente con el recurso de reposición. Sin embargo éste recurso se convierte en un saludo a la bandera, puesto que ha visto que en la mayoría de veces éstos son negados, debido a la falta de un análisis exhaustivo en cada caso.

3. ¿Qué tan común es el recurso extraordinario de revisión? Ha conocido de casos? Qué cantidad?

El recurso extraordinario de revisión es más común que los recursos de reposición o apelación. Analizando las ventajas de éste recurso, es que el administrado tiene 3 años para presentarlo en el caso de las causales a) y b) del artículo 178 del ERJAFE, y en el caso de los literales c) y d) 5 años, es decir que si se pasó el tiempo para presentar el recurso de apelación o reposición nada le impide presentar el de revisión aun cuando las causales son

¹⁶¹ Entrevista realizada a la Dra. María del Carmen Jácome, con fecha 31 de mayo de 2017.

restringidas. Lo que suele hacer el administrado es valerse de este recurso en el tiempo es decir, se les fue el tiempo para poder demandar en los 5 años ahora que hacen presentan un recurso de revisión para que les nieguen e impugnan ésta negativa y automáticamente se habilitan en el tiempo por eso es tan popular éste recurso aun cuando su procedencia es bien restringida. Es el recurso más popular porque tiene más tiempo para interponerse.

La Contraloría General del Estado puede tardar entre 4 o 5 años en la resolución de un recurso de revisión puesto que agotan la sede administrativa para acudir a la vía contenciosa administrativa, la entidad llega a la sede jurisdiccional en los 10 a 12 años.

4. ¿En la sede judicial, que tan eficiente es la vía contenciosa administrativa?

Actualmente la vía contenciosa administrativa es mucho más ágil, a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), puesto que al encontrarnos con un sistema oral, la emisión de un dictamen puede tomar entre 6 o 7 meses, lo que no ocurría previo a su vigencia, en el que las sentencias tomaban entre 5 a 7 años. Sin embargo no podemos dejar de pensar que pasará con el sistema oral cuando se sature ya que actualmente llevamos un año de vigencia del COGEP. Considero además que el actual sistema es mucho más eficiente ya que cuenta con salas especializadas para cada caso.

5. ¿Conoce usted cuál de los dos recursos (anulación-plena jurisdicción), es el más interpuesto y por qué?

La acción más interpuesta es la de plena jurisdicción por cuanto ésta va directamente a los derechos subjetivos del administrado, sin embargo no hay que confundirlos con los temas de contratación pública, ya que los de contratación pública no son de plena jurisdicción puesto que el GOGEP los prevé como una acción especial. Una vez considerado aquello manifiesta que la acción más interpuesta es la de plena jurisdicción con un 90% de casos; del 10% restante será en recursos objetivos de los cuales en materia de contratación pública existe un margen muy pequeño que será de un 2% en la acción objetiva. La acción objetiva se confunde mucho con la constitucional puesto que al querer impugnar la legalidad de un acto, acuden a la acción constitucional.

6. ¿Cree usted necesaria, en materia de contratación pública, la vía constitucional para efectos de proteger derechos presuntamente vulnerados del administrado? ¿Por qué?

A la justicia constitucional se debe acudir para violaciones graves, es decir cuando sean violaciones directas a derechos por ejemplo al debido proceso ahí se podrá acceder directamente a la vía constitucional, con la finalidad que ésta no colapse.

7. ¿Cree que fue acertada la decisión que tomó la Corte Constitucional al declarar la inconstitucionalidad del inciso 7 del art. 102 de la LOSNCP?

Si es muy acertada, porque facilita el derecho de los ciudadanos a oponerse a una decisión que considera que vulnera derechos, decisión que en muchos casos puede ser arbitraria tomada con abuso de poder. Lo fundamental aquí es darle al ciudadano los medios para que éste pueda oponerse.