

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR,
SEDE ECUADOR**

COMITÉ DE INVESTIGACIONES

INFORME DE INVESTIGACIÓN

**El Tribunal Constitucional, el Congreso y la Jurisdicción Ordinaria en el
Desarrollo de las Garantías de los Derechos Constitucionales en Ecuador**

Agustín Modesto Grijalva Jiménez

**Quito – Ecuador
2007**

Agustín Grijalva
Universidad Andina Sede Ecuador

El presente ensayo plantea que las garantías de los derechos constitucionales en Ecuador son objeto de sistemáticas e ilegítimas restricciones las cuales tienen que ver al menos con dos fenómenos. Primero, lo que podría denominarse una *reducción de la noción de garantía a la esfera jurisdiccional*. Es decir la adopción de una noción mínima de garantía, que desconoce la función de normas y procedimientos constitucionales y otras instituciones, y en particular el legislativo, que configuran las garantías políticas y sociales. En segundo lugar la *formalización y restricción de las garantías jurisdiccionales*, pese a su reconocimiento constitucional. Así, en un primer momento de reformas constitucionales o procesos constituyentes estas garantías constitucionales se han establecido o ampliado. En un segundo momento, en que la legislación, la jurisprudencia, y en general la cultura jurídica dominante las han regulado, han tendido a restringirlas inconstitucionalmente; esta dinámica ha marcado especialmente al amparo.

La restricción tanto de la noción de garantía como de una garantía jurisdiccional central como el amparo ha tenido graves efectos, puesto que ello incide directamente sobre las posibilidades procesales, políticas y sociales en la protección de derechos constitucionales. En consecuencia, es necesario en Ecuador un giro hacia una ampliación de la noción de garantía que identifique los múltiples medios que aseguren derechos humanos en un Estado constitucional moderno. Por otra parte, es necesario un proceso de des-formalización de las garantías jurisdiccionales, particularmente del amparo, que permita su adecuado funcionamiento como medio protector de derechos.

El estudio del amparo como una garantía integrada en un sistema mucho más amplio y complejo constituido por otras garantías, así como el análisis de sus ilegítimas restricciones en el caso ecuatoriano provee una perspectiva de sus alcances y limitaciones a la luz de la doctrina, y el Derecho Comparado.

Hay numerosas tipologías de garantías dependiendo incluso en parte de la noción de garantía que fundamente la tipología. En este ensayo utilizaremos fundamentalmente¹ la desarrollada por Gerardo Pisarello, quien en un trabajo

¹ Haremos, sin embargo, referencia a otras clasificaciones que incluyen nociones semejantes o agregan elementos que se consideran relevantes. Véase, Pisarello, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis.

relativamente reciente sintetiza y enriquece las propuestas que al respecto han sido desarrolladas por Ferrajoli, Abramovich, Curtis y Añon. Se ha seleccionado esta clasificación considerando que es una propuesta clara y bastante completa de tipos y definiciones de garantías.

El presente ensayo tiene tres partes. En la primera, se presenta una introducción al concepto de garantía y una síntesis de los conceptos esenciales de los distintos tipos de garantías de los derechos constitucionales. La segunda parte hace un análisis general de la restricción en el Ecuador del concepto de garantía de los derechos constitucionales a exclusivamente las garantías jurisdiccionales especializadas en materia constitucional (amparo, habeas corpus y habeas data). La tercera parte evidencia esta tendencia restrictiva en el país concentrándose en una de estas garantías jurisdiccionales, la acción de amparo.

1. El concepto de Garantía

En el Derecho Civil, observa Ferrajoli², el concepto de *garantía* hace relación a técnicas normativas diseñadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales. Este es el caso, por ejemplo, de la prenda y la hipoteca que mediante un bien mueble en el primer caso, e inmueble en el segundo, aseguran el cumplimiento de una obligación. Este concepto de garantía experimenta una primera extensión o transformación en el Derecho Penal, al aludir a los diversos principios del debido proceso del encausado y la tutela de sus derechos a la vida, integridad y libertad frente al poder punitivo del Estado.

Empero, la más reciente transformación del concepto de *garantía* proviene de la Teoría General del Derecho, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En estas áreas la noción de garantía ha venido vinculándose a la protección de derechos constitucionales³ o derechos humanos. En este plano, las garantías constituyen, en palabras de Peces Barba⁴, un *conjunto coherente de mecanismos de defensa de los derechos constitucionales*. Este conjunto es a la vez

²Luigi Ferrajoli, *Garantías Constitucionales* publicado en *Revista Argentina de Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Año 1 -2000 Nro 2.

³En este trabajo uso el término *derechos constitucionales* para referirme a los derechos humanos que las constituciones ecuatorianas han reconocido. Para la mayoría de estas constituciones todos los derechos incluidos en la Constitución tienen el mismo rango y por tanto gozan de igual protección.

⁴Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999. Ver el capítulo diez

amplio y complejo pues incluye principios, normas, técnicas, procedimientos e instituciones tanto institucionales como sociales predispuestos para la defensa de estos derechos⁵.

Esta amplitud es apreciable en las heterogéneas tipologías de garantías desarrolladas por la doctrina, tipologías de todas formas parcialmente coincidentes en numerosos conceptos, aunque difieran en su terminología⁶. Pese a esta dificultad de sistematización teórica, el concepto de garantía persiste como esencial en vista de su vínculo estructural con los derechos constitucionales. Hay quienes llegan a afirmar que sin garantías prácticamente no hay derechos, puesto que estarían ausentes los mecanismos de exigibilidad de una conducta u omisión que tales derechos implican. Sin llegar a tal extremo, Ferrajoli ha sostenido que toda falta de garantía de un derecho implica no la inexistencia del derecho sino una laguna jurídica que debe ser obligatoriamente colmada; así por ejemplo la falta de desarrollo de las garantías de los derechos sociales o de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, no implican que estos derechos prácticamente no existen sino que la falta de garantías es un vacío normativo a ser solucionado⁷.

Garantías según su alcance: primarias y secundarias

Es justamente Ferrajoli el que ha propuesto la clasificación de garantías de los derechos constitucionales en garantías primarias y secundarias⁸. Esta clasificación tiene como presupuesto la noción de garantía como obligación dirigida a asegurar la efectividad de un derecho constitucional. Las *garantías primarias o sustanciales* se refieren a obligaciones o prohibiciones correspondientes a estos derechos. Mediante estas garantías tanto los poderes públicos como los particulares están obligados a

⁵Pisarello, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis.

⁶ Un primer esfuerzo de clasificación de las garantías de Derecho Público en políticas, jurídicas y sociales fue realizada por Jellinek. Ver al respecto Raul Gustavo Ferreira, *El Significado de las Garantías de la Constitución y su nexa con las Tareas del Congreso* en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Año 2 I, 2000, pp 72 – 73. En nuestro medio ha tenido alguna difusión la clasificación de Pérez Luño en garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales Véase Antonio Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986, especialmente el capítulo II. Nuevas tipologías han sido desarrolladas a partir de los trabajos de Luigi Ferrajoli. Justamente en el presente trabajo recurrimos fundamentalmente a la tipología desarrollada sobre esta base por Gerardo Pisarello.

⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías: La Ley del Más Débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pag 61-62. Luigi Ferrajoli, *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp 78 -81.

⁸ Luigi Ferrajoli, *Garantías Constitucionales* publicado en *Revista Argentina de Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Año 1 -2000 Nro 2.

realizar ciertas prestaciones y omitir ciertas conductas lesivas a efectos de que la protección de los derechos sea efectiva. En contraste, las *garantías secundarias* consisten en obligaciones específicamente de los órganos que deben sancionar o anular actos violatorios de derechos constitucionales, es decir actos contrarios a las garantías primarias. Así, por ejemplo, mientras la rigidez constitucional o la reserva de ley, como se verá más adelante, serían garantías primarias en cuanto obligan al legislativo, instituciones como la acción de inconstitucionalidad o el amparo serían garantías secundarias que se activan solo una vez que las garantías primarias han sido inefectivas o violadas.

Esta clasificación, aunque bastante general y abstracta, tiene la virtud de destacar el hecho de que las garantías de los derechos no obligan solamente al judicial, sino además, e incluso en un primer momento, al legislativo y al ejecutivo quienes están compelidos por tales garantías primarias a realizar u omitir ciertas conductas orientadas a proteger los derechos constitucionales. Especial relevancia, por razones históricas y políticas, tiene la idea de que el legislador está también obligado por garantías primarias de los derechos como la rigidez de la Constitución, la reserva de ley y el respeto al contenido esencial de estos derechos. Estas razones históricas y políticas tienen que ver con la noción de *soberanía del legislador* por la cual el legislador actúa sin restricciones o restricciones puramente formales y su contraposición con la de *Estado constitucional* en que la legislación esta sujeta formal y materialmente a los derechos y garantías que la Constitución establece.

En definitiva, si los derechos constitucionales valen ante todos los poderes públicos, las garantías no pueden ser sino un sistema complejo de técnicas que igualmente obligan a todos los órganos públicos e incluso a los particulares. Es mas, en ciertos derechos, como los derechos sociales, las garantías primarias tienen prioridad sobre las jurisdiccionales, en palabras de Pisarello:

Una percepción de este tipo contribuiría, ante todo, a escapar a la tentación de reducir la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales a su justiciabilidad. De lo que se trataría, por el contrario, es de señalar la existencia de múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional: desde los órganos legislativos y administrativos hasta las diversas variantes de órganos externos de control, como las defensorías del pueblo o los tribunales de cuentas⁹.

⁹ Gerardo Pisarello, *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis.

Según los sujetos que las prestan: Garantías Institucionales y Sociales

Las *garantías institucionales* corresponden a las diversas instituciones o poderes públicos, en contraste las *garantías sociales* son ejercidas por los propios titulares de los derechos sea mediante participación directa o indirecta. Algunos ejemplos de participación ciudadana directa en la definición y ejercicio de los derechos constitucionales son las iniciativas ciudadanas de reforma constitucional y legal, los referendums, el control ciudadano del gasto público, mecanismos de auto-tutela como la huelga, y en general los diversos mecanismos de democracia participativa. El ejemplo clásico de participación indirecta está dado en cambio por la intervención ciudadana en elecciones de representantes que son los que luego definen y regulan los derechos constitucionales.

Entre las *garantías institucionales*, la división más importante es la de *garantías políticas* y *garantías jurisdiccionales*. Mientras las *garantías políticas* consisten en garantías primarias en cabeza de órganos de tipo legislativo y ejecutivo, las *garantías jurisdiccionales* están encargadas a los jueces e incluyen sanciones o reparaciones. Hay sin embargo, un tercer género de garantías semi-jurisdiccionales o semi-políticas consistentes en órganos de control independientes del legislativo o el ejecutivo, que tramitan denuncias o ejercen acciones para defender derechos constitucionales, pero no tienen poder de sanción; el ejemplo clásico es el del Defensor del Pueblo.

A continuación entre las diversas garantías institucionales atendemos a las denominadas garantías políticas, para luego aproximarnos a las garantías jurisdiccionales y profundizar en el amparo.

Las Garantías Políticas

Su función consiste en evitar la modificación arbitraria de los derechos constitucionales y velar por la integridad de su sentido y función. Estas garantías especifican el contenido, obligaciones y sujetos de los derechos a efectos de protegerlos frente al poder del Estado. Son garantías que, como se ha dicho, tienen una naturaleza institucional y se hallan encomendadas a los órganos estatales de tipo legislativo y

ejecutivo.. Este tipo de garantía es denominada por Pérez Luño¹⁰ como *garantías normativas*, y a ella también hace referencia Peces Barba con su noción de *garantías de regulación*¹¹.

Los ejemplos más claros de garantías políticas como se mencionó anteriormente son: la rigidez constitucional, la reserva de ley y la noción de contenido esencial de los derechos. En el caso ecuatoriano hallamos referencias a las dos primeras, en tanto la noción de contenido esencial no se halla explícitamente en las constituciones ecuatorianas.

La rigidez constitucional: Predomina en la doctrina constitucional la idea de que la rigidez de la Constitución es una condición necesaria de su supremacía sobre la ley y otras normas. La razón, se dice, radica en que si la reforma de la Constitución es tan fácil como la de la ley¹², los legisladores simplemente podrían reformar la Constitución para que se ajuste a las leyes que deseen dictar. En este evento, la Constitución y sobre todo los derechos que consagra no podrían funcionar realmente como marco limitante de la legislación.

Este análisis puede, no obstante, ser objeto de crítica. Así por ejemplo, Prieto Sanchiz¹³ ha cuestionado la identificación de rigidez con supremacía, aduciendo que éstos son analíticamente susceptibles de diferenciación y funcionamiento independiente. Es decir, la Constitución mantiene su supremacía independientemente de la mayor o menor rigidez que la propia Constitución establezca para su reforma. La flexibilidad es necesaria para asegurar el proceso democrático, y es solo la expresión de éste en la Constitución el que le otorga legitimidad.

En todo caso, en el Ecuador se ha entendido la rigidez constitucional como un dispositivo necesario para lograr mayor estabilidad del texto constitucional. Con tal objetivo se han incluido en la Constitución mayorías legislativas especiales y lapsos entre debates que dificultan la reforma constitucional¹⁴, demandando así consensos políticos más amplios que legitimen políticamente dicha reforma.

¹⁰ Pérez Luño, Antonio. Los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Tecnos, 1986, pp 65 a 104.

¹¹ Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales, Madrid, Universidad Carlos III, 1999. Ver el capítulo diez.

¹² Por ejemplo si requiere iguales mayorías legislativas, y en general igual procedimiento, que para dictar o reformar leyes.

¹³ Ver Luis Prieto Sanchis. Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Madrid, Editorial Trotta, 2003. Capítulo 3.

¹⁴ La Constitución de 1998 en su artículo 282 establece un lapso de un año entre el primer y el segundo debate, y una mayoría de dos tercios en este último para la aprobación de reformas constitucionales.

Reserva de ley: La exigencia de que la regulación de los derechos constitucionales se haga mediante ley, e incluso mediante leyes superiores a otras leyes y que requieren una votación especial constituye otro mecanismo para proteger derechos constitucionales. En la Constitución de 1998 los derechos pueden regularse exclusivamente mediante leyes orgánicas.

Garantías Jurisdiccionales

Constituyen un segundo tipo de garantías institucionales; por su naturaleza son necesariamente garantías secundarias. Están siempre confiadas a tribunales o jueces independientes de los órganos políticos, tribunales o jueces que pueden recibir denuncias de vulneraciones a los derechos y que cuentan con capacidad de sanción. Las garantías jurisdiccionales pueden ser *ordinarias*, cuando se refieren a la justicia ordinaria, o constitucionales cuando consisten en técnicas normativas especializadas de la justicia constitucional.

2. La Noción de Garantía de los Derechos en el Ecuador

Tanto la complejidad como la amplitud del concepto de garantía de los derechos constitucionales contrastan con el carácter extremadamente acotado que se ha tendido a darle en el Derecho constitucional ecuatoriano. En nuestro país se ha entendido como garantías constitucionales exclusivamente a las llamadas *garantías jurisdiccionales especiales o constitucionales*, esto es aquellas que “suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales y su objetivo, básicamente, es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias han resultado insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del legislador”¹⁵. Más específicamente, se han concebido como garantías exclusivamente al amparo, al habeas corpus y al habeas data, y la Defensoría del Pueblo.

La inclusión de la Defensoría del Pueblo entre las garantías constitucionales en la Carta de 1998 es una primera y clara demostración de la insuficiencia de una

¹⁵ Gerardo Pisarello, *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis. Habría que matizar este concepto para el caso ecuatoriano en que garantías como el amparo son procesos constitucionales autónomos no residuales ni subsidiarios.

concepción puramente jurisdiccional y especializada de las garantías. En efecto, la Defensoría es una garantía puesto que coadyuva a la defensa de derechos constitucionales pero no es un procedimiento jurisdiccional sino una suerte de órgano de control externo nombrado por el Ejecutivo o el Legislativo, que otorga visibilidad pública a las violaciones de derechos constitucionales, y eventualmente inicia acciones constitucionales, pero no juzga por si misma, ni tiene poder propio de sanción ni de reparación. Pisarello ha clasificado a la Defensoría de Pueblo, junto con las Comisiones Anticorrupción y los Tribunales de Cuentas, entre las garantías que él denomina *garantías semi-jurisdiccionales*¹⁶.

Por otra parte, la Constitución de 1998 hace también referencia en el artículo 24 a las *garantías básicas del debido proceso*. El mismo artículo indica que estas *garantías* pueden ser de tipo constitucional, legal, internacional o incluso establecerse vía jurisprudencia. Es decir que son los propios jueces los que pueden eventualmente diseñar y crear garantías para proteger ciertos derechos en el proceso¹⁷.

También el artículo 18 de la misma Constitución, en términos amplios, hace referencia a las *garantías establecidas en instrumentos internacionales vigentes*. Por tanto, a más del amparo, habeas corpus y habeas data reconocidos en la Constitución existen conforme a este artículo otras acciones e instituciones de nivel internacional que cumplen la función de garantías y tienen también vigencia o competencia en el Ecuador.

En el plano doctrinario nacional se ha reconocido de forma sucinta y aislada la existencia de diversas garantías, más allá de las jurisdiccionales de tipo constitucional como el amparo, habeas corpus y habeas data. Así, por ejemplo, Jorge Zabala¹⁸ citando a Morello expone que solo la noción estrictísima de garantía se limita a “los medios procesales existentes para la protección de derechos”, pero existen nociones estrictas, amplias y amplísimas de garantías las cuales incluyen principios, medios políticos y en general otros mecanismos que también garantizan derechos. Pero ha sido especialmente Julio César Trujillo quien ha precisado que las garantías jurisdiccionales son solo

¹⁶ Gerardo Pisarello, *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pag 120. Para otros autores, como Gregorio Peces Barba, la Defensoría es parte de las llamadas *garantías de control y fiscalización*, consistentes en instrumentos y órganos que supervisan la incidencia de la actuación de los entes administrativos sobre los derechos constitucionales como por ejemplo la interpelación parlamentaria y el juicio político¹⁶. Pérez Luño, en cambio, la conceptúa como una garantía institucional específica, orientada a la investigación y denuncia de violación de éstos derechos¹⁶. En todas estas clasificaciones lo que queda claro es una distinción cualitativa importante de la Defensoría respecto a las *garantías jurisdiccionales* como el amparo, el habeas corpus y el habeas data.

¹⁷ Agradezco a Julio César Trujillo esta observación

¹⁸ Jorge Zabala Egas, *Derecho Constitucional*, Quito, Edino, 2002, Tomo 2, pag 157.

aquellas que forman parte del Derecho Procesal Constitucional, pero existen otras de tipo normativo e institucional, así como las garantías específicas del Derecho Internacional y el asilo¹⁹.

En todo caso, la acotada noción de garantía constitucional que prevalece en Ecuador presenta la grave desventaja de sustraer a otros poderes públicos y sociales sus facultades, deberes y responsabilidades en la defensa de los derechos constitucionales. En efecto, las *garantías jurisdiccionales especiales* son incluso *garantías secundarias*, es decir garantías que se activan solo para sancionar o reparar violaciones a garantías primarias. En palabras de Ferrajoli las garantías secundarias son “obligaciones a cargo de los órganos judiciales encargados de aplicar las sanciones o de declarar la anulación, ya se trate en el primer caso de actos ilícitos o en el segundo de actos inválidos que violan los derechos subjetivos y con ello, lo relativo a las garantías primarias”²⁰. Las *garantías primarias o sustanciales* consisten en obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) a los que los poderes públicos o los particulares están jurídicamente obligados a efectos de proteger los derechos constitucionales. Así, por ejemplo, el habeas corpus es una *garantía secundaria* que procede solo una vez que la *garantía primaria* u obligación del Estado de no detener a nadie ni ilegal ni arbitrariamente no se ha cumplido. Ambas garantías, la primaria y la secundaria protegen el derecho a la libertad. A su vez, es necesario distinguir ambas garantías del derecho mismo a la libertad.

En el caso ecuatoriano se ha asumido que solo existen garantías secundarias de tipo jurisdiccional especial o constitucional, es decir que un derecho como el de la libertad es garantizado exclusivamente por los jueces constitucionales mediante el habeas corpus²¹. En realidad la primera garantía o garantía primaria corresponde al Ejecutivo que como titular de la fuerza pública esta obligado a seguir ciertos procedimientos y a omitir otros en toda detención. Por su parte, los jueces comunes, en particular los jueces penales, también deben respetar el derecho a la libertad siguiendo todas las normas del debido proceso. Adicionalmente, el Legislativo no puede regular estas materias sino por ley (reserva de ley), y no puede reformar las

¹⁹ Julio César Trujillo, Teoría del Estado en el Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, pp 247-248, pp 282-287. Una noción amplia de garantía puede hallarse también en INREDH, Garantías Constitucionales – Manual Técnico, Quito, INREDH, 2006, pp 26-30.

²⁰ Luigi Ferrajoli, Garantías Constitucionales publicado en Revista Argentina de Derechos Constitucionales, Buenos Aires, Año 1 -2000 Nro 2. La noción de derecho subjetivo utilizada aquí por Ferrajoli difiere de la noción clásica como se aclara más adelante.

²¹ En la Constitución de 1998 esta función de juez constitucional en relación al habeas corpus la desempeña primariamente el alcalde.

normas constitucionales sobre el derecho a la libertad y otros derechos constitucionales sino en base al procedimiento de reforma constitucional (rigidez constitucional); estas serían *garantías políticas* del derecho a la libertad. Como se aprecia en este ejemplo, son múltiples funciones y poderes públicos los que mediante específicos deberes jurídicos garantizan la libertad, y no solo las autoridades que conceden el habeas corpus.

Las diferencias entre una noción de garantía amplia y otra restringida no son inocuas ni puramente conceptuales. Así por ejemplo, principios tan importantes como los de rigidez constitucional, reserva de ley, división de poderes, contenido esencial o legalidad han sido considerados constitutivos de las llamadas *garantías políticas o normativas*, esto es garantías primarias encomendadas a órganos de tipo legislativo y ejecutivo. Debe entonces quedar claro que el legislador también está obligado a garantizar derechos constitucionales cuando la Constitución le manda regularlos solo por ley o sin atentar contra su contenido esencial. Solo cuando el legislador incumple, procede recurrir a una garantía secundarias y jurisdiccional como lo es la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Pero además, como ha notado Gerardo Pisarello, las garantías jurisdiccionales no agotan el universo de las garantías secundarias. En otros términos, hay también *garantías secundarias legislativas y administrativas*, esto es sanciones y reparaciones adoptadas por órganos legislativos, como en el caso del juicio político, o por órganos administrativos, como en las actividades de inspección o supervisión por ejemplo de orden tributario, sanitario o educativo. Las sanciones y reparaciones decididas por estos órganos no judiciales sin duda cumplen también una función crucial en la protección de derechos constitucionales.

Adicionalmente, una noción reduccionista de garantía no clarifica suficientemente el rol garantista que deben cumplir los jueces ordinarios. En efecto, la doctrina realiza una distinción al interior mismo de las garantías jurisdiccionales, diferenciando las *garantías jurisdiccionales especiales* como el amparo o el habeas corpus, y las *garantías jurisdiccionales ordinarias*, entendiéndose por tales las confiadas a tribunales ordinarios con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos. Es decir, que la justicia ordinaria está obligada a preservar los derechos constitucionales, y en algunos sistemas es cuando ello no ocurre que entran a actuar las garantías jurisdiccionales de tipo constitucional.

De hecho, en la Constitución de 1998 el juez ordinario tiene la facultad de inaplicar, en el curso de un proceso judicial bajo su conocimiento, una norma que

considere inconstitucional. Si la norma viola un derecho inconstitucional y el juez la inaplica es claro que el juez está defendiendo tal derecho, es decir está garantizándolo. Esta actividad por tanto es también parte de las *garantías jurisdiccionales ordinarias* de los derechos constitucionales²².

Las garantías jurisdiccionales no solo que incluyen tanto a la jurisdicción ordinaria como a la constitucional sino que además funcionan a *escala infraestatal* y *supraestatal*. Así por ejemplo, en los estados federales pueden operar a niveles locales cuando un estado miembro de la federación cuenta con sus propios tribunales estatales. Además pueden operar y de hecho operan en el caso ecuatoriano a nivel supraestatal cuando la violación de derechos constitucionales es conocida por tribunales internacionales, como en el caso del sistema interamericano de derechos humanos.

Por otra parte no solo son los órganos estatales los que deben actuar para garantizar un derecho, los ciudadanos sea mediante el sistema representativo o mediante su participación política directa inciden y deben incidir constantemente en el reconocimiento, definición y regulación de derechos. Solo desde una visión puramente normativista, que Ferrajoli ha llamado *falacia garantista*, puede concebirse que las garantías consisten solo en técnicas normativas por si mismas suficientes para proteger derechos. En un estado democrático, son los ciudadanos los que proponen, definen y demandan por la efectivización de sus derechos. Estos mecanismos de participación política, tales como el voto, la consulta popular, o la iniciativa legislativa popular configuran las *garantías sociales de los derechos*.

La reducción de las garantías de los derechos exclusivamente a las de tipo jurisdiccional constitucional tiene además incidencia sobre la forma como éstas últimas se conciben. Bajo una noción tan reducida, amparo, habeas corpus y habeas data tienden a verse como medios procesales únicos antes que integrados a un sistema complejo de defensa de derechos.

Como se indicó anteriormente, en el Ecuador una primera reducción de las garantías consistió en limitarlas a las de tipo jurisdiccional constitucional. Una segunda reducción se produjo en relación al alcance y funcionamiento de una de ellas: el amparo. A continuación se desarrolla un estudio crítico sobre estas restricciones a esta

²² Podría contra-argumentarse que en este evento el juez actúa como juez constitucional que realiza un control difuso y concreto. En realidad esta función coexiste con el carácter incidental del control, pues este se produce en el curso de un proceso judicial ordinario. Tal coexistencia, en nuestra opinión, solo ratifica la natural complementariedad entre justicia constitucional y ordinaria.

acción constitucional en el Ecuador, la garantía jurisdiccional especial de más amplio espectro, en cuanto el amparo protege el mayor número de derechos constitucionales.

3. El Amparo

A continuación se examinan los antecedentes históricos, presupuestos procesales, requisitos de admisibilidad y restricciones al amparo en el Ecuador. El análisis muestra que el amparo en el país ha sido sistemáticamente distorsionado e inconstitucionalmente restringido mediante leyes, resoluciones y jurisprudencia constitucional²³. Lamentablemente, y pese a logros y avances, no es posible decir que en el Ecuador hay una comprensión suficiente de la naturaleza y estructura jurídica de esta institución. Históricamente, al establecimiento constitucional y ampliación del amparo han seguido restricciones inconstitucionales adoptadas por el Congreso, la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y los jueces en general.

Antecedentes históricos

En Ecuador, como en otros países, la noción de *garantía* inicialmente se confundió con la de derecho. Así por ejemplo, la denominación del Tribunal de *Garantías* Constitucionales creado en 1945 hacia relación a esta noción de tribunal protector de derechos. El medio procesal para reclamar estos derechos o *garantías*, era la *queja*. La noción de *queja* guarda relación con la naturaleza de aquel Tribunal de Garantías, cuya composición, periodos y funciones eran más políticos y administrativos que jurisdiccionales. Así, el efecto de las quejas por violación de estos derechos se limitaba a que el Tribunal *excite a las autoridades públicas* a su respeto²⁴. Es comprensible entonces que también los medios procesales de defensa de los derechos hayan tenido un desarrollo básico sin diferenciar su carácter jurisdiccional o político. Puede sugerirse, como lo ha hecho Larrea Holguín²⁵, que la posibilidad de exigir un

²³ Ha sido la doctrina constitucional desarrollada por algunos autores la que más bien ha alertado sobre estas anomalías.

²⁴ Constitución de 1945, artículo 160 numeral 5. Hay que señalar, empero, que el numeral cinco de este artículo menciona la posibilidad de enjuiciamiento a la autoridad por parte del Congreso y bajo acusación del Tribunal; una posibilidad remota tratándose de violación de derechos constitucionales en casos individuales.

²⁵ Larrea Holguin, Derecho Constitucional, tomo 2, pag. 331.

derecho establecido en la Constitución existe en cuanto existe el derecho,²⁶ y en tal sentido la obligación de respetar tal derecho ha existido siempre aunque no se lo haya establecido formalmente. Sin embargo, esto no implica que el amparo haya existido siempre, puesto que esta garantía tiene características específicas como su carácter jurisdiccional, sumario y preferente generalmente positivizadas en la Constitución o la ley. Fue el artículo 28 de la Constitución de 1967 la que por primera vez en Ecuador hizo mención expresa del amparo al establecer que: “Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: 15. El derecho de demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes”. Sin embargo, como ha notado Hugo Ordoñez²⁷ esta Constitución se limitó solo a mencionar el amparo, sin entrar a determinar su alcance y procedimiento; tampoco hubo legislación posterior para desarrollarlo ni se conoce que haya llegado a aplicarse.

La fragilidad del surgimiento del amparo se confirmó en 1978 puesto que la Constitución de este año eliminó esta institución y volvió a referirse a *quejas* como el medio para reclamar por “quebrantamiento de la Constitución” en general (Art. 141 Nro 3). El cambio no es puramente semántico pues revela la falta de consolidación de una concepción jurisdiccional de la garantía. En todo caso, las reformas constitucionales de 1983 establecieron que estas quejas procedían por “quebrantamiento de la Constitución que atente contra los derechos y libertades garantizados por ella”, es decir precisaron que se trata de violaciones a derechos constitucionales y sobre todo introdujeron la figura del desacato y las consecuencias de sanción penal y remoción para los funcionarios públicos que no acaten las observaciones resultantes de tales quejas.²⁸

En 1993 La Corte Suprema, sin consultar con el Tribunal de Garantías, expidió un estatuto transitorio de control constitucional en que se establecían normas para la reinstauración, el ejercicio y regulación del amparo, según la Corte para concretar las reformas constitucionales de 1992. Pero fue solo hasta las reformas de 1995 – 1996, 37 años de su primera mención en una Constitución, que el amparo volvió a establecerse a

²⁶ Ferrajoli, por ejemplo, ha reconocido que en un sentido muy amplio “la simple enunciación de un derecho fundamental implica en todo caso una garantía”. Ello se debe a que correlativamente a cada derecho hay siempre un deber u obligación implícita de respetarlos por parte del Estado. Es lo que Ferrajoli llama *garantía débil*, la cual incluye la obligación de introducir *garantías fuertes* o necesariamente formales y explícitas. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo*, pp 78 – 81.

²⁷ Ordoñez, Hugo, *Hacia el Amparo Constitucional en Ecuador*, Quito, Pudeleco Editores, 1995, pag 15.

²⁸ Artículo. 141 Nro 3 CP 1978 reformada en 1983.

nivel constitucional, si bien con varias limitaciones como fueron las de considerarlo un recurso antes que una acción, lo cual se corregiría en el texto de 1998. El texto constitucional de 1996 establecía lo siguiente:

Artículo 31.- Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de *autoridad de la administración pública* violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e *irreparable*. (Las cursivas son mías)

Nótese que este artículo guarda similitud con el de la Constitución de 1998. Sin embargo se diferencia en que se refiere solo a actos de autoridades de la administración pública excluyendo así a otras funciones del Estado y a los particulares, además incluye la posibilidad de daño *irreparable*.

Las reformas de 1995 establecieron además el habeas data y el Defensor del Pueblo, adicionalmente definieron al Tribunal Constitucional como instancia final en materia de control constitucional, en contradicción con la mención que la misma carta hace del Congreso como intérprete supremo de la Constitución.

Luego de las reformas de 1995 surgieron problemas para el conocimiento de amparos por parte de los jueces puesto que la Corte Suprema mediante resolución adujo que no se había dictado una ley otorgándoles tal competencia.²⁹ Al respecto la Corte declaró: “Como la competencia nace de la ley, ningún juez puede admitir el recurso, mientras una ley, que en el futuro deberá dictarse, no se la atribuya de manera expresa”. Esta forma de razonamiento jurídico por la cual la Constitución solo se efectiviza mediante la ley, y esta al final predomina sobre aquella³⁰, contrasta con lo sucedido en otros países donde pese a la falta de ley, los derechos y la Constitución fueron protegidos como son los casos Angel Siri de 1957 en la Argentina o el caso Verástegui, el primer amparo dictado en México en 1849 por el juez Pedro Zamano³¹.

²⁹ Berenice Polit, El Amparo Constitucional – Su Aplicación y Límites, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, pp 58 – 59.

³⁰ Otro razonamiento de este tipo en la historia judicial ecuatoriana, relativo a inconstitucionalidad de la ley fue el caso Irigoyen, en el cual la Corte Suprema en 1887 aplicó una ley que condenaba al acusado a la pena de muerte en un delito de sedición, lo cual estaba expresamente prohibido por la Constitución de 1884. Véase Torres Luis Fernando, Legitimidad de la Justicia Constitucional, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003, pag 96.

³¹ “El 13 de Agosto de 1849, Pedro Zámano, Juez de Distrito en San Luis Potosí por ausencia del propietario, dictó la que se conoce como primera sentencia de amparo por medio de la cual amparó a Manuel Verástegui, sin importar la inexistencia de ley reglamentaria del artículo 25 del Acta de Reformas, en contra de la orden de destierro que en su contra dictó el gobernador del Estado.” Arturo

La falta de ley como justificación de la Corte Suprema para que los jueces ordinarios no admitan amparos se resolvió en 1997 al dictarse la Ley de Control Constitucional y su reglamento. De hecho, esta Ley dictada con anterioridad a la Constitución de 1998, fue la que continuó regulando la acción en términos específicos. Por tanto, durante más de diez años no llegó a expedirse una nueva Ley de Control Constitucional acorde a la Constitución de 1998, aunque se desarrollaron varios proyectos de ley al respecto³².

El establecimiento constitucional del amparo se ratificó y consolidó con la Constitución de 1998. Esta Constitución introduce ciertas innovaciones al amparo, aunque su efecto, como veremos, ha sido limitado por restricciones normativas y jurisprudenciales. Julio César Trujillo³³ ha destacado que un cambio importante en la Constitución de 1998 hace relación a la ampliación de los actos justiciables, puesto que antes de la Constitución de ese año, la Ley de Control constitucional establecía, como se expuso más arriba, que eran justiciables vía amparo solo los actos ilegítimos de *autoridades de la administración pública*, es decir de funcionarios del Ejecutivo central, pero la Constitución de 1998 hace referencia *acto de toda autoridad pública*, incluyendo así también al legislativo, al judicial y demás instituciones del sector público. Otros cambios destacables hacen relación al *cambio de concepción de recurso a acción*, así como la inclusión del *amparo contra personas que presten servicios públicos* o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública, y *contra los particulares* en el caso de afectación de un interés comunitario, colectivo o difuso³⁴.

Problemática actual

El problema central del amparo en Ecuador es el de su efectivo funcionamiento como garantía de los derechos constitucionales. En el Ecuador, debido a la lentitud de las acciones administrativas, la ausencia de medidas cautelares respecto a actos administrativos, y la supuesta comparativa agilidad y efecto cautelar del amparo muchos problemas que deben resolverse en la justicia ordinaria, especialmente

Zaldívar, El Juicio de Amparo y la Defensa de la Constitución, en Jose Ramón Cossio y Luis Pérez (compiladores), La Defensa de la Constitución, México, Fontanamara, 2006.

³² Debe destacarse la Propuesta de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de Procedimiento Constitucional, desarrollada bajo auspicio de CLD.

³³ Julio César Trujillo, Teoría del Estado en el Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, Pág. 257.

³⁴ Berenice Pólit, El Amparo Constitucional – Su Aplicación y Límites, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, pp. 58 – 59

administrativa, terminan siendo tramitados vía amparo. Así, por ejemplo, entre los casos más numerosos de amparo se hallan los relativos a bajas o sanciones disciplinarias impuestas a miembros de la Policía, las Fuerzas Armadas o la administración pública. Muchos de estos casos deberían ser resueltos mediante adecuadas vías administrativas o disciplinarias. Paradójicamente, cuando si se producen casos de efectiva violación de derechos constitucionales con frecuencia el amparo no es concedido en base a restricciones o formalidades que sacrifican la justicia. Los orígenes de este mal funcionamiento del amparo son múltiples, tienen que ver con una insuficiente cultura constitucional, falta de desarrollo de las acciones administrativas, manipulación política de algunos jueces de instancia, un confuso marco legal y jurisprudencial. Aquí abordamos algunos elementos relativos a este último aspecto.

En Ecuador más que *abuso* del amparo hay un *mal uso* en unos casos o una *falta de uso* en otros. Se abusa de un derecho o de una acción cuando fundamentada en ella se la utiliza más allá del ámbito que le es propio. Hay por tanto una suerte de extralimitación que revela de todas formas cierta relación aunque fuere aparente entre la pretensión y la acción. Pero cuando se apela a una acción en lugar de otra que es la procesalmente debida mas que abuso hay sustitución o uso indebido. Este es el caso, por ejemplo, de amparos interpuestos para resolver problemas administrativos meramente legales o incluso reglamentarios, para los cuales hay vías procesales totalmente distintas. Así mismo, en aquellos casos cuando el amparo es la vía procesal adecuada pero se lo restringe al punto de neutralizar su función como garantía de derechos constitucionales o no se recurre a él por falta de confianza en la justicia, no cabe hablar de *abuso* sino de *falta de uso del amparo*.

Quienes reclaman una mayor restricción al amparo en Ecuador no consideran que este ya se encuentra sumamente restringido en nuestro medio, puesto que no puede interponerse contra decisiones judiciales, ni actos de gobierno, ni aplicación de actos normativos violatoria de derechos. Todas estas restricciones se han relativizado o no existen en sistemas jurídicos de otros países. Adicionalmente, por efecto de una débil cultura constitucional muchos amparos son rechazados por formalismos secundarios, sin atender a la urgencia del legitimado en la protección de sus derechos constitucionales.

Ramiro Ávila en un estudio pionero en la materia³⁵ ofrece elementos que cuestionan percepciones generalizadas sobre el amparo en el país. Una de estas percepciones es la de que el “abuso del amparo” ha llevado a una fuerte congestión de los mismos entre los jueces ordinarios, quienes entonces se verían obligados a descuidar sus demás labores judiciales. Según este estudio, sin embargo, los tiempos y recursos que la justicia ordinaria dedica al amparo son mucho menores a lo que suele pensarse. Así por ejemplo, en el año 2006 “del total de causas que conocen los juzgados civiles en Pichincha, de cada 100 causas civiles, apenas 3 son constitucionales. Es decir, de 22930 casos, el 97,3 %, son referidas a problemas de carácter civil-patrimonial y 633 casos, el 2.76 %, son causas relacionadas con derechos humanos”. Estos datos se confirman a nivel desagregado, pues de 21 juzgados civiles de Quito en el 2006, el juzgado que registra un mayor número de casos de amparo respecto al total de sus causas alcanza apenas un porcentaje de 3,1 % casos de amparo de un total de 1272 causas. Si se considera que porcentaje de dependencias judiciales (salas, juzgados) tenían en el año 2004 a nivel nacional competencia para resolver amparos, se encuentra que de un total de 678 dependencias esta competencia corresponde a 274, esto es el 37,4 %. En general, el estudio demuestra que la inversión en personal, tiempo y recursos es muchísimo mayor para la resolución de los problemas de la justicia ordinaria, y marginal para la protección de derechos constitucionales.

Un resultado igualmente interesante del estudio de Ramiro Ávila hace relación a la eficacia del amparo, entendiendo por *eficacia* que la institución funcione acorde a su diseño normativo y objetivos. Su análisis³⁶ muestra que la legitimación activa prácticamente se limita al titular del derecho, pese a que el artículo 95 de la Constitución de 1998 se refiere también al “representante legitimado de una colectividad” y el artículo 91 establece acción popular por violaciones al derecho a un medio ambiente sano. Igualmente, pese a que la Constitución lo permite, casi no se interponen amparos contra particulares o delegatarios o concesionarios de autoridad pública. Muchos amparos tratan sobre derechos distintos a los constitucionales, las

³⁵ Hay que destacar la ausencia en el Ecuador de estudios empíricos sobre el amparo, que den cuenta de su actual situación real. Un primer esfuerzo en este sentido es el de Ramiro Avila, *Los Problemas de la Protección de los derechos humanos en el derecho procesal constitucional ecuatoriano en Varios, Un Cambio Ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, TC, 2007.

³⁶ Ramiro Ávila toma como muestra todos los amparos publicados en las Gacetas Constitucionales del 2000 y el 2005 recurre también a entrevistas a jueces ordinarios, asesores del Tribunal Constitucional, y análisis de contenido de los casos.

resoluciones del Tribunal no se argumentan debidamente, y una vez adoptadas no se explicita los términos de su cumplimiento, ni se realiza un seguimiento del mismo.

Igualmente, si uno contrasta las características procesales del amparo definidas en la Constitución de 1998 con la normativa legal y reglamentaria que lo regula, encuentra numerosas restricciones inconstitucionales a esta garantía. Así por ejemplo, el artículo 95 se refiere a una acción *preferente y sumaria* conducente a la adopción de *medidas urgentes* para la protección de un derecho constitucional, y en la doctrina constitucional hay acuerdo a que es una acción necesariamente informal³⁷. Sin embargo, en la práctica el amparo ha sido restringido al condicionarlo a solemnidades y formalismos que no se compadecen con su carácter informal, como son juramentos de no presentación de otros amparos, patrocinio de abogado, señalamiento de casilleros, reducción a escrito y otras formalidades secundarias que mal pueden priorizarse sobre la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales. Mas abajo se analizan los presupuestos procesales de que el acto u omisión de autoridad pública sea ilegítimo, violatorio de un derecho y de que cause un daño inminente y grave.

Presupuestos Procesales del Amparo

Tanto en la Ley de Control Constitucional, como las resoluciones de la Corte Suprema que regulan el amparo, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha establecido que los presupuestos procesales del amparo son: 1) acto u omisión de autoridad pública 2) ilegitimidad del acto 3) violación de un derecho constitucional y 4) daño actual, grave o inminente. Se analizan a continuación estos elementos.

1) *En relación al acto u omisión de autoridad pública* hay que reiterar que procede también el amparo contra ciertos actos de los particulares. Así, en la Constitución de 1998, artículo 95, éste procede si los particulares prestan servicios públicos o su conducta afecta grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

2) *Respecto a la ilegitimidad del acto*, hay que indicar que la mera ilegitimidad no implica siempre y necesariamente la violación de un derecho constitucional. Si por *acto ilegítimo* se entiende en sentido amplio todo acto contrario al orden jurídico, vienen a ser ilegítimos tanto los actos contrarios a la Constitución como a la ley y a

³⁷ En el caso colombiano, por ejemplo, no se requiere abogado, y el juez esta obligado a colaborar con el accionante en la formulación de su recurso de tutela.

otras normas jurídicas. Entre todos estos actos ilegítimos puede interponerse amparo solo contra aquellos que además violan derechos fundamentales. Sin embargo, si un acto es ilegítimo solo por ser ilegal o en general antijurídico pero no es violatorio de un derecho humano o norma constitucional, los problemas sobre su competencia, causa, contenido o forma no tienen trascendencia constitucional sino solo legal, y el amparo no es la vía procesal adecuada³⁸.

En definitiva, para accionar el amparo interesan solo los actos violatorios de derechos fundamentales, y estos son todos ilegítimos. No procede el amparo si el acto no viola un derecho fundamental y es ilegítimo solo por ser ilegal, contrario a un reglamento u otra norma jurídica infraconstitucional.

3) *Respecto a la violación del derecho constitucional*, hay que indicar que aquella constituye el presupuesto procesal indispensable para la concesión de amparo. El carácter esencial de este presupuesto se debe a la naturaleza misma del amparo tal cual se halla definido en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el amparo como garantía consiste justamente en la vía procesal para proteger derechos constitucionales, éste es su objetivo y función constitucional, por tanto se sigue que solo producida la violación o amenaza de violación del derecho se crea la condición básica sin la cual no hay amparo.

4) *En relación al daño grave*, éste presupuesto procesal deriva del carácter cautelar del amparo, la cual ha prevalecido en el Derecho ecuatoriano. Este carácter cautelar consiste en ser un mecanismo procesal extraordinario para evitar, cesar o remediar de forma urgente el daño inmediato producido por la violación a un derecho fundamental.

Si el daño no es *inmediato y grave*, el amparo no puede desplegar este efecto cautelar y por tanto no procede. Solo en los sistemas jurídicos en que hay además un *amparo como proceso de conocimiento sobre el fondo* así como en algunos sistemas regionales de protección de derechos humanos, como este el sistema interamericano³⁹, éste tiene un carácter declarativo y reparatorio del derecho aunque el daño no sea

38 Al respecto véase Jorge Zabala Egas, *Derecho Constitucional – Tomo II*, Guayaquil, Edino, 2002, Págs. 207-208. También Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, Pág. 257. Así mismo Rafael Oyarte, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Andrade y Asociados, 2006, p. 145.

39 La Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 63 establece que la Corte “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

inmediato y por tanto no requiera medidas urgentes; en estos sistemas este tipo de amparo suele ser residual o subsidiario. En el Ecuador el TC reiteradamente ha establecido que el amparo no es residual ni subsidiario.

En todo caso es necesario que el Tribunal Constitucional, manteniendo cierto margen para la apreciación de la situación concreta del caso en base a la sana crítica, desarrolle con más precisión en su jurisprudencia que debe entenderse por *daño grave*⁴⁰. En principio toda violación a un derecho constitucional es un daño grave en cuanto menoscaba el haber jurídico básico del agraviado.⁴¹ Esta gravedad puede estar dada también por la afectación de otros derechos constitucionales y legales. Empero, no todo daño aun siendo grave puede ser objeto de amparo cautelar, esto es susceptible de ser evitado, suspendido o remediado de forma urgente.

Es necesario entonces analizar la temporalidad del daño y especialmente como esta temporalidad hace o no posible el efecto cautelar del amparo. Podemos entonces distinguir tres situaciones: a) cuando el daño grave no ha sucedido pero es inminente b) cuando el daño es actual, es decir está sucediendo en el presente c) cuando el daño ya sucedió. Aproximémonos a cada tipo de situación:

1) daño inminente: La inminencia del daño se refiere a una amenaza inmediata y no a un acto o daño reciente. La inminencia implica que el daño *aun no se ha producido pero que es claramente previsible y que se producirá si no se evita la comisión del acto o la omisión ilegítima inconstitucional*, es decir de no mediar de forma urgente el efecto cautelar del amparo. Esta inminencia se diferencia y en cierto sentido se opone a un daño puramente hipotético o eventual, en palabras de Zabala Egas:

“.. la lesión debe estar ocurriendo al momento en que se propone la acción de amparo (daño grave actual) o es casi con certeza, próxima que ocurra, inmediato (daño grave inminente). La *inminencia* surge con la presencia de una amenaza cierta y comprobable del daño. Por tanto, queda eliminada la posibilidad de proponer acción de amparo para que el juez anticipe una protección a un eventual daño que se produciría por un hipotético acto de autoridad”⁴²

40 El TC en algunas resoluciones ha comenzado esta tarea, la cual debe ser profundizada. Véase Rafael Oyarte, op cit, Pág. 125.

41 Zabala Egas, op cit, Pág. 208.

42 Zabala Egas, op cit Pags. 208-209. Rafael Oyarte establece una diferencia, a nuestro modo de ver inadecuada, por la razones expuestas, entre el significado general y el jurídico de *inminencia*, indicando

Como se aprecia, el daño inminente y el actual son lógicos, material y jurídicamente diferenciables. Así si el daño es actual no se presenta el problema de que sea meramente hipotético sino solo el determinar si además es grave. En la jurisprudencia del TC hay una confusión entre daño *inminente* por un lado, y *actual* por otro. Así por ejemplo en muchos amparos provenientes de miembros de la Policía, el daño está produciéndose o ya se produjo (por ejemplo una baja o arresto como sanción disciplinaria). No cabe por tanto, en estos casos aludir a un *daño inminente*. Lo que procede es cesar o remediar las consecuencias del acto u omisión. En estos casos el TC no debería negar el amparo bajo el argumento de que el daño *no es inminente*, pues mal puede serlo una vez producido.

2) daño actual: En este caso el daño está produciéndose al momento mismo de interponerse el amparo y se busca que éste *cese la comisión* del acto u omisión que lo produce y se tomen las medidas cautelares necesarias para suspender el daño inmediatamente.

3) daño remediable: Corresponde a los casos en que el daño ya se ha producido pero es posible remediarlo mediante el efecto inmediato y urgente del amparo. No es posible a priori y de forma general y abstracta determinar un tiempo durante el cual el amparo pueda remediar el daño, pues esto depende de las condiciones materiales del caso concreto, de la duración y consecuencias del daño en el tiempo y de las posibilidades de remediación, entre las cuales la principal es la de volver las cosas a su estado previo al acto y/ o daño.

Amparo contra decisiones judiciales

En Ecuador la Constitución de 1998 en su artículo 95 establece que no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. En el mismo sentido, el artículo 276 de la misma Constitución establece que las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional. Esta prohibición ha sido recogida tanto por la resolución de la

que este última se refiere también a hechos ocurridos o que están ocurriendo. No hemos podido detectar un significado técnico-jurídico de inminencia como el referido fuera de la jurisprudencia del TC.

Corte Suprema⁴³ del 2001 reformada en el 2002, como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A dicha prohibición el Tribunal Constitucional le ha dado incluso una interpretación más bien amplia al considerar un acto como la coactiva tiene naturaleza jurisdiccional, y por tanto no es susceptible de amparo⁴⁴. ¿Cual es la lógica de una prescripción de este tipo?

Considerando la realidad ecuatoriana, mediante esta restricción al amparo se ha pretendido preservar la independencia de los jueces ordinarios durante los procesos judiciales, evitando injerencias de la justicia constitucional que compliquen las causas, prolongándolas en el tiempo o incluso sometiéndolas a la politización que ha caracterizado al Tribunal Constitucional. Se ha dicho que un amparo contra sentencias u otras decisiones judiciales prácticamente significaría una tercera instancia que transformaría al amparo de acción en recurso, y que el principio de jerarquía en la Función Judicial, y especialmente la supremacía de la Corte Suprema se verían afectados, puesto que jueces de menor jerarquía mediante la concesión de amparo podrían cuestionar las decisiones de jueces de nivel jerárquico superior. A estas críticas se suman otras respecto a los riesgos que el amparo entrañaría para la cosa juzgada y la seguridad jurídica en general. Todas estas críticas, como veremos, aunque razonables son relativas y conducen no a la prohibición del amparo contra decisiones judiciales sino a su estricta regulación.

Desde el punto de vista doctrinario y del Derecho Comparado la prohibición absoluta de amparo contra sentencias u otros autos judiciales conlleva graves problemas. En un Estado regido por una Constitución son todas las autoridades públicas las sometidas a ella, y los jueces son no solo los primeros obligados por sus prescripciones sino además quienes actúan como garantes de la misma. La Constitución es la fuente primaria de validez jurídica y de legitimidad de lo que el juez es y de lo que el juez hace, las normas legales o infralegales que aplica en cada caso, la misma facultad de administrar justicia y los derechos que debe proteger, todo ello tiene su fuente original en la Constitución.

⁴³ Esta resolución agrega al texto constitucional lo siguiente: Art. 2.- Particularmente la acción de amparo no procede y se la rechazará de plano cuando se la interponga respecto de c) Las decisiones judiciales adoptadas en un proceso, *inclusive las emitidas por órganos de la administración que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales y que deban incorporarse a la Función Judicial en virtud del precepto constitucional de la unidad jurisdiccional; (las cursivas son mías).*

⁴⁴ Ver Rafael Oyarte, La Acción de Amparo Constitucional, Quito, Andrade y Asociados, 2006, p. 140.

Constituye entonces un profundo error concebir al juez o al tribunal de la justicia ordinaria como opuesto o separado al de la justicia constitucional, desvinculado de la Constitución⁴⁵, como alguien que aplica mecánicamente normas aisladas del sistema jurídico, sistema cuyo fundamento y unidad reside en la Constitución. En un Estado Constitucional, justicia ordinaria y justicia constitucional son complementarias y guardan permanente comunicación. Aunque algunas competencias son privativas de cada una,⁴⁶ otras competencias, como por ejemplo el conocimiento de la acción de amparo, son necesariamente complementarias, hasta el punto que los jueces ordinarios deben actuar en ocasiones como jueces constitucionales, mientras que los Tribunales Constitucionales bregan por influir con su jurisprudencia sobre la interpretación constitucional de la justicia ordinaria.

Justamente por esta vinculación estructural, los jueces ordinarios están obligados a inaplicar normas jurídicas que consideran inconstitucionales, y a interpretar y aplicar la ley en el sentido que resulte conforme con la Constitución. Es también en función de esta dimensión constitucional que el juez ordinario conoce, mediante la acción de amparo, conflictos en que uno o varios de los derechos en juego son de rango constitucional, y debe entonces proteger estos derechos⁴⁷. Por tanto, al concebir al juez ordinario como sujeto a la Constitución y a su vez garante de la misma resulta perfectamente lógica la existencia de amparo contra decisiones judiciales. Es natural que los actos del juez en un proceso judicial, como todo acto de autoridad pública, estén sujetos al control constitucional de un órgano superior que asegure el respeto de derechos constitucionales, y en particular del debido proceso. Esta revisión, por cierto, puede recaer directamente sobre la Corte Constitucional, o en primer lugar sobre jueces superiores dentro la justicia ordinaria, como la Corte Suprema. En todo caso la decisión final corresponde al máximo contralor en la materia, como lo es la Corte Constitucional.

De hecho, conforme a una noción amplia de garantía constitucional, los jueces de la justicia ordinaria integran, como hemos dicho, las denominadas *garantías jurisdiccionales ordinarias* de la Constitución. Cuando estas garantías no operan

⁴⁵ Por esta razón nos hemos opuesto sistemáticamente a la propuesta de crear jueces constitucionales especializados de instancia para conocer amparos, habeas corpus y habeas data. Esta propuesta, aunque bien intencionada, parte del supuesto de que es posible y conveniente separar totalmente la justicia constitucional y la justicia ordinaria.

⁴⁶ Como son la acción de inconstitucionalidad en el caso de la justicia constitucional, o el conocimiento de problemas meramente legales en el caso de la justicia ordinaria.

⁴⁷ Antonio Manuel Peña, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp 227 -262. Bajo esta lógica el juez ordinario también puede y debe conocer otras acciones constitucionales como el habeas corpus, habeas data y acción a la información pública.

adecuadamente es indispensable que se activen las garantías jurisdiccionales especiales o constitucionales como el amparo. De esta forma, la justicia ordinaria y la Constitucional deben coordinar y complementarse entre ellas a efectos de asegurar la supremacía de la Constitución.

Son entonces primeramente los propios jueces de la justicia ordinaria los que deben enmarcar sus actuaciones en la Constitución, pero si esto no sucede, si una decisión judicial viola un derecho constitucional, o si las interpretaciones constitucionales de los jueces ordinarios son divergentes entre si ¿cómo se preservan estos derechos o se unifican estas interpretaciones? Los problemas centrales que trata de resolver el amparo contra decisiones judiciales tienen que ver justamente con la necesidad objetiva de hacer una unificación de jurisprudencia en base a la interpretación de la Corte Constitucional⁴⁸, así como atender al riesgo cierto de violación de estos derechos mediante estas decisiones judiciales, especialmente del derecho al debido proceso.

En síntesis, la necesidad de ejercer control constitucional sobre decisiones judiciales proviene de la propia naturaleza de la actividad judicial⁴⁹. El juez está sometido antes y primero a la Constitución que a la ley, pues ésta misma deriva su legitimidad solo de aquella. Para cumplir su función, el juez debe interpretar la ley conforme a la Constitución y la jurisprudencia constitucional⁵⁰ y eventualmente incluso inaplicar la ley que considere inconstitucional, pero puede suceder que no haga ni lo uno ni lo otro, o que lo haga inadecuadamente, y entonces viole derechos constitucionales mediante sus decisiones judiciales. En consecuencia, es necesario que los ciudadanos cuenten con una acción por la cual otro juez pueda revisar la corrección constitucional de lo actuado. En ausencia de esta acción nos veríamos avocados a la grave situación de que la Constitución se viola mediante un proceso judicial, lo cual deslegitima a la propia justicia ordinaria.

La dificultad que estos problemas implican es tan o más grave que cualquiera de los eventualmente pueden surgir del amparo contra sentencias u otras decisiones

⁴⁸ Mauricio García Villegas, Justicia Constitucional y Acción de Tutela, Bogotá, Universidad de los Andes, 1996.

⁴⁹ Para una ampliación sobre este tema puede consultarse Antonio Manuel Peña Freire, La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho, Madrid, Editorial Trotta, 1997, especialmente el capítulo octavo. Ver también Ferrajoli, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho en Miguel Carbonell y otros (coordinadores), Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina, México, Siglo XXI, 2002, Pág 187 – 204.

⁵⁰ Además conforme a los tratados, convenios e instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en el Ecuador según la Constitución ecuatoriana de 1998.

judiciales, pues consiste en poner en entredicho la supremacía y fuerza normativa de la Constitución misma. La violación del derecho constitucional al debido proceso y sus principios, en particular, representa una situación en extremo grave, puesto que representa una violación constitucional doble⁵¹. El efecto de la violación del derecho al debido proceso no siempre se agota en si mismo. El debido proceso como derecho tiene dos dimensiones. Una dimensión autónoma como derecho en si mismo, y una dimensión como garantía de todos los demás derechos constitucionales.

La solución frecuente a estos graves problemas en muchos países consiste en permitir el amparo contra decisiones judiciales, si bien bajo una estricta regulación⁵². Tal es el caso de sistemas como los de España, Alemania o Colombia, por citar algunos; la prohibición que consagra el Ecuador tiende más bien a ser excepcional⁵³. Así, en el caso del Perú la Constitución en su artículo 200 inciso tercero prohíbe amparo contra “resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular”. La *regularidad* consiste en la observación de los elementos esenciales del debido proceso; por tanto, el amparo procede cuando se han producido violaciones a éste que la Constitución garantiza. Una solución similar ha sido adoptada por la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha definido en su jurisprudencia como *vías de hecho* a las decisiones judiciales violatorias del debido proceso y en general de los derechos fundamentales⁵⁴. Igualmente en los casos de Bolivia y Chile se admite el amparo contra decisiones judiciales cuando no existen otros recursos procesales que viabilicen la protección de derechos constitucionales. Por su parte, la Constitución venezolana en su artículo cuatro permite el amparo contra decisiones judiciales adoptadas por Tribunales que actuando fuera de su competencia han violado derechos fundamentales. En conclusión, si observamos el Derecho Comparado a nivel latinoamericano constatamos que en general el amparo contra decisiones judiciales es aceptado, si bien en varios países hay estrictas regulaciones para evitar que derive en una nueva instancia o en general en un factor

51 Carlos Bernal Pulido. *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. pp 337 -338.

52 Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes, *La Reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?* en *Revista de Derecho Público*, Nro 15 Diciembre 2002, Bogotá, Ediciones Uniandes, pp 245-286.

53 “De los países de la región, Ecuador es el único que contiene una restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial” Véase Comisión Andina de Juristas, *Los Procesos de Amparo y Habeas Corpus: un análisis comparado*, Lima, 2000.

54 Para una ampliación del caso colombiano y una comparación con el de Ecuador véase Claudia Escobar, *Prácticas Constitucionales y Discrecionalidad Judicial* en *Revista Foro* Nro 6, 2 semestre 2006, Quito, Corporación Editora Nacional.

atentatorio contra la independencia y en general el funcionamiento adecuado de la justicia ordinaria.

En efecto, los riesgos de indebida injerencia en el proceso judicial y de su dilación temporal pueden solucionarse mediante una adecuada regulación legal y reglamentaria, y una prudente auto-limitación de la Corte Constitucional. Por ejemplo, mediante el establecimiento de requisitos y plazos para interponer en estos casos la acción de amparo. En cuanto a la seguridad jurídica, el amparo contra decisiones es o debería ser un mecanismo para preservarla, antes que un medio de su violación, pues resguarda los derechos constitucionales de los ciudadanos y la legitimidad constitucional de las decisiones judiciales. Respecto a los riesgos de injerencia política, éstos derivan no del amparo en si mismo sino de la politización partidista del Tribunal Constitucional ecuatoriano o de la manipulación política de los jueces de instancia. En realidad cualquier acción o recurso, y no solo el amparo, esta sujeto a deformación bajo estos indebidas injerencias político-partidistas. Por tanto una vez superados o limitados estos problemas mediante el fortalecimiento de la independencia judicial se superarían en buen grado también estas dificultades para el amparo.

Es por esta razón que la mayoría de actuales proyectos de Constitución en la actual fase constituyente incluyen la posibilidad de interponer amparo contra decisiones judiciales. La propuesta ha sido mal recibida por la Corte Suprema, que ha visto tal posibilidad como un cuestionamiento de su poder y su jerarquía. Esta actitud no es compatible con un Estado Constitucional, en el cual un tribunal de casación como la Corte Suprema es efectivamente el órgano de cierre del sistema jurisdiccional en materia de legalidad, pero a su vez debe someterse al máximo órgano de interpretación constitucional, como lo es la Corte o Tribunal Constitucional. En este sentido el proyecto del CONESUP en su artículo 114 establece al respecto:

1. Cuando exista violación de las garantías del debido proceso, la parte afectada podrá interponer, para ante la Corte Constitucional, el recurso extraordinario de amparo en contra de sentencias firmes dictadas por cualquier juez, corte o tribunal de la justicia ordinaria respecto de las cuales no quepa ningún recurso judicial.
2. Esta acción extraordinaria de amparo es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.
3. Si la acción extraordinaria de amparo fuere presentada para obstaculizar la justicia o retardar la sustanciación de la causa, el juez constitucional deberá rechazar el recurso y, si es el caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley.

Como puede apreciarse, el proyecto del CONESUP establece una serie de requisitos para la procedencia del amparo contra decisiones judiciales. Se restringe a violaciones al derecho constitucional al debido proceso, procede solo respecto a sentencias cuando estas sean firmes, y no sean susceptibles de ningún recurso procesal, ni haya evidencia de que el agraviado haya consentido en la decisión. Estas regulaciones apuntan justamente a evitar un uso desorbitado del amparo que pudiera significar una injerencia indebida o superposición más que coordinación de la justicia constitucional respecto a la ordinaria. En caso de que el amparo proceda, el efecto sería la nulidad del proceso, según lo establece el artículo 194 del proyecto, al determinar las atribuciones de la Corte Constitucional:

7. Conocer el recurso extraordinario de amparo contra autos o sentencias judiciales finales y definitivas exclusivamente en lo relativo a las violaciones de las garantías constitucionales del debido proceso. De proceder el recurso se declarará la nulidad que corresponda y se devolverá a la Función Judicial para los efectos de ley;

Hay que notar que en esta disposición el proyecto hace referencia no solo a sentencias judiciales sino además a autos finales o definitivos. Esta ampliación es justificable puesto que en el curso del proceso, antes de la sentencia, el juez puede tomar decisiones cruciales que violan el debido proceso y necesariamente distorsionan el resultado final expresado en la sentencia. Estos autos, por tanto, son tan importantes como la sentencia.

Amparo contra aplicación de normas

La Constitución de 1998 no prohíbe el amparo contra actos ilegítimos que apliquen normas inconstitucionales. El Art. 95 de la Constitución de 1998 simplemente hace referencia a *actos u omisiones*, sin excluir la posibilidad de que tales actos violatorios de un derecho constitucional resulten de la aplicación de una ley u otra norma infralegal. Sin embargo, las resoluciones de 2001 y 2002 de la Corte Suprema de Justicia que regulan el amparo así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reitera esta resolución, prohíben expresamente la interposición de amparos contra normas generales.

En principio, la prohibición de amparo contra aplicación de normas parece tener sentido, puesto que para demandar la inconstitucionalidad de normas generales existe la

acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, es claramente posible que una autoridad pública dando cumplimiento a una ley u otra norma jurídica general violen un derecho constitucional dando lugar al riesgo o certeza de un daño grave. Si esta situación se produce en el curso de un proceso judicial, el artículo 274 de la Constitución de 1998 prevé que un juez de oficio o a petición de parte inaplique la norma inconstitucional en las causas que este conociendo. Pero si la aplicación de la ley u otra norma violatoria del derecho constitucional se produce en una situación distinta a la de un proceso judicial no hay en el sistema ecuatoriano posibilidad de obtener las medidas urgentes y efectivas que provee el amparo.

Por esta razón, en el derecho comparado no es extraño encontrar que se permita el amparo contra actos de autoridad pública que violen derechos constitucionales, aún si tales actos se han ejecutado en cumplimiento de lo establecido en la ley u otra norma jurídica general formalmente vigente pero sustancialmente invalida en cuanto es contraria a los derechos constitucionales. Por supuesto, técnicamente nos parece mas preciso concebir que el amparo no se interponga propiamente contra la ley o norma general en si, sino contra su aplicación en un caso particular, lo cual lleva a la violación del derecho. Queda así abierta la posibilidad de considerar ulteriormente la constitucionalidad de la norma misma en términos generales y abstractos o de dictar una sentencia interpretativa que precise su sentido constitucional.

Entre los países andinos, Venezuela incluye incluso una disposición de nivel constitucional que permite el amparo contra normas. El artículo 3 de la ley que regula el amparo establece:

“También es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colinda con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el juez informará (al Tribunal Supremo de Justicia) acerca de la respectiva decisión.

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, (el Tribunal Supremo de Justicia), si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad”

Esta disposición ha sido interpretada de dos formas distintas⁵⁵. Por una parte se ha planteado que establece el amparo contra actos que lesionan derechos constitucionales al aplicar una norma jurídica general. Por otra parte, se ha entendido que autoriza el amparo contra la norma misma a efectos de que el juez considere su inaplicabilidad.

En Colombia y Perú, en cambio, se han establecido prohibiciones explícitas de amparo contra normas generales. Sin embargo, la jurisprudencia ha tendido a relativizar la prohibición. En el caso peruano esta prohibición incluso consta en la propia Constitución, que en su artículo 200 inciso 2do establece que el amparo: “no procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular”. Sin embargo, parte de la jurisprudencia peruana ha interpretado que las leyes formalmente vigentes pero violatorias de derechos constitucionales son incompatibles con la Constitución y por tanto procede el amparo contra la aplicación de dichas normas. En el caso colombiano también se han dictado restricciones en este sentido, aunque la amplia legitimación activa (acción popular) para demandar la inconstitucionalidad de normas ha canalizado mejor este tipo de situaciones⁵⁶.

Amparo contra actos de gobierno

La ya mencionada resolución de la Corte Suprema y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional excluyen la posibilidad de presentar amparos contra actos de gobierno. El artículo 2, literal b, de la resolución de la Corte Suprema del 2001 establece que no procede la acción de amparo y se la rechazará de plano cuando se la interponga respecto de: “ b) los actos de gobierno, es decir de aquellos que implican ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en el ejercicio de una actividad indelegable, y que tengan alcance o efecto general.”

Esta prohibición no consta en la Constitución de 1998, la que por el contrario en su artículo 95 al referirse al amparo establece que procede contra acto u omisión en general de cualquier autoridad pública. Como se expresó anteriormente, esta norma constitucional constituyó una ampliación respecto a lo establecido antes de la

⁵⁵ Véase Comisión Andina de Juristas, Los Procesos de Amparo y Habeas Corpus: un análisis comparado, Lima, 2000.

⁵⁶ Véase Comisión Andina de Juristas, Los Procesos de Amparo y Habeas Corpus: un análisis comparado, Lima, 2000.

Constitución de 1998 cuando el amparo procedía solo contra actos de autoridades administrativas. La ampliación incluye a las otras funciones del Estado, las autoridades de gobiernos seccionales y en general todas las autoridades públicas. Sin embargo, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han procedido a restringir nuevamente y de forma inconstitucional el alcance de la norma constitucional de 1998.

La teoría de los actos de gobierno, mediante la cual existen decisiones de carácter político no sujetas a control constitucional, ha sido no solo cuestionada sino superada en el Derecho Administrativo⁵⁷. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han calificado a la doctrina de los actos políticos como “arcaica, equívoca y peligrosa.”⁵⁸ En efecto, en un estado constitucional incluso aquellos actos discrecionales de la administración están limitados por los derechos constitucionales. La supremacía constitucional y la fuerza normativa de la carta fundamental impiden que puedan existir órganos de poder público no limitados por estos derechos⁵⁹. Por el lado de los ciudadanos esta doctrina supone la negación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva frente a importantes actos de la administración. Al respecto es ilustrativo el análisis de Antonio Manuel Peña:

“Una de las formas más tradicionales de justificar ese supuesto poder libre y originario de los ejecutivos fue la teoría de los actos políticos de gobierno, según la cual éste estaría capacitado para adoptar libremente decisiones y medidas, en determinados ámbitos considerados políticos y que, por ello, están exentas de control jurídico.....

El modelo normativo del Estado constitucional exige la superación de la teoría de los actos políticos de gobierno, bastante desacreditada doctrinalmente. Todos los actos del gobierno, como cabeza de la administración, han de ser controlables, sin que su contenido político sea motivo que justifique la carencia de control.”⁶⁰

Amparo, derechos colectivos, difusos y sociales

⁵⁷ Antonio Manuel Peña, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 265 – 296. Para el caso ecuatoriano y su inadecuación en el Derecho Administrativo véase Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade y Asociados, pp 163 – 168. Para un recuento del origen histórico de la noción de acto de gobierno y la dificultad de su diferenciación con el acto administrativo Ver Manuel María Diez, *Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, Editores Libreros, 1965, pag 411-420.

⁵⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Editorial Civitas, pp. 565-569.

⁵⁹ Para un análisis parcialmente concurrente Véase Rafael Oyarte, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Andrade y Asociados, 2006, p. 160 a 164. No compartimos, empero, el criterio de que si el acto de gobierno tiene alcance o efecto general está excluido del amparo por su generalidad, puesto que los derechos colectivos y difusos, y en ocasiones los derechos sociales, que también están protegidos por el amparo, tienen titulares colectivos que pueden ser afectados por actos de gobierno con efectos generales. Al respecto remitimos al análisis que en este texto hacemos sobre la noción de derecho subjetivo y sus diferencias con los derechos constitucionales

⁶⁰ Antonio Manuel Peña, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 279.

Otra forma de restricción al amparo en Ecuador ha sido la identificación absoluta de los derechos constitucionales con los derechos subjetivos. Esta identificación no la ha hecho la Constitución de 1998 que en ningún lugar se refiere a los derechos constitucionales como derechos subjetivos. Han sido, nuevamente, las resoluciones de la Corte Suprema regulando el amparo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha seguido sin mayor análisis tales resoluciones, e incluso normas de tipo reglamentario⁶¹, las que han restringido inconstitucionalmente el amparo al incluir al derecho subjetivo como requisito. Así por ejemplo, la citada resolución de la Corte Suprema del 2002 establece: “Art. 1. La acción de amparo es cautelar y tiene por objeto proteger los *derechos subjetivos de las personas...*”.

Como se expresó más arriba, doctrinariamente el presupuesto procesal esencial del amparo es la *violación de un derecho constitucional*; pero si este derecho constitucional se entiende exclusivamente como derecho subjetivo individual e incluso como *derecho subjetivo público* se opera necesariamente una restricción, que repetimos la Constitución no autoriza y que además no corresponde a la naturaleza jurídica de los derechos constitucionales.

El derecho subjetivo, en efecto, es una noción de la doctrina jurídica liberal clásica que enfatiza las limitaciones del poder estatal frente a la esfera de la autonomía privada y que no corresponde totalmente a la noción de derecho constitucional o fundamental. Hay diferencias específicas y de gran importancia entre los conceptos de derecho subjetivo y derecho constitucional⁶². Primero, el concepto y la estructura del derecho subjetivo no son funcionales para entender y garantizar las prestaciones estatales positivas implicadas en los derechos sociales, económicos y culturales. Segundo, el derecho subjetivo tiene siempre como titulares a personas individuales, razón por la cual no da cuenta adecuadamente de aquellos derechos constitucionales en que los titulares son colectividades, como es el caso de derechos sindicales, de consumidores o derechos colectivos⁶³ de los pueblos indígenas, derechos ambientales y derechos difusos. En tercer lugar, la garantía del derecho subjetivo supone siempre una

⁶¹ El artículo 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional establece que la acción será inadmitida cuando no haya violación de derechos subjetivos constitucionales.

⁶² Sigo aquí la caracterización desarrollada por Antonio Peña, para contrastarla con el caso ecuatoriano. Véase Antonio Manuel Peña, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp 130 – 131.

⁶³ Para un análisis sobre la relación problemática entre derechos colectivos y derechos subjetivos véase Andrés Gil Domínguez, *Derechos Colectivos y Amparo Colectivo en Varios, Un Cambio Ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.

actuación directa del titular, mientras que la legitimación activa de las garantías de los derechos constitucionales tiende a ser más amplia, pues admite, sobre todo para derechos sociales, colectivos y difusos, la actuación de otras personas distintas al titular e incluso la acción popular. Por último, la garantía de los derechos subjetivos tiende a una formalización y procesalización que difiere del carácter informal, sumario, preferente, ágil y sencillo de las garantías de los derechos constitucionales.

BIBLIOGRAFIA

- Avila Ramiro, Los Problemas de la Protección de los derechos humanos en el derecho procesal constitucional ecuatoriano en Varios, Un Cambio Ineludible: La Corte Constitucional, Quito, TC, 2007.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Quito, Fundación Andrade y Asociados.
- Bernal Pulido, Carlos, El Derecho de los Derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Comisión Andina de Juristas, Los Procesos de Amparo y Habeas Corpus: un análisis comparado, Lima, 2000.
- Diez, Manuel María, Derecho Administrativo II, Buenos Aires, Editores Libreros, 1965.
- Escobar, Claudia, Practicas Constitucionales y Discrecionalidad Judicial en Revista Foro Nro 6, 2 semestre 2006, Quito, Corporación Editora Nacional.
- Ferrajoli, Luigi, Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp 78 -81.
- Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías: La Ley del Más Débil, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pag 61-62.
- Ferrajoli, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho en Miguel Carbonell y otros (coordinadores), Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina, México, Siglo XXI, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. Garantías Constitucionales publicado en Revista Argentina de Derechos Constitucionales, Buenos Aires, Año 1 -2000 Nro 2.
- Ferreira, Raul Gustavo, El Significado de las Garantías de la Constitución y su nexos con las Tareas del Congreso en Revista Argentina de Derecho Constitucional, Año 2 I, 2000.

- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, Madrid, Editorial Civitas, pp. 565-569.
- García Villegas, Mauricio, Justicia Constitucional y Acción de Tutela, Bogotá, Universidad de los Andes, 1996.
- Gil Domínguez, Andrés Derechos Colectivos y Amparo Colectivo en Varios, Un Cambio Ineludible: La Corte Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.
- INREDH, Garantías Constitucionales – Manual Técnico, Quito, INREDH, 2006, pp 26-30.
- Larrea Holguin, Juan, Derecho Constitucional, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, tomo 2, pag. 331.
- Ordoñez, Hugo, Hacia el Amparo Constitucional en Ecuador, Quito, Pudeleco Editores, 1995.
- Oyarte, Rafael, La Acción de Amparo Constitucional, Quito, Andrade y Asociados, 2006.
- Pérez Luño, Antonio, Los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Tecnos, 1986.
- Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- Peña, Antonio Manuel, La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho, Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- Pisarello, Gerardo, Los Derechos Sociales y sus Garantías, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Prieto Sanchis, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Polit, Berenice, El Amparo Constitucional – Su Aplicación y Límites, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.
- Torres, Luis Fernando, Legitimidad de la Justicia Constitucional, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003.
- Trujillo, Julio César, Teoría del Estado en el Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.
- Zabala Egas, Jorge, Derecho Constitucional, Quito, Edino, 2002, Tomo 2, pag 157.
- Zaldívar, Arturo El Juicio de Amparo y la Defensa de la Constitución, en Jose Ramón Cossio y Luis Pérez (compiladores), La Defensa de la Constitución, México, Fontanamara, 2006.

