

*Del amparo
a la acción de
protección*

*¿regulación o restricción
a la protección de los
derechos fundamentales?*

Sebastián López



Del amparo a la acción de protección
*¿Regulación o restricción a la protección
de los derechos fundamentales?*

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 116

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
uasb@uasb.edu.ec • www.uasb.edu.ec

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12
cen@cenlibrosecuador.org • www.cenlibrosecuador.org

Sebastián López

Del amparo a la acción de protección
*¿Regulación o restricción a la protección
de los derechos fundamentales?*



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

20 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2012

Del amparo a la acción de protección
*¿Regulación o restricción a la protección
de los derechos fundamentales?*

Sebastián López

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 116

Primera edición:
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional
Quito, noviembre de 2012

Coordinación editorial:
Quinche Ortiz Crespo
Armado:
Graciela Castañeda
Impresión:
Taller Gráfico La Huella,
La Isla N27-96 y Cuba, Quito

ISBN: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
978-9978-19-510-9

ISBN: Corporación Editora Nacional
978-9978-84-648-3

Derechos de autor:
Inscripción: 040285
Depósito legal: 004881

Título original: *El amparo constitucional en el Ecuador: ¿regulación
o restricción a la protección de los derechos fundamentales?*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho,
con mención en Derecho Constitucional
Programa de Maestría en Derecho, 2009

Autor: *Pablo Sebastián López Hidalgo* (correo e.: sebaslopezhidalgo@yahoo.com)

Tutor: *Agustín Grijalva J.*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-0712

Contenido

Introducción / 11

Capítulo I

El amparo constitucional-acción de protección y los actos políticos o de gobierno / 15

Noción conceptual de los actos políticos o de gobierno / 15

Los actos políticos o de gobierno: ¿una justificación de improcedente acorde a los nuevos tiempos? / 20

Análisis de la nueva Constitución en torno a la acción de protección y los actos materia de impugnación / 29

Capítulo II

La acción de amparo constitucional-acción de protección y los actos normativos / 45

Los actos administrativos y los actos normativos / 45

El control de constitucionalidad como garantía frente al legislativo / 50

La acción de protección y las normas de carácter general en la nueva Constitución / 59

Capítulo III

La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales / 63

La cosa juzgada: ¿un límite a la acción extraordinaria de protección? / 63

Tesis permisivas y tesis negativas respecto de la acción extraordinaria de protección en contra de sentencias judiciales / 70

Objetivos fundamentales de la acción extraordinaria de protección en contra sentencias / 75

La acción extraordinaria de protección en nuestro ordenamiento jurídico / 78

¿Procede una acción extraordinaria de protección sobre una acción «ordinaria» de protección? / 85

Conclusiones / 89

Bibliografía / 93

Gracias a la bendición de Dios, este trabajo de tesis está dedicado a mi esposa Maricela, a mi hija María Angélica y a mi hijo Juan Sebastián, quienes, con su amor y ternura, inspiran a cada momento mi diario vivir.

Mi especial agradecimiento a mi tutor, doctor Agustín Grijalva, docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, profesional que con su vasto conocimiento y aportes ha hecho posible la publicación del presente trabajo.

Un agradecimiento también a todos los profesores del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, quienes con su criterio y conocimientos impartidos contribuyeron en mi formación como constitucionalista.

Así también, un reconocimiento y agradecimiento a mis queridos compañeros de la maestría por su apoyo y cariño brindado a lo largo de toda nuestra experiencia como maestrantes.

Introducción

Si el principio de legalidad propio del Estado legislativo de derecho como una garantía de certeza frente a la arbitrariedad y al poder absoluto e ilimitado constituyó un primer cambio de paradigma, el tránsito de éste, al Estado constitucional no es menos importante. Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadoras de las leyes, límite y vínculo de los poderes públicos, son la característica de los Estados democráticos de estos días.

La adecuación de la autoridad a un régimen de derecho, de vigencia y respeto de los derechos fundamentales y de las garantías básicas, constituye la fuente de legitimidad de los poderes públicos; sin embargo, ese respeto y garantía incondicional de unos derechos indisponibles no ha sido la constante dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a las arbitrariedades, abusos e injusticias de autoridad pública y de los particulares en ciertos casos, nuestro sistema jurídico, al igual que la mayoría de los países democráticos actualmente, ha previsto algunos mecanismos de garantía y respeto de los derechos, entre los que destaca la garantía jurisdiccional de la *acción de protección*.

La acción de protección, anterior acción de amparo constitucional,¹ ha constituido quizá una de las garantías jurisdiccionales más importantes y enriquecedoras dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. Ello no quiere decir que como institución vital del derecho, no haya encontrado problemas de distinta naturaleza tanto en su aplicación como en su interpretación.

Aun cuando el presente trabajo se lo inició bajo la vigencia de la norma constitucional de 1998, en donde la acción de amparo constitucional como garantía constitucional de tutela de los derechos encontró grandes obstáculos

1. Destacamos que la acción de amparo constitucional como garantía de los derechos prevista en la Constitución de 1998 era una acción exclusivamente cautelar, suspensiva de los efectos de un acto que se consideraba lesivo de los derechos. Actualmente, lo que conocemos como acción de protección, representa un avance en la defensa de los derechos pues se trata de una verdadera garantía jurisdiccional de conocimiento, protección y reparación los derechos frente a los abusos y arbitrariedades del poder, por lo que, la acción de protección como garantía de defensa de los derechos constitucionales, no es en realidad el amparo constitucional.

por parte de quienes con desconocimiento la utilizaban, la aplicaban e invocaban; la acción de protección prevista en la Constitución del 2008 tiene como reto superar aquella posición legalista, restrictiva, subsidiaria, cautelar y excepcional de aplicación de esta garantía en perjuicio de los derechos fundamentales.

Por ello, el presente trabajo está orientado a constituirse en un aporte que permita consolidar una conciencia constitucional de respeto de los derechos, así como reafirmar el necesario sometimiento de todo el orden constituido a una norma suprema, al tiempo que desvirtúe de manera contundente, y quizá para siempre, argumentaciones restrictivas de los derechos y sus garantías que permitan tomar a los derechos en serio, como lo decía Ronald Dworkin.²

Así el tema, y como para no olvidar, la antigua Corte Suprema de Justicia a través de sus resoluciones, pretendiendo regular el genuino sentido de las normas jurídicas en caso de duda u oscuridad, así como unificar la interpretación y asegurar la correcta aplicación de la acción de amparo constitucional en el orden jurídico, restringió de manera inconstitucional la vigencia y aplicación de tan noble garantía de defensa de los derechos. De igual forma, el reglamento de trámite de expedientes emitido por el entonces Tribunal Constitucional, así como jurisprudencia del propio Tribunal, y algunas regulaciones contenidas en la Ley de Control Constitucional, restringieron el campo de aplicación del amparo en desmedro de los derechos fundamentales, postergando a la Constitución como una verdadera norma suprema con evidente fuerza normativa.

El presente trabajo pone de manifiesto algunas de estas restricciones que han sido utilizadas como mecanismos de boicot de esta acción, pero que esperamos no lo sean mas en tratándose de acción de protección, concretamente, en lo que tiene que ver con los actos políticos o de gobierno, los actos normativos y su vinculación con el amparo o protección, así como las decisiones judiciales que por primera vez en nuestro país, son susceptibles de impugnación vía acción extraordinaria de protección, manteniendo coherencia con el tipo de Estado que hoy nos cobija, un Estado constitucional de derechos y justicia que tiene como reto una aplicación correcta de los derechos y garantías previstas en la norma fundamental.

Conscientes de algunas limitaciones, el primer capítulo del presente trabajo nos permitirá contar con una nueva visión del derecho administrativo y constitucional respecto de los actos políticos y de gobierno y su inexcusable óbice para el control de constitucionalidad, pues ellos, dentro de un Estado constitucional, no son más que una suerte de actos administrativos susceptibles de control.

2. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.

En el segundo capítulo, nuestro análisis estará orientado a diferenciar lo que constituyen los actos administrativos y los actos normativos, así como también, pondremos de manifiesto, algunos criterios respecto de esta acción y las leyes autoaplicativas, al igual que los actos de ejecución de leyes, además de destacar que evidentemente un acto normativo en estricto sentido no habilita la impugnación vía acción de protección máxime si no están en juego derechos fundamentales.

Finalmente, en el tercer capítulo nos detendremos a analizar la institución jurídica de la cosa juzgada y su vinculación con la acción extraordinaria de protección, así como las corrientes doctrinarias en torno al tema, y la necesaria inclusión o no, en el orden jurídico constitucional ecuatoriano de una acción que juzgue la violación de un derecho de rango constitucional dentro de un proceso.

CAPÍTULO I

El amparo constitucional-acción de protección y los actos políticos o de gobierno

NOCIÓN CONCEPTUAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO

En el presente trabajo me referiré a la acción de amparo constitucional o acción de protección como aquella garantía constitucional idónea, breve, sumaria, sencilla, expedita de protección de los derechos fundamentales frente a los actos u omisiones de autoridad pública y de los particulares, teniendo siempre presente –y ese es justamente uno de los objetivos del presente estudio– marcar las diferencias de esta garantía constitucional existentes tanto en la Constitución Política de 1998 cuanto en la nueva Constitución del 2008, sin olvidar eso sí, que si leemos con atención y detenimiento el nuevo texto constitucional, la anterior garantía de defensa de los derechos llamada acción de amparo constitucional en realidad equivale hoy, a las denominadas medidas cautelares contenidas en el art. 87 de la Constitución³ en vigencia, puesto que una verdadera acción de fondo, de conocimiento, reparatoria de los derechos constitucionales representa actualmente la acción de protección.

Con esta breve explicación, nuestro análisis comenzará entonces, por determinar cuáles son los actos políticos o de gobierno, cuál es su alcance y sentido, además de su necesaria vigencia o no dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Varios son los tratadistas que han estudiado o pasado revista en su análisis a los actos políticos o de gobierno; no obstante, nos parece fundamental tener a nuestra disposición algunos antecedentes y conceptos claves que podrían explicar mejor la teoría de los actos políticos o de gobierno.

Así, uno de los principios fundamentales del Derecho Constitucional es sin duda, el principio de separación de poderes y que, a decir de Rafael Oyarte

3. El art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina que las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Recordemos que la anterior acción de amparo constitucional preveía como requisitos de procedibilidad de la acción, el daño grave e inminente del acto; en la actualidad, la característica de la inminencia y gravedad del daño ha sido reservada únicamente para las medidas cautelares, y no respecto de la acción de protección.

«esta técnica, de origen revolucionario francés, y atribuida generalmente a Montesquieu, no solo tiene por simple objeto asignar a diversos órganos la ejecución de competencias distintas, lo que es su finalidad instrumental, sino, en principio, evitar la concentración del poder en una sola esfera u órgano del poder público»,⁴ principio absolutamente válido y necesario que no está en duda en cuanto al ámbito de las competencias y facultades ejercidas por los diferentes órganos del poder público y de las propias funciones clásicas del Estado (ejecutiva, legislativa y judicial).

El doctor Julio Cesar Trujillo, cuando se refiere a la organización del poder, dice:

Es verdad que el poder del Estado es uno y único, o sea, que el Estado no tiene varios poderes sino uno solo y este poder tiene especificidades que no las comparte con nadie [...] este poder, de otra parte en el Estado social y democrático de derecho no es total ni absoluto, es decir no recae sobre todas las actividades de los habitantes de su territorio, ni sobre todas las relaciones sociales de estos entre sí, ni puede ejercerlo con los medios que se le ocurran [...] El conjunto de facultades se subdivide en grupos por la afinidad de los actos que realizan y concretan, por esto cuando esas facultades se contraían a expedir la ley, ejecutarla y aplicarla, los actos por los que cumplía estas tareas fueron agrupadas así: en la función legislativa los relativos a la expedición de la ley; en la ejecutiva los necesarios para la ejecución de ellas y en el judicial los tendentes a su aplicación [...] Aunque es imposible separar de modo absoluto estas funciones, se ha logrado, al menos, distinguir lo esencial de cada una a los cuales se le han atribuido lo esencial de esas funciones.⁵

Ahora bien, en el campo del derecho constitucional y de la doctrina administrativa en particular como fuente del derecho, se ha admitido también que el ejercicio de la función administrativa, entendida como una actividad orientada a la realización de fines concretos en beneficio de la colectividad,⁶ puede referirse a todo el ente estatal a través de sus diferentes órganos (administración pública central o institucional), y a los particulares en el marco de las leyes que les confieran atribuciones y prerrogativas administrativas.

El problema surge quizá en cuanto a la determinación misma del concepto jurídico de administración pública, dado que toda la actividad del Estado se realiza por medio de órganos administrativos, legislativos y judiciales, y cada uno de ellos tiene a su cargo funciones de distinta naturaleza.

4. Rafael Oyarte Martínez, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006, 2a. ed., p. 17.
5. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, 2a. ed., p. 238.
6. Gustavo Penagos, *El acto administrativo*, t. I, Bogotá, Librería del Profesional, 1992, 5a. ed., p. 64.

Esta actividad o función administrativa a la que hemos hecho mención, requiere ser llevada a la vida práctica para el desarrollo mismo del Estado y sus instituciones, y la única forma de lograrlo, es a través de los denominados actos administrativos, unos de carácter particular y otros de carácter general conocidos también como actos normativos. Esta y otras referencias breves de los actos administrativos como un concepto general nos permitimos realizarla dada su íntima relación con los actos políticos o de gobierno.

Al respecto el tratadista Gustavo Penagos anota lo siguiente: «La doctrina del acto administrativo ha evolucionado para señalar que la decisión administrativa, puede ser ejercida por cualquiera de las ramas del poder público. Así que la rígida separación de funciones ha sido superada, y en la actualidad se habla de colaboración armónica de las ramas del poder público».⁷

Los diferentes estudiosos del Derecho Administrativo han considerado que la doctrina no es pacífica en cuanto a la noción conceptual del acto administrativo, dado que la misma puede ser asumida desde dos puntos de vista: i) desde un punto de vista formal, orgánico; ii) desde el punto de vista material. Manuel María Diez manifiesta: «Desde el punto de vista formal serían actos administrativos todos aquellos que emanaren de un órgano administrativo. Desde el punto de vista material, serían actos administrativos todos aquellos actos que tuvieran un contenido administrativo independientemente de la naturaleza del órgano que emanare».⁸

Como una premisa que nos ayudará a entender mejor toda la teoría de los actos políticos, y sin enmarcarnos en una u otra categoría de clasificación, podemos afirmar que, acto administrativo, es aquella declaración de voluntad, de conocimiento, de deseo o de juicio que en ejercicio de la función administrativa está orientada a crear, modificar o extinguir una situación jurídica en particular.

Por motivos de técnica jurídica y de control de legalidad, la doctrina ha distinguido entre función administrativa y función política, siendo la administrativa, aquella función aplicable a los actos administrativos en tanto que a la función política le serán inherentes los denominados actos políticos o de gobierno,⁹ de ahí la importancia de las anotaciones realizadas pues como lo veníamos afirmando, solo una concepción moderna de la función administrativa determinará en definitiva que el ejercicio de las funciones políticas que también son administrativas, no deberían ser inmunes a ningún tipo de control jurisdiccional (una conclusión un tanto anticipada pero necesaria).

7. G. Penagos, *El acto...*, p. 61.

8. Manuel María Diez, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1965, p. 203.

9. G. Penagos, *El acto...*, p. 74.

La pregunta que nos interesa en el fondo es la siguiente: ¿Qué son los denominados actos políticos o de gobierno?, o mejor aún, ¿existe en la actualidad algún principio jurídico que pueda justificar los actos políticos o de gobierno?

Los actos políticos o actos de gobierno, no son más que una categoría de los actos jurídicos, y riesgoso sería aceptar que los actos políticos no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, sino actos esencialmente distintos por ser una la función administrativa y otra la función política confiada a determinados órganos del poder ejecutivo (criterio que reitero es cuando menos riesgoso).

Penagos afirma que al ser el origen de los actos políticos o de gobierno una creación artificial del Consejo de Estado Francés, nadie ha podido definir con precisión qué debemos entender por actos políticos o actos de gobierno.

En palabras de Manuel María Díez, la definición de actos políticos o de gobierno es la siguiente: «son declaraciones unilaterales del poder ejecutivo nacional, dictadas para resolver, en forma unitaria, cuestiones decisivas para la vida de la nación».¹⁰ Manifiesta además lo siguiente:

Cuando en su oportunidad nos referimos a la noción conceptual de la administración pública considerada desde el punto de vista subjetivo dijimos que era un complejo orgánico y una serie de entes públicos menores encuadrados en el Poder Ejecutivo, agregando que en el Poder Ejecutivo se comprende también al Gobierno, por lo que no puede establecerse una igualdad entre aquél y la administración pública. Quiere decir, entonces, que el Poder Ejecutivo desempeña dos clases de funciones: la de gobierno o política y la de administración. Es difícil señalar límites entre gobierno y administración, aun cuando se puede percibir una diferencia. Gobernar es tomar decisiones esenciales que comprometen el porvenir de la nación, por ejemplo una declaración de guerra o un plan económico. La administración, en cambio es una tarea cotidiana que desciende hasta los actos más simples. Sin embargo, es difícil determinar la frontera entre los dos campos y, por lo demás, la función política o de gobierno y la administrativa competen ambas a los órganos que están en las gradas jerárquicas más elevadas del poder Ejecutivo. De allí, entonces, que no pueda decirse que la distinción entre gobierno y administración tenga un alcance jurídico sino sociológico y político.¹¹

La doctrina y la jurisprudencia internacional entienden a los actos políticos o de gobierno como aquellos actos relacionados con la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, la seguridad interior del estado,

10. M. M. Díez, *op. cit.*, p. 424.

11. *Ibid.*, p. 411.

etc.; no obstante, autores como Alberto Wray, al referirse a los actos políticos y de gobierno, manifiestan:

Ciertas actuaciones del poder público no corresponden, como se sabe, a la noción de acto administrativo tal como lo ha sido desarrollada por la doctrina. Algunos actos tienen naturaleza eminentemente política, como la elección de autoridades dentro de un cuerpo colegiado. Otros son actos de gobierno en los cuales la autoridad, dentro de un marco de discrecionalidad, define un rumbo, una política: crear o no un nuevo Ministerio, bajar o no el encaje bancario, son actos respecto de cuyo ejercicio está reconocida la facultad para determinado órgano o autoridad, pero no determinada normativamente las condiciones para decidir en uno u otro sentido.¹²

Con la finalidad de esbozar una teoría que nos permita caracterizar de justiciables a los actos políticos o de gobierno, hemos de reconocer efectivamente que el poder político está limitado por el derecho; lo contrario, implicaría desconocer un estado de derecho y avalizar más bien un estado de la arbitrariedad. Al respecto Gustavo Penagos concluye: «Los principios expuestos, concretan el sometimiento del Gobierno a la Ley, sus actos, sin excepción ninguna deben adecuarse al principio de legalidad, que traducen el dogma de la voluntad general, ya que el poder reside en el pueblo y no en el gobernante, y por consiguiente, no existe poder distinto al que confiere la Ley».¹³

A decir de Zagrebelsky, el principio de legalidad tiene un doble sentido:

El principio de legalidad se expresa de manera distinta según se tratase de la posición que los ciudadanos asumían frente al mandato legislativo o de la posición que la Administración asumía frente a dicho mandato [...] No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y, por tanto, predeterminada por la ley o, simplemente, delimitada por ella. En el primer caso, prevalente en el monismo parlamentario francés donde solo la Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples autoridades derivadas, la ausencia de leyes significaba para ésta la imposibilidad de actuar; en el segundo, extendido en Alemania y en las Constituciones dualistas de la Restauración, la ausencia de leyes, comportaba en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines [...] Según la primera y más rigurosa concepción del principio de legalidad, el poder ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía íntegramente de la ley, que –como por medio de cuentagotas– le atribuía cada potestad singular. La capacidad de actuar del ejecutivo dependía de leyes de autorización y solo era válida dentro de los límites de dicha autorización. La segunda concepción, por el contra-

12. Alberto Wray, *Derecho procesal constitucional*, t. II, Quito, ProJusticia / Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2002, p. 97.

13. G. Penagos, *El acto...*, p. 29.

rio, atribuía al ejecutivo la titularidad originaria de potestades para la protección de los intereses del Estado, circunscribiéndola solamente desde fuera por medio de leyes limitadoras.¹⁴

Efectivamente el poder político está limitado por el derecho, única fuente de validez y de legitimidad del poder del gobernante, cuyo origen es la expresión de la voluntad popular. No encontramos razón alguna entonces, para justificar poderes absolutos y omnímodos inmunes al control de legalidad y peor aún de constitucionalidad.

Una decisión política, cualquiera sea su naturaleza –llámese actos políticos o de gobierno–, no puede ser caprichosa o arbitraria, no puede como en el pasado invocarse motivos personales, aspectos subjetivos y peor aún razones de Estado, pues tal como lo dejáramos anotado líneas atrás, el Estado, sus instituciones y autoridades encuentran su límite en el ordenamiento jurídico que constituye, además, fuente de su legitimidad.

LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO: ¿UNA JUSTIFICACIÓN IMPROCEDENTE ACORDE A LOS NUEVOS TIEMPOS?

Referencia histórica

Aún cuando muchos puedan pensar, y con acierto valga decirlo, que las referencias históricas pueden resultar bastante aburridas y repetitivas, con la única finalidad de dar una respuesta a la interrogante propuesta en nuestro enunciado, es necesario que en unas pocas líneas hagamos una revisión de dónde provienen estos actos políticos y cuál es su justificación en los actuales momentos, concretamente, en lo que tiene que ver con su inexcusable óbice para el control de legalidad y constitucionalidad.

El origen del concepto de los «actos políticos de gobierno» comenzó a delinearse después de la caída del emperador Bonaparte, cuando al ser sometidas al control de legalidad los actos de gobierno el Consejo de Estado francés, instituyó por vía jurisprudencial cierto tipo de actos no susceptibles de su conocimiento por carecer de competencia, según su consideración particular, por cierto.

Cuando el profesor Penagos se refiere al origen de los actos políticos o de gobierno, dice:

14. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 27.

La jurisprudencia francesa elaboró a partir del año de 1815 una doctrina artificial, sobre los llamados «Actos políticos», o de Gobierno, considerando que eran inmunes a todo control de legalidad, bien sea por parte de la justicia administrativa, o ya sea por la justicia ordinaria. Fenómeno originado ante la presión de los Borbones quienes consideraban que todas sus decisiones eran legítimas, en contraste con el principio de legalidad alegado por los herederos de la Revolución de 1789.¹⁵

Manuel María Díez por su parte indica:

parte de la doctrina acostumbra a distinguir entre actos políticos o de gobierno y actos administrativos [...] Los dos, actos de gobierno y administrativos, tienen exactamente los mismos elementos y la diferencia que se estableció tuvo su origen pretoriano en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés [...] La creación de esta categoría de actos de gobierno obedeció a una política defensiva del Consejo de Estado francés, con motivo del retorno de los Borbones. En esa oportunidad el Consejo de Estado fue atacado por los liberales que le condenaban por haber consolidado la situación de los adquirentes de los bienes nacionales. Ello dio origen a que sus atribuciones contenciosas fueran cuestionadas. Para poder defenderse, el Consejo de Estado limitó espontáneamente sus funciones con el fin de poder supervivir.¹⁶

Evidentemente, estas circunstancias produjeron una denegación de justicia importante, llevando a algunos autores como Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández a referirse a la teoría de los actos políticos o de gobierno como «la vieja teoría»,¹⁷ en donde el Consejo de Estado francés se negó, de manera sistemática, a conocer de aquellas reclamaciones que tienen su relación con los problemas políticos.

La jurisprudencia de aquel entonces encontró sus motivos suficientes en el hecho de que una era la función política o de gobierno ejercida por el ejecutivo, y otra era la función administrativa también ejercida por el ejecutivo en donde se encuadraban los actos administrativos, razón suficiente para afirmar que la mayor y quizá la única diferencia sustancial entre estos actos, era el hecho de que si bien los actos administrativos y los actos políticos tenían y gozaban de los mismos elementos, estos segundos no estaban sujetos a control jurisdiccional alguno, cuya justificación inicial descansaba en el simple hecho de tener o gozar de un carácter singular. En tal virtud, no incumbía a tribunal alguno hacer consideraciones necesarias o ponderadas acerca de con-

15. Gustavo Penagos, *Los actos políticos*, Bogotá, Librería del Profesional, 1985, p. 15.

16. M. M. Díez, *op. cit.*, p. 412.

17. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 1997, 8a. ed., p. 565.

ceptos tales como: peligro para el bien público, peligro para la economía nacional, las relaciones internacionales, etc.

La consideración entonces que por algún tiempo caracterizaría a los actos políticos o de gobierno era la del fin buscado por la autoridad, sin que medie responsabilidad alguna, dado que la fuerza propia de estos actos encontraba su fundamento en la autoridad de la que estaba investido su soberano, es decir, el ejecutivo. A esta teoría se la conocería como la teoría del móvil político.¹⁸

Esta teoría –la del móvil político– es sin duda peligrosa por decir lo menos, pues en virtud de su fundamento, todo acto administrativo que hubiere sido dictado con un móvil eminentemente político incluso por capricho de la autoridad, podría ser caracterizado como un acto político y por lo mismo, no susceptible de revisión o control alguno.

En ese entonces el criterio que predominó para caracterizar el acto de gobierno era el del fin que se proponía su autor. El acto que tenía por fin defender la sociedad, considerada en ella misma o personificada en el gobierno, contra sus enemigos exteriores o interiores, declarados u ocultos, presentes o futuros, era un acto de gobierno. El jefe de Estado, en la esfera de esas medidas supremas, no tiene ningún contralor que sufrir ni reparación que acordar. Su fuerza estriba en la autoridad de la que está investido como soberano. Él se basa a sí mismo y su freno está en la autoridad gubernamental. Los ciudadanos no tienen otra protección que la que pueda surgir de las garantías constitucionales. Era la teoría del móvil político.¹⁹

Superada la teoría del móvil político se trató de caracterizar el acto político y de separarlo en forma precisa de los denominados actos administrativos, en tal virtud, un acto sería siempre administrativo o siempre político y nunca podría un acto administrativo convertirse en un acto político o de gobierno.²⁰

Se trata de toda una construcción teórica con la supuesta finalidad de dar mayor seguridad jurídica a los administrados argumentándose, además, que no son los motivos de la decisión de un determinado funcionario los que imponen a un acto el carácter de esencial, sino que este carácter resulta más bien de la naturaleza misma del acto. Al final, esta teoría sería también criticada con el argumento que no daba lugar a una construcción jurisprudencial que pudiera durar por largo tiempo.

Posteriormente, se avanzó hacia una enumeración taxativa de los actos políticos o de gobierno, erigiéndose como tales aquellos que el Consejo de Estado así lo establecía. Una salida que terminaría se decía, con aquella discrecionalidad judicial considerada peligrosa para muchos.

18. M. M. Díez, *op. cit.*, p. 413.

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*, p. 414.

Los actos considerados políticos o de gobierno eran entonces los siguientes: los actos del ejecutivo en sus relaciones con el parlamento; las declaraciones de estado de sitio; los actos diplomáticos y relaciones internacionales; y la interpretación de los tratados, entre otros. Esta enumeración ha ido reduciéndose paulatinamente, al punto que la jurisprudencia francesa ha considerado actos políticos y de gobierno fundamentalmente a dos clases: los primeros relativos a las relaciones del ejecutivo con el parlamento, y los segundos relativos a las relaciones internacionales.²¹

Actos políticos relativos a las relaciones ejecutivo-legislativas

Gustavo Penagos indica que el Consejo de Estado de Francia ha rehusado sistemáticamente a conocer de los siguientes actos:

- a) Las decisiones tomadas por el Ejecutivo en ejercicio de su participación en la esfera legislativa, como por ejemplo la decisión de entregar o retirar un determinado proyecto de ley en la legislatura.
- b) El caso de los decretos ejecutivos sometiendo un proyecto de ley a referéndum.

Para nuestro ordenamiento jurídico en concreto, el caso supuesto en el lit. b) es inexistente, puesto que no hay posibilidad de que el Presidente de la República, vía decreto ejecutivo, someta en estricto sentido un «proyecto de ley» a referéndum. Lo que sí existe es la posibilidad de que el mismo Presidente disponga al Consejo Nacional Electoral se convoque a una consulta popular sobre asuntos que estime convenientes, tal como consta en el art. 104, inc. 2o., de la propia carta suprema.

Actos políticos relativos a las relaciones internacionales

Penagos se refiere fundamentalmente a los siguientes:

- a) Aquellos que tienen que ver con las relaciones entre el gobierno con otros Estados u organismos internacionales, como por ejemplo, la elaboración, firma, ratificación e interpretación de los tratados y acuerdos internacionales.
- b) Las operaciones militares y hechos de guerra han sido considerados actos políticos, aunque la propia jurisprudencia francesa poco a poco ha ido abandonando esta teoría.

21. G. Penagos, *Los actos políticos...*, p. 60.

En la actualidad la teoría de que los actos de gobierno son el producto de una manifestación del Estado distinta de la función administrativa, atraviesa una etapa de crisis o como lo sostienen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández «la doctrina del acto político, según lo expuesto, es hoy inútil; en su acepción histórica genuina, está hoy superada y aun contradictoria por la Constitución».²²

Dentro del paradigma del Estado de derecho, principios como el de la separación de poderes, el principio de legalidad, y otros propios del Estado constitucional como el de la supremacía constitucional, la soberanía popular y los derechos humanos o derechos fundamentales, son los indicadores claros de que no existe en la actualidad autoridad con super poderes que se encuentre por sobre los mandatos constitucionales, y están obligados en consecuencia, a respetar los derechos fundamentales y las garantías básicas como herramientas de ejercicio de los primeros.

Toda la teoría de la separación de poderes creada con la finalidad de evitar se concentre la función de la autoridad en un solo órgano del poder público, constituye el fundamento del nuevo orden social y el valor mismo de las fuentes jerárquicas del derecho, que se enmarcan en un sistema normativo.²³

Duguít, autor citado por el doctor Penagos, afirma:

Una vez constituido el poder político, se sabe, de acuerdo con la noción más elemental del derecho, que las órdenes del poder no son legítimas más que en el caso de ser conformes a derecho, y que el empleo de la coacción material por parte del poder no es legítimo más que si está destinado a asegurar la sanción del derecho. Nadie tiene derecho a mandar a los otros: ni un emperador, ni un rey, ni un parlamento, ni una mayoría popular pueden imponer su voluntad como tal; sus actos no pueden imponerse a los gobernados más que en el caso de estar conformes con el derecho. De ahí el problema, a menudo discutido, de saber cuál es el fin del estado, o más exactamente, del poder político. Se resuelve de la manera siguiente: el poder político tiene por fin realizar el derecho; está obligado por este derecho a hacer cuanto pueda por asegurar el reino del derecho. El estado se funda en la fuerza; pero esta fuerza no es legítima más que cuando se ejerce conforme al derecho.²⁴

Si el principio de legalidad, propio del Estado legislativo de derecho como garantía de certeza y de libertad frente a la arbitrariedad, constituye un primer cambio de paradigma en relación a la teoría iusnaturalista del derecho premoderno, la teoría constitucional o mejor aun neoconstitucional, es el nuevo paradigma al que se enfrentan los estados democráticos actualmente.

22. E. García de Enterría y T. Ramón Fernández, *op. cit.*, p. 569.

23. G. Penagos, *Los actos políticos...*, p. 37.

24. *Ibid.*, p. 33-34.

Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadoras del poder público y de las leyes, fuente, límite y vínculo del poder y los derechos fundamentales en general, son la característica fundamental de los nuevos ordenamientos jurídicos.

Es con base en este análisis que el autor Luigi Ferrajoli construiría su propia idea de la democracia constitucional que se funda en un orden democrático, y que sirve de garantía a todos por igual; en suma, unos derechos fundamentales establecidos por las propias Constituciones como los límites y vínculos necesarios del poder público.

Tal como lo dijimos, ningún poder, por democrático que sea, en el paradigma del derecho constitucional o mejor dicho de la democracia constitucional, es ilimitado, pues no existe poder o autoridad con facultades discrecionales absolutas ya que los límites están marcados por los derechos fundamentales.

El mismo Ferrajoli sostendría lo siguiente:

Las Constituciones, en mi opinión, no son pactos suscritos o compartidos por la totalidad del pueblo como expresiones de una supuesta unidad o voluntad, que es en el mejor de los casos una tesis ideológica y en el peor de los casos una afirmación antiliberal; son más bien pactos de no agresión y de solidaridad tanto más necesarios cuanto más política y culturalmente diversos y virtualmente en conflicto sean los sujetos cuya pacífica convivencia se pretende garantizar.²⁵

Frente a aquella posición constitucional y jurídica de que las decisiones de autoridad deben fundarse en un marco jurídico preexistente capaz de no sobrepasar esa línea que constituyen los derechos fundamentales, existen también aquellos actos arbitrarios, ilegales e ilegítimos de autoridad que escudados en una errada percepción de la legitimidad propia de los actos de la administración, fundan sus decisiones consideradas por ellos «legítimas» en verdaderas arbitrariedades y violaciones constitucionales, pretendiendo quedar ausentes o al margen del control propio de un gobierno responsable, democrático y sobre todo constitucional.

Derechos fundamentales y los actos políticos o de Gobierno

Los derechos fundamentales son por definición los derechos humanos constitucionalizados, sobre una base del principio de soberanía popular; son

25. Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Un debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 110.

por lo tanto al mismo tiempo expresión de la naturaleza humana y de la técnica del hombre, esto es, naturales y artificiales.²⁶

Los derechos fundamentales por su sola concepción, merecen un reconocimiento y protección del Estado. Aunque en un principio los derechos fundamentales se los concebía como concesiones de la autoridad, en la actualidad no son más que el corolario de una bien concebida soberanía popular pues tal como lo dice Enrique Pérez Luño «la ley no solo implica un deber, sino también un derecho para el individuo. Se cumplía así el axioma a tenor del cual el hombre solo puede ser libre en un Estado libre, y el Estado solo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres».²⁷

El término derechos fundamentales es un término reciente para un problema antiguo ya que los derechos han existido en el Estado constitucional mucho antes de ser derechos fundamentales y es que las propias Declaraciones (1776 y 1789), constituyen los documentos preconstitucionales a través de los cuales se reconocen y se declaran los derechos.

Estos derechos son naturales indudablemente porque los hombres son iguales y libres por naturaleza, y el Estado, «ente artificial», es el precio que los individuos tienen que pagar para poder disfrutar de aquellos derechos; obviamente, que este precio que implica un tránsito del estado de naturaleza a un estado de derecho tiene que ser beneficioso para los individuos, caso contrario éstos no cederían nada a favor de un ente artificial denominado Estado.

En definitiva, toda la doctrina y sustento teórico de los derechos fundamentales nos indica que ellos están siempre por sobre cualquier consideración de orden político o razón de Estado. Una interpretación que se infiere del propio texto constitucional, pues la primera obligación de este ente artificial llamado Estado es respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley, y por ende, los derechos y principios ahí reconocidos (art. 11, num. 9, de la Constitución).

El ejercicio del poder político (los actos políticos ejecutados por parte del ejecutivo) debe guardar una relación de respeto hacia los derechos fundamentales para el cumplimiento único de su obligación constitucional que es conservar el orden público en su doble aspecto: político y económico; pero ello de ninguna manera le autoriza para lesionar derechos que le son indisponibles²⁸ no solo para él, sino para todos los poderes públicos en general, de lo contrario, el derecho constitucional no sería más que un conjunto formal de procedimientos desprovistos de contenido material.

26. Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons Ed. Jurídicas y Sociales, 2002, 8a. ed., p. 264-265.

27. Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos. Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1999, 6a. ed., p. 213.

28. G. Penagos, *Los actos políticos...*, p. 51.

Gustavo Penagos, en su estudio de los «actos políticos», ha derivado algunos principios que debemos considerar y que tienen su origen en la propia Corte Suprema de Justicia colombiana en su elaborada jurisprudencia, a saber:

- a) La existencia de normas que son intocables por el jefe del Estado, aun en ejercicio de poderes políticos (como por ejemplo, establecer nuevos impuestos en Estado de sitio, o emergencia económica), y
- b) La validez de las normas dictadas por el Gobierno en ejercicio de una potestad política, cuando tengan conexión únicamente con el reestablecimiento del orden público, económico, o político.²⁹

El reconocimiento constitucional de unos derechos fundamentales, así como la existencia de decisiones subjetivas, arbitrarias e ilegales entre las que se pueden encasillar los denominados actos políticos o de gobierno, han llevado al constituyente a establecer garantías extraordinarias de defensa de los derechos dada su jerarquía e importancia en el orden jurídico.

Frente a esta posición constitucional de defensa de los derechos, han subsistido hasta hace no mucho,³⁰ restricciones obsoletas y anacrónicas como aquellas resoluciones de la antigua Corte Suprema de Justicia en torno a la acción de amparo, que en lugar de garantizar y regular efectivamente el ejercicio de los derechos constitucionales, han incluido como óbices del control de constitucionalidad, a los actos políticos o de gobierno y que como se dejó anotado anteriormente, es una categoría de actos que ha sido superada en la actualidad.

La acción de protección como garantía espacialísima de tutela de los derechos fundamentales en el orden jurídico –lo cual no implica subsidiariedad por cuanto no se requiere el agotamiento o la interposición de otros recursos o acciones como requisitos previos a su interposición–, obviamente necesita ser regulada pero no restringida en aras de salvaguardar efectivamente los derechos constitucionales.

Así, la antigua Corte Suprema de Justicia mediante sendas resoluciones, publicada la primera en el RO No. 378, de 27 de julio de 2001, y la segunda en el RO No. 559, de 19 de abril de 2002, en atención a lo dispuesto en el art. 15 de la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial, argumentando precisar el genuino sentido de las normas jurídicas en caso de duda u oscuridad de las leyes, pretendiendo unificar la interpretación y asegurar una co-

29. *Ibid.*, p. 49.

30. Con la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en el RO No. 52-2S, de 22 de octubre de 2009, dentro de las Disposiciones Derogatorias, se derogó –valga la redundancia–, expresamente, ente otras normas, las resoluciones de la antigua Corte Suprema de Justicia referentes a la acción de amparo constitucional así como también la Ley de Control Constitucional y el Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional.

recta aplicación de la Ley de Control Constitucional, en su art. 2 lit. b) determinó lo siguiente: «Art. 2.- Particularmente la acción de amparo no procede y se la rechazará 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».³¹

Si bien entre las facultades de la anterior Corte Suprema de Justicia se incluye el dictar normas interpretativas de la ley con el carácter de general y obligatorio, el problema surgió cuando en uso de esa facultad interpretativa, se dictó la resolución ante dicha, con evidentes vicios de restricción inconstitucional de los derechos, además de incluir algunos puntos de derecho no previstos en la ley de Control Constitucional (norma a la cual la Corte Suprema ejerció su facultad interpretativa), sino en la Constitución misma, al excluir por ejemplo del control de constitucionalidad vía amparo, a los actos políticos o de gobierno, sin tener en consideración que la propia Constitución vigente a esa fecha, la de 1998, era «amplia» en materia de amparo y posibilitaba la impugnación vía amparo constitucional de todos aquellos actos u omisiones ilegítimas de autoridad pública sin restricción alguna.

Rafael Oyarte sostiene lo siguiente:

Si el acto tiene efecto o alcance general, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, no hay mayor dificultad: se encuentra excluido del ámbito de competencia de la acción de amparo. Pero si se excluye este tipo de actos en razón de su contenido, caeríamos nuevamente en un asunto superado hace mucho por el Derecho comparado: el de los actos políticos. Sin hacer mención a la historia de los actos políticos, salvo que fueron en último término señalados por el Consejo de Estado Francés para excluirlos de todo control sin otro fundamento más que el que pueda otorgar la mera arbitrariedad. La doctrina contemporánea de Derecho Administrativo acepta, de modo general, que los actos políticos no son más que actos administrativos.³²

Estas resoluciones de la antigua Corte Suprema de Justicia expuestas líneas atrás, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como reglamentos emitidos por el propio Tribunal Constitucional (Reglamento de Trámite de Expediente del T. C.), constituyeron, sin duda, y anticipándonos a nuestra conclusión final, restricciones a la acción de protección *—si por restricción entendemos limitación inconstitucional al ejercicio pleno de los derechos fundamentales—* en el campo de tan generosa garantía constitucional de los derechos, frente a los abusos y arbitrariedades de los poderes públicos.

31. Resolución de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional publicada en el RO No. 378, de 27 de julio de 2001.

32. R. Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 161.

Finalmente, en nuestra legislación, según el lit. c) del art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no corresponde a dicha jurisdicción: «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública».³³

Al respecto el doctor Juan Carlos Benalcázar expone:

La disposición transcrita –se refiere al art. 6 de la LJCA– es idéntica a la que se contiene en el lit. b) del art. 2 de la Ley española de 1956, incluso en detalles aparentemente intrascendentes, como el de escribir «Gobierno» con mayúscula. En la exposición de motivos de la ley española se resalta que los actos políticos «[...] no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales. Al respecto, es preciso tener presente que en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, se distingue Gobierno de Administración, de tal forma que existe una definición constitucional de sus atribuciones y cometidos, y un régimen jurídico determinado para cada esfera orgánica [...] la verdad es que el concepto de «acto político» o «cuestión política» no es patrimonio del derecho español, dejando aparte el problema de que en Ecuador no se distingue Gobierno de Administración.³⁴

La teoría de los denominados «actos políticos» o «cuestiones políticas» constituye una noción en franco retroceso, limitada a muy pocos casos en la jurisprudencia internacional en virtud de una razón fundamental: toda autoridad se encuentra sometida al derecho, proscribiéndose cualquier tipo de arbitrariedad, y si bien, en algunos casos, estos actos pueden escapar al control de legalidad propio de la jurisdicción contencioso administrativa, siempre queda la posibilidad de poder impugnarlos vía garantías constitucionales.³⁵

ANÁLISIS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN EN TORNO A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LOS ACTOS MATERIA DE IMPUGNACIÓN

Conscientes de que un análisis más detallado de la acción de protección y los actos susceptibles de impugnación, involucra necesariamente un

33. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

34. Juan Carlos Benalcázar, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007, p. 164.

35. *Ibid.*, p. 167-168.

estudio de los requisitos de procedibilidad, así como de los sujetos procesales activo y pasivo, nuestro estudio se enfocará de manera directa, a los actos que pueden ser impugnados vía acción de protección en el texto de la nueva Constitución.

El art. 95 de la Constitución de 1998 determinaba:

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legítimo de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública [...] que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubiere sido realizados por personas que prestan un servicio público o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública [...] También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.³⁶

De la norma constitucional transcrita podemos colegir que la acción de amparo constitucional tal como constaba en el texto constitucional del 98, mantenía como actos susceptibles de impugnación los siguientes:

1. Un acto u omisión ilegítima de autoridad pública.
2. Un acto u omisión realizado por personas que prestan un servicios público o actúan por delegación o concesión de una autoridad pública, y,
3. Actos de particulares, cuando su conducta afecta grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

El art. 88 de la nueva Constitución referente a la acción de protección establece:

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 suponga 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 situación subordinación, indefensión o discriminación.³⁷

36. Constitución Política de la República del Ecuador 1998.

37. Constitución de la República aprobada en referéndum de 28 de septiembre de 2008 y publicada en el RO No. 449, el 20 de octubre de 2008.

La procedencia de la acción de protección en la nueva Constitución está referida entonces a:

1. Actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial,
2. Contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, y
3. 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 situación subordinación, indefensión o discriminación.

Ramiro Ávila, con acierto, ha indicado lo siguiente:

en el amparo, se presenta la acción por las consecuencias de un acto u omisión de «una autoridad pública» y contra particulares cuando se afecte gravemente un interés colectivo, comunitario o difuso. En suma, la responsabilidad es vertical-pública. Cuando se trata de relaciones horizontales, entre iguales, opera el derecho ordinario. En la Constitución del 2008, en cambio, encontramos lo que podríamos llamar responsabilidad vertical pública o privada. No me atrevo a decir que la acción de protección procede por cuestiones relacionadas con responsabilidad horizontal. En realidad, la acción de protección no procede cuando las personas privadas están en condición de igualdad, por ejemplo cuando hay incumplimiento de contratos. La acción procede contra particulares cuando están en relación de poder, uno puede discriminar o está en situación de subordinación o indefensión.³⁸

a) Actos u omisiones de autoridad pública

Para comenzar, recordemos que la Constitución del 98 habla de actos u omisiones ilegítimos de autoridad pública, en tanto que en la nueva Constitución del 2008 se habla más bien de actos u omisiones de autoridad pública *no judicial*.

El concepto *acto de autoridad pública* sin duda es mucho más amplio que el de acto administrativo.

Actos de autoridad pública son, entonces, aquellos provenientes de los diferentes órganos e instituciones que conforman el Estado; es decir, los contemplados en el art. 225 de la Constitución en vigencia, anterior art. 118 de la Constitución de 1998.

En el *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, t. II, publicado por la Corporación de Estudios y Publicaciones, año de 1999, se dice:

38. Ramiro Ávila, «Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos», en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Ruben Martínez, edit., *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 99.

El legislador constituyente dispuso tal norma para poder englobar a la mayor cantidad de actos de la Administración Pública, con el fin de democratizar el ejercicio de la acción de amparo y, aunque el concepto de acto administrativo no se contraponen a este propósito, se pensó tal vez que podría pensarse que los actos administrativos son exclusivos de la Función Ejecutiva, cuando la doctrina moderna ha concluido que ésta no es la única que administra y, por tanto, no es quien tiene el monopolio de la emisión de los actos administrativos.³⁹

Vale destacar que tanto en la Constitución del 98 cuanto en la nueva Constitución, el concepto de *autoridad pública* se mantiene inalterable.

Bajo el criterio del Tribunal Constitucional –órgano supremo de control constitucional en la Constitución de 1998–, se definió a los actos de autoridad pública de la siguiente manera: «el acto de autoridad es la manifestación de voluntad del órgano competente a través del cual se ejerce el poder del Estado, descentralizado en la especie con la finalidad de ocasionar efectos jurídicos en relación de subordinación frente a los gobernados o administrados».⁴⁰

Juan Carlos Benalcázar anota:

La perspectiva que se plantea tiene ya una experiencia válida en el amparo constitucional ecuatoriano, que lejos de ser un proceso impugnatorio de actos administrativos, tiene por fines claramente delineados la defensa de los derechos constitucionales frente a un «acto u omisión ilegítimos» de «una autoridad pública», que viole o pueda violar dichos derechos, como el derecho a la tutela judicial efectiva, no es sino una muestra del actual crisis del proceso contencioso administrativo ecuatoriano, que debería cumplir la misma misión del amparo en materias que impliquen estrictamente legalidad, sin dejar sectores inmunes al control jurisdiccional.⁴¹

El criterio adoptado en la norma constitucional del 2008 es mucho más claro en materia de acción de protección: primero, al permitir su impugnación a todos los actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, sin que se pueda derivar una interpretación que restrinja su procedibilidad solamente a los actos administrativos de la función ejecutiva dado el sinnúmero de actos que el Estado puede generar y con ello violentar derechos fundamentales; y segundo, eliminando la característica de la ilegitimidad vigente hasta la carta Constitucional de 1998.

39. Corporación de Estudios y Publicaciones, *Prontuario de resoluciones del Tribunal Constitucional –Acción de amparo–*, t. II, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. XII-XIII.

40. *Ibid.*, p. XIII.

41. J. C. Benalcázar, *op. cit.*, p. 73.

La ilegitimidad entonces, debe ser mirada desde una visión más integradora, es decir desde un contexto de lo justo, de lo ético, desde un sentido colectivo, pues lo ilegítimo, contraría el sentido de la justicia, de la equidad.⁴² Así, es lógico pensar que la nueva Constitución camina por este sendero, terminando con aquellas posiciones restrictivas de considerar ilegítimo solamente a aquellos actos en los cuales ha intervenido una autoridad que no es competente, cuando no se la ha expedido con las solemnidades sustanciales, o cuando dicho actuar no se encuentra suficientemente motivado o razonado⁴³ y que si bien es amplia, pues no se limita al análisis de competencia, sino del objeto, forma y contenido, existen consideraciones acertadas de ilegitimidad más allá de estas categorías, como por ejemplo, las que tienen que ver con la equidad, con la ética, la justicia, etc., propias de un Estado constitucional de derechos y de justicia.⁴⁴

Necesario es indicar que el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de los actos administrativos en la práctica ecuatoriana han permitido concebir a los procesos constitucionales como una suerte de «procesos contenciosos administrativos especiales» dada la indebida comprensión del ámbito material aplicable a cada institución jurídica, desembocando en el abuso de las garantías constitucionales.⁴⁵

El doctor Benalcázar resalta que:

La diferencia entre asuntos de legalidad y asuntos de constitucionalidad puede resultar muy simple de definir: resulta de la apreciación jurídica de la fuente de Derecho que directa e inmediatamente es aplicable al caso y que debe regularlo, además de la jerarquía normativa que tiene el precepto dentro del ordenamiento jurídico. En los procesos contenciosos administrativos se juzga el asunto principalmente según las disposiciones de las normas infra constitucionales –legales o reglamentarias– que fueren aplicables al caso, mientras que en los procesos constitucionales la pauta principal de juzgamiento son las normas constitucionales.⁴⁶

Además, es necesario tener presente que, una cosa es el análisis de legalidad dentro del cual necesariamente se haya implícito el tema de la legitimidad ya que lo ilegal es siempre ilegítimo, y otro muy distinto, es el de la

42. Berenice Pólit Montes de Oca, *El amparo constitucional su aplicación y límites*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 71.

43. Ref. resoluciones de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional.

44. El art. 1 de la Constitución dice: «El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia».

45. J. C. Benalcázar, *op. cit.*, p. 98.

46. *Ibid.*, p. 99.

constitucionalidad, en donde no necesariamente aparece el tema de la ilegalidad y en consecuencia el de la ilegitimidad.

No podemos pasar por alto que las supuestas «regulaciones» incluidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el art. 40, inherentes a los requisitos de procedibilidad no hacen sino crear confusión y una restricción inconstitucional a la acción de protección.

La inclusión, como un requisito de procedibilidad contenido en el art. 40, num. 3, en el sentido de que: «la acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: [...] 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado», no hace sino restringir y residualizar la aplicación de la garantía jurisdiccional de acción de protección. Al respecto, no debemos olvidar que la Constitución en su art. 88 exige única y exclusivamente la concurrencia de dos requisitos: i) la existencia de un acto u omisión de autoridad pública no judicial o de un particular en los casos anteriormente descritos; y, ii) la violación de un derecho de rango constitucional; por lo que, cualquier «regulación» –(entiéndase restricción)–, conforme una interpretación sistemática de la Constitución, en aplicación del art. 11, num. 3, 4 y 5, es simplemente impracticable.

b) 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 situación de subordinación, indefensión o discriminación

La nueva Constitución recoge también estos enunciados previstos ya de alguna manera en la Constitución de 1998, cuando posibilita la impugnación vía acción de protección en contra de particulares cuando concurren cualesquiera de las siguientes circunstancias: *1) si la violación del derecho provoca daño grave; 2) si presta servicios públicos impropios; 3) si actúa por delegación o concesión; 4) si la persona afectada se encuentra en situación subordinación, indefensión o discriminación.*

Efectivamente no solo el Estado se ha constituido en fuente de violación de los derechos fundamentales; los particulares, hoy día, también pueden y de hecho violan derechos constitucionales cuando están de por medio, generalmente, relaciones de poder y de subordinación, por ello, la inclusión ampliatoria de la norma constitucional inherente a la posibilidad de poder accionar en contra de los particulares en algunas circunstancias es altamente positivo.

1. Respecto al daño grave, la Constitución de 1998 contemplaba ya como requisito de procedibilidad del amparo constitucional la gravedad del daño. Ahora la exigencia de la gravedad se presenta solamente cuando

el acto materia de impugnación proviene de un particular, y ya no como un requisito de procedibilidad de la acción.

Esta gravedad del daño nos parece imprecisa dada la subjetividad que representa, pues hasta el momento ni siquiera el anterior Tribunal Constitucional supo determinar de manera categórica cuándo existe un daño grave, más aún si consideramos que la mera vulneración de un derecho fundamental de por sí implica un daño grave. Mas allá de lo manifestado, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional –en adelante LOGJCC– cuando se refiere a las medidas cautelares contenidas en el texto constitucional, en su art. 27, inc. 2o., nos dice que la gravedad se produce cuando se puede ocasionar un daño irreversible o, en su defecto, por la intensidad o frecuencia de la violación generada.

Un daño grave se produce cuando los efectos del acto emanado de autoridad son cuantiosos, gravosos, grandes o casi permanentes; descartando de esta manera aquellas meras expectativas del daño o cuestiones propias de legalidad no inherentes a la justicia constitucional, sino más bien a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Rafael Oyarte cuando se refiere a una de las resoluciones del Tribunal Constitucional en torno al daño grave, manifiesta: «la gravedad para efectos del amparo debe tener como fuente la violación de derechos fundamentales y no la simple vulneración de la legalidad».⁴⁷

2. La Constitución de 1998 posibilitaba la interposición de la acción de amparo si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que prestan servicios públicos impropios.

El nuevo texto constitucional es más preciso al respecto, cuando posibilita la interposición de la acción de protección frente a violaciones provenientes de un particular que preste servicios públicos impropios. A diferencia de los servicios públicos prestados a través de los procesos de concesión o delegación (denominados servicios públicos propios indirectos), y que también son susceptibles de impugnación vía acción de protección, existen necesidades colectivas que son satisfechas por los particulares, cuyas prestaciones constituyen verdaderos servicios.

La diferencia radica en que para el caso de los servicios públicos propios el Estado es quien los presta directamente o indirectamente por medio de los concesionarios o delegatarios; y en los en los servicios públicos impropios el Estado tan solo los reglamenta.

Procede en estos supuestos la acción de protección destinada a tutelar derechos sociales o «del buen vivir» como la salud, la educación, la

47. R. Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 126.

vivienda, la seguridad social, etc. (servicios prestados en muchos de los casos bajo la denominación de servicios públicos impropios).

Esta posibilidad de impugnación también es altamente provechosa ya que la mayoría de los servicios públicos se encuentra estrechamente vinculados a los derechos fundamentales por lo que no podrían escapar al control por parte del Estado.⁴⁸

Vale la pena recalcar que para estos casos, el amparo o acción de protección debe referirse a actos u omisiones relacionadas directamente con la prestación del servicio público impropio.

3. En lo referente a la actuación de los particulares que actúan por delegación o concesión, la norma constitucional del 2008 se mantiene inalterable como en la Constitución de 1998.

Bajo la teoría de que la administración pública no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de que es titular, se recurrió a la técnica de la concesión y la delegación en virtud de la cual se entrega a manos privadas la gestión de un determinado servicio público, conservando el Estado la titularidad última del servicio.

Como nos dicen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández:

El ejercicio por el concesionario de las potestades de la policía delegadas se traduce en actos (imposición de multas, por ejemplo, al usuario que infringe los reglamentos del servicio) cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la Administración delegante. Se trata, pues, de verdaderos actos administrativos, en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública como delegado suyo.⁴⁹

El acto de un concesionario o delegatario de una autoridad pública es violatorio de derechos fundamentales, cuando excede de las atribuciones concedidas o delegadas, toda vez que el concesionario o el delegatario ejercen potestad administrativa a la hora de practicar las facultades concedidas o delegadas por el Estado.

4. Para el caso de la persona afectada cuando se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación, la norma constitucional no es clara al respecto, quedando en consecuencia como tarea de la nueva Corte constitucional desarrollar el contenido de los derechos⁵⁰ así

48. David Cordero Heredia, «¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección», en *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009, p. 251.

49. E. García de Enterría y T. Ramón Fernández, *op. cit.*, p. 40.

50. Según el art. 11, num. 8 de la Constitución, el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, en con-

como determinar el alcance de dichas expresiones, sin que se produzca restricción o limitación del derecho constitucional; caso contrario, se vulneraría la propia supremacía constitucional postergándola como cuerpo normativo de aplicación directa y eficaz frente a cualquier acto u omisión violatoria de los derechos constitucionales.

En lo referente a la discriminación podemos determinar que acorde a la norma constitucional que garantiza la igualdad ante la ley —una igualdad no solamente formal, sino material que permita tratamientos diferenciados justificados a través de un test de razonabilidad, pues no todo trato idéntico es siempre equitativo (igualitario-justo), ni todo trato diferente es siempre discriminatorio⁵¹, no se podrá establecer tratos discriminatorios en razón del sexo, condición social o económica, edad, religión, filiación política, etc., de lo contrario, cabría la interposición de esta acción de protección en contra de particulares siempre que se vulneren derechos constitucionales y se conjugue alguna de las situaciones discriminación descritas con anterioridad.

Manifestaciones sexistas, homofóbicas, xenofóbicas y otras más discriminatorias son claros ejemplos en donde se puede ejercer con efectividad una acción de protección de los derechos fundamentales y que en el pasado por el simple hecho de concurrir de manera simultánea un acto ilegítimo, grave e inminente, simplemente no podían ser susceptibles de control constitucional.

La procedencia de la acción de protección en contra de particulares sin duda procede cuando están en juego relaciones de poder en donde se puede discriminar o se encuentra en estado de subordinación que producen indefensión. No se trata de una protección a nivel de relaciones horizontales o entre iguales, sino más bien de una necesaria inclusión que nos obliga a diferenciar claramente lo que debemos entender por derechos patrimoniales o derechos ordinarios y derechos fundamentales o constitucionales, susceptibles de protección en situaciones reales, que bajo la vigencia de la anterior acción de amparo quedaban ausentes del control de constitucionalidad produciendo una violación sistemática de derechos.

secuencia el Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

51. Judith Salgado Álvarez, «El reto de tomarnos en serio el estado social de derecho», en *Foro: Revista de Derecho*, No. 7, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 22, nos indica que el teste de razonabilidad consiste en la aplicación de los siguientes elementos: i) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato diferente, ii) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; iii) la razonabilidad del trato diferente y la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

c) Contra políticas públicas cuando suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales

Podemos decir que las políticas públicas son las acciones de gobierno, es el gobierno en acción, que busca cómo dar respuestas a las diversas demandas de la sociedad. Se las puede entender también como uso estratégico de recursos para aliviar los problemas nacionales.⁵² Es el «conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos».⁵³

Con el crecimiento del Estado y de las tareas que éste poco a poco va asumiendo como suyas, se pasa del Estado gendarme o Estado liberal, donde sus atribuciones básicas eran las de policía y de defensa, al Estado actual donde sus funciones son de mayor envergadura. Surgen en consecuencia nuevas demandas y necesidades que el Estado necesita hacer frente en aras de asegurar un equilibrio de las relaciones sociales de los que más poseen en perjuicio y protección de los que menos poseen con lo cual, comienza el mismo a captar grandes cantidades de dinero (en su mayoría originado de los impuestos), por parte de los ciudadanos, y los regresa a ellos en forma de programas y servicios que van en beneficio de estos. Es así como a través de estos programas y servicios sociales surgen las políticas públicas; sin embargo, la adopción de una determinada política supone una multiplicidad de actuaciones que se desarrollan de acuerdo con un marco de referencia preestablecido.

En conclusión, todo el análisis de las políticas públicas tienen un fin concreto: plasmar la concreción de un determinado plan de gobierno de una determinada tendencia, se supone en beneficio del interés general, teniendo un marco referencial preestablecido, un marco constitucional de los derechos como límite.

Con el rango constitucional otorgado a las políticas públicas dentro del nuevo texto constitucional⁵⁴ lo que se obtiene es limitar constitucionalmente un ámbito de acción considerado tradicionalmente discrecional,⁵⁵ por lo que serán admisibles única y exclusivamente aquellas políticas que promuevan y potencien la vigencia de los derechos, y, como correlato, serán inconstitucionales y sujetas al control vía acción de protección todas aquellas políticas regresivas, injustificadas que transgredan derechos fundamentales, sea que pro-

52. <<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/021104144006.html>>.

53. *Ibid.*

54. Art. 280 de la Constitución.

55. Ramiro Ávila, «Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano», en *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 568.

vengan del legislativo (a través de leyes); o del ejecutivo a través de los denominados actos administrativos.

Pero ¿Qué sucedería si por ejemplo, a pretexto de una declaratoria de emergencia nacional, o sea un «acto político o de gobierno» (en definitiva una política pública), se violan derechos fundamentales?, ¿Hasta dónde pueden llegar estas políticas públicas y cual es el papel de la justicia constitucional?, ¿Cuáles son los límites constitucionales de estos actos políticos?

Existen circunstancias particulares en donde la adopción de una determinada política pública ejecutada a través de actos políticos o de gobierno y su relación con los derechos fundamentales se vuelve más compleja.

Esta posible tensión –políticas públicas versus derechos fundamentales–, se las puede identificar claramente en dos circunstancias particulares que ha nuestro criterio merecen ser destacadas: a) los estados de emergencia decretados por el ejecutivo y b) las relaciones internacionales.

i) *Estados de emergencia, política pública y derechos fundamentales*

En su doble acepción, los estados excepción tiene una doble acepción; una referida a la violación y contravención absoluta del ordenamiento jurídico por parte de un gobierno de facto; y otra referida, a una «intromisión» constitucional del gobierno en el orden jurídico de un Estado bajo situaciones jurídicas extraordinarias que se funda en ciertas características o principios básicas como la necesidad, legalidad, la proporcionalidad, la razonabilidad, la temporalidad y la territorialidad que tiene como fin único, paradójicamente, el respeto a los derechos, la vigencia de un orden democrático y la preservación de sus instituciones democráticas.⁵⁶

Supongamos que un determinado gobierno hecha mano de un estado de emergencia o estado de excepción (art. 164 de la Constitución); figura constitucional pero, como decisión política, viola derechos fundamentales. El análisis es el siguiente:

Consideramos en primer lugar que el gobierno en estricto sentido, «el jefe de Estado» y sus decisiones siempre están sometidos a un régimen de derecho vigente en el cual existen normas jurídicas esenciales de orden público –normas de rango constitucional– o imperativos categóricos, para usar una expresión de Carlos Gaviria cuando cita a Kant,⁵⁷ que bajo ninguna circunstancia, aun en un estado de emergencia o excepción pueden suspenderse. Pero también pueden estar inmersas en esta relación, normas jurídicas no esencia-

56. Véase en <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/INS.pdf>>.

57. Carlos Gaviria, «El estado social de derecho y la presión política por el cambio», en *Foro: Revista de Derecho*, No. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007, p. 13.

les llamadas también instrumentales, que sí pueden en determinado momento llegar a suspenderse o limitarse siempre que las medidas que se adopten como políticas públicas a través de actos políticos, sirvan para reestablecer el orden jurídico perturbado o en trance.

Estos imperativos categóricos son indisponibles para todos los poderes públicos, aun para el ejecutivo, y bajo ninguna circunstancia o justificación, ni aun en estado de emergencia, podrían limitarse, peor aún suspenderse alegando un acto político o de gobierno de por medio, como por ejemplo, principios constitucionales como la prohibición de la detención por deudas, el hecho de que nadie podría ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes, la prohibición de la pena de muerte, prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, principios como el *non bis in idem*, etc.

En el otro extremo, claramente podemos encontrar como normas susceptibles de limitación o suspensión, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, previstos en el art. 165, num. 1 de la Constitución. Nótese entonces que el ámbito de limitación de los derechos es específico, taxativo, enumerativo, no abierto a consideraciones personales sin que pueda extenderse esta limitación más allá de aquellos derechos.

Esta suspensión en el ejercicio de determinados derechos se justifica única y exclusivamente en un régimen de excepción, cuando el fin buscado representa una satisfacción mayor al derecho sacrificado.

Normalmente, en los estados de emergencia o también llamados estados de excepción decretados por el ejecutivo, se supone que el fin buscado es reestablecer un orden jurídico trastocado.

A pesar de que las declaratorias de emergencia constituyen verdaderos actos político o de gobierno, son susceptibles de ser controlados constitucionalmente en tanto afecten y restrinjan la vigencia de ciertos derechos fundamentales.

El control al que hemos hecho mención en la nueva Constitución, le está atribuido de manera directa a la Corte constitucional, organismo que deberá efectuar, de oficio y de modo inmediato, el control de constitucionalidad de los estados de excepción (art. 436, num. 1, de la Constitución); aun cuando dicho control se restringe al control de los decretos que declaran el estado de excepción y no a los que se dictan con fundamento en esta declaratoria;⁵⁸ sin embargo, la acción de protección puede resultar un mecanismo interesan-

58. Claudia Escobar García, «Del tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?», en Ramiro Ávila, edit., *La Constitución de 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 330.

te de defensa de los derechos constitucionales cuando estos sufran una limitación o restricción inconstitucional.

Se prevé, además, en nuestro texto constitucional otra forma de control, en este caso institucional, tal como lo contempla el mandato contenido en el art. 166, num. 1, de la Constitución, que faculta a la Asamblea Nacional a revocar el decreto en cualquier tiempo si las circunstancias lo justifican y sin perjuicio del análisis constitucional que al respecto pueda realizar la Corte constitucional.

No debemos olvidar que las acciones constitucionales, así como las facultades de la Corte constitucional en la nueva Constitución, y las propias garantías jurisdiccionales de defensa de los derechos como la acción de protección, coinciden en el fin último de su creación, que es la vigencia suprema de la Constitución y de los mandatos en ella contenidos.

Julio César Trujillo refiriéndose a las garantías constitucionales nos dice:

Estos mecanismos, cuya finalidad específica es la tutela de los derechos de la persona, reciben el nombre genérico de garantías, se revisten de características especiales, pero no dejan de ser, al mismo tiempo, mecanismo de protección de la supremacía de la Constitución, ya que la violación de los derechos en ella garantizados entraña violación de la Constitución.⁵⁹

Si, como lo enunciáramos en un inicio, el poder político está limitado por el derecho y, por ende, la fuerza de los actos políticos deriva de su adecuación al derecho, no existe fundamento racional que impida un control de constitucionalidad sobre dichos actos.

ii) *Los tratados internacionales, actos políticos y derechos fundamentales*

En primer lugar debemos manifestar que un tratado de derecho internacional público es la manifestación de una voluntad concordante, con fines jurídicos, celebrado entre dos o varios Estados, con el objeto de crear, modificar o extinguir derechos y deberes.⁶⁰

Los tratados internacionales son considerados verdaderos actos políticos ejecutados por el ejecutivo, porque la misma Constitución ha depositado en aquel no solo la competencia para negociarlos, sino la plenitud de la soberanía para comprometer y obligar al país; sin embargo, las preguntas que surgen son las siguientes: ¿Si un tratado se celebra violando la normatividad constitucional, podría ser demandado ante la jurisdicción interna del país suscriptor? ¿Son susceptibles de ser controladas constitucionalmente la celebración y suscripción de los tratados internacionales?

59. J. C. Trujillo, *op. cit.*, p. 247.

60. G. Penagos, *Los actos políticos...*, p. 143.

Creemos que si el tratado lesiona normas constitucionales, en consecuencia adolece de vicio de nulidad y puede ser declarado nulo no por un órgano jurisdiccional interno pero sí por un órgano internacional. No se trata de desconocer la soberanía de las partes contratantes, ni la legislación de otros países, sino que estamos en presencia de un fenómeno jurídico evidente; un tratado viciado de nulidad que viola normas nacionales que son expresión de la soberanía popular.

Podría decirse que una decisión jurisdiccional en materia de tratados internacionales sería discutida en otros países; no obstante, si el tratado viola norma constitucionales de uno de los países suscriptores, se debe tener en cuenta que jurídicamente las partes contratantes se obligan a respetar las respectivas legislaciones internas, y si ello no sucede, se colige que el tratado no ha nacido válidamente a la vida jurídica y por lo mismo es nulo.

Otra cosa muy distinta es aquella contenida en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, pues frente al incumplimiento, se puede obligar al Estado transgresor de esta norma, a la observancia y cumplimiento del tratado, no así frente a una violación de orden constitucional que dio origen a un tratado nulo.

Es necesario recalcar que nuestra Constitución en vigencia establece que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución con la inclusión adicional de la aplicación de los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta (art. 417).

Por otro lado, si tenemos presente que la Constitución –norma suprema del Estado– que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico interno, cede frente a una de derecho internacional –tratado internacional– en aplicación del principio pro ser humano, no encontramos la razón para que estos mismos tratados no tengan por qué ceder frente a la propia Constitución cuando en ella se reconozcan derechos más favorables a los contenidos en dichos tratado; más si tenemos presente que, en aplicación del art. 426 de la propia Constitución, las juezas y jueces, autoridades administrativa y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente y de manera disyuntiva las normas constitucionales o internacionales de derechos humanos aunque las partes no las invoquen, en aplicación del principio de aplicación preferente como una derivación del principio *pro homine*, recogido también en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶¹

61. Eduardo Ferrer Mag-Gregor, *Interpretación constitucional*, t. I, México, Puruá, 2005, p. 330.

La opción anotada, no es más que la consecuencia de la supremacía constitucional en el orden jurídico interno y sobre todo una vigencia real y material de los derechos fundamentales, más aún, si con la vigencia de la actual Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos gozan de un rango constitucional, o han sido equiparados a nivel constitucional; no así lo referido a los tratados que se ocupan de otras materias, como por ejemplo los tratados internacionales en materia comercial, tributaria, empresarial, etc.

Afortunadamente la Constitución en vigencia, al igual que la del 98, establece un mecanismo previo de control de constitucionalidad en cuanto a tratados internacionales se refiere antes del respectivo canje de ratificaciones, y previo a la aprobación definitiva, lo cual facilitaría de alguna manera el hecho de que se pudiera ejercer un control de constitucionalidad, pues el informe de la Corte constitucional es previo a la aprobación del respectivo tratado (art. 438 de la Constitución).

Esta posición no busca someter a otros países a las decisiones de un Estado, sino enjuiciar de una manera jurídica únicamente los tratados internacionales aprobados con evidentes vicios inconstitucionales y superar la inmunidad jurisdiccional persistente en esta materia, toda vez que pueden estar en juego derechos fundamentales que no pueden ser sacrificados a pretexto de cumplir el Estado sus obligaciones de carácter internacional.

Finalmente, la nueva Constitución consagra en su capítulo segundo de los derechos del buen vivir, el derecho al agua, alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social, los mismos que constituyen verdaderas políticas públicas capaces de ser judicializadas vía acción de protección sin que pueda invocarse siquiera por parte de la autoridad pública accionada que se trata de propuestas, planes de desarrollo, derechos de concreción progresiva, peor aún actos políticos o de gobierno inmunes al control.

El hecho de que se contemple la posibilidad de poder accionar vía acción de protección en contra de políticas públicas, implica que las diferentes autoridades en ejercicio de la función administrativa, en ningún momento puedan atentar siquiera contra la vigencia material de los derechos fundamentales so pena de ser llamadas a comparecer ante los jueces constitucionales para que justifiquen el porqué de sus actuaciones.

En un Estado constitucional, las políticas públicas son mecanismos de garantía de los derechos y no al revés, o sea mecanismos de vulneración y trasgresión de los mismos.

Para concluir, debemos manifestar que la limitación en materia de amparo –hoy acción protección–, que no solo se encontraba prevista en aquellas resoluciones de la Corte Suprema, sino en la propia Constitución de 1998,

prevaleció la teoría de los derechos subjetivos al permitir que «cualquier persona por sus propios derechos»⁶² pueda interponer una acción de amparo, en tanto que la Constitución 2008 fue más amplia al garantizar que los derechos se podrán promover en forma individual o colectiva permitiendo de esta manera que cualquier persona grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad puedan intentar una acción constitucional,⁶³ puesto que al Estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuándo hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias contra los derechos.⁶⁴

62. Art. 95, Constitución Política de 1998.

63. Art. 86, Constitución de la República de 2008.

64. Ramiro Ávila, «Los principios de aplicación de los derechos», en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 47.

CAPÍTULO II

La acción de amparo constitucional- acción de protección y los actos normativos

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS ACTOS NORMATIVOS

Algunos autores consideran que los actos administrativos constituyen la generalidad y, en consecuencia, los actos normativos no son más que una especie de actos administrativos con contenido general. Así, el doctor Rafael Oyarte, cuando se refiere a los decretos ejecutivos como normas válidas dentro del ordenamiento jurídico, dice:

Respecto a los decretos ejecutivos se debe tener presente que bajo esta categoría se expiden tanto actos normativos (reglamentos, por ejemplo) como actos administrativos (nombramientos, destituciones, remociones, ascensos, bajas, etcétera) [...] se deben considerar las características de los actos normativos que los distinguen de los actos administrativos, tendiendo presente, en primer lugar, que el acto normativo es la declaración de voluntad de órgano del poder público competente, que se manifiesta en la forma prevista por la Constitución, que contiene disposiciones que mandan, prohíben o permiten, cuyos preceptos tienen carácter de obligatoriedad general, mientras que en el acto administrativo es la declaración de voluntad unilateral de la administración la que ocasiona efectos jurídicos particulares y en forma directa (crea, modifica o extingue situaciones jurídicas individuales).⁶⁵

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ha definido lo que hemos de entender por actos administrativos y actos normativos cuando dice: «Art. 65.- Acto administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa», en tanto que, el «Art. 80.- Acto normativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria».⁶⁶

65. Rafael Oyarte Martínez, «La acción de inconstitucionalidad de actos normativos» en *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, p. 19.

66. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Vale mencionar, al respecto, que la actual Constitución, al igual que la de 1998, reconoce que la potestad reglamentaria no corresponde solamente al Presidente de la República (art. 147, num. 13), sino a todo órgano del poder público al cual se le haya conferido esta atribución mediante ley, siempre que no se altere o innove las disposiciones legales a las cuales se reglamenta (art. 132, num. 6, de la Constitución).

Tanto los actos administrativos como los actos normativos son actos de autoridad pero que se diferencian en algunas circunstancias particulares que las resumimos de la siguiente manera:⁶⁷

- a) El acto normativo goza de una característica de generalidad, es decir, se imputa a todos los sujetos cuya conducta se acopla al supuesto de hecho previsto en la norma, en tanto que el acto administrativo se aplica de manera exclusiva a unos destinatarios en particular sin afectar a la generalidad;
- b) El acto normativo goza, además, de una característica de abstracción; al contrario de los actos administrativos, cuya concreción es su característica fundamental;
- c) El acto normativo es «permanente», estable en el tiempo; es decir, no se agota con su cumplimiento ni pierde su vigencia por su incumplimiento; en tanto que los actos administrativos conllevan una declaración precisa que se agota en sí misma cuando se aplica a una situación en particular, y
- d) El acto normativo carece de una condición de ejecutoriedad propia de los actos administrativos, es decir, solo si se cumplen los presupuestos previstos en la norma, las consecuencias jurídicas serán eficaces para los actos normativos, mientras que la ejecutoriedad es directa para los actos de contenido administrativo.

Los actos normativos, son normas generales y abstractas creadoras de normas jurídicas, pues no se refieren a una situación jurídica en especial o concreta. Así, las normas jurídicas se estructuran de acuerdo con la siguiente fórmula: Si «A» entonces deber ser «B» para «C», donde: «A» es el supuesto de imputación, que a su vez obliga a la producción de «B» y «C» es el fin que la administración debe perseguir en su actuación.

Si el acto se refiere a una categoría de sujetos X, sin determinar de manera específica a qué tipo de sujetos se refiere en concreto, nos encontramos entonces frente a una norma general (un acto normativo), mas por el contrario, si el acto determina de manera específica el sujeto al cual esta dirigido el acto, estamos frente a uno de carácter particular o individual (acto administra-

67. R. Oyarte Martínez, *La acción...*, p. 150.

tivo),⁶⁸ puesto que si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente, sustituirían a los actos de la administración y a las sentencias de los jueces; de ahí la característica de la generalidad y la abstracción como garantía de imparcialidad.⁶⁹

Tal como lo expone Juan Carlos Benalcázar, es de tener presente que el acto normativo (general y abstracto) se opone a la consideración de actos administrativos concretos cuyas consecuencias deben surgir directa e inmediatamente del acto mismo. Así, cuando hablamos de un asunto particular, nos referimos a lo singular y determinado del asunto y sus consecuencias jurídicas, sin que se refiera necesariamente al número de destinatarios.

Más allá de lo manifestado, tanto los actos administrativos como los actos normativos son obligatorios y su cumplimiento no depende de la voluntad de los administrados como destinatarios del acto.⁷⁰

Acto administrativo	Acto normativo
<ul style="list-style-type: none"> • Efectos particulares • Concreto • Se agotan con su cumplimiento • Gozan de ejecutoriedad 	<ul style="list-style-type: none"> • Efectos generales • Abstracto • Es permanente • Carecen de una condición de ejecutoriedad

* Tanto los actos administrativos como los actos normativos son obligatorios.

En la doctrina mucho se ha discutido sobre la procedencia o no de la acción de amparo constitucional o acción de protección en torno a los actos normativos; no obstante, en nuestra legislación el criterio se ha orientado a distinguir que para la impugnación de actos normativos tales como leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos y resoluciones de carácter general o erga omnes, lo procedente e idóneo es la acción de inconstitucionalidad prevista en el art. 436, num. 2, de la Constitución actual.

En materia de amparo o protección, existen algunas circunstancias que se han expuesto frecuentemente, y que sirven de fundamento para negar esta garantía constitucional cuando de actos normativos se trata.

Se ha sostenido que para que proceda la acción de amparo o protección como garantía de los derechos constitucionales, es necesario que se afecte directamente a una persona, grupo de personas, situación que no ocurriría con la sola expedición de una norma con un contenido general y abstracto (acto

68. Rubén Flores Dapkevicius, *Amparo, hábeas corpus y hábeas data*, Montevideo, Euros, 2004, p. 169.

69. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 29.

70. R. Oyarte Martínez, *La acción...*, p. 151.

normativo); por otro lado, se dice que la resolución que concede el amparo únicamente favorece a quien la solicita debiendo en consecuencia seguirse aplicando la norma con contenido general para quienes no hubieren interpuesto estas acciones, lo que ocasionaría a la postre una situación de desigualdad y en definitiva de vulneración de los derechos; y finalmente, como corolario de lo anterior, se ha indicado que si de algún modo se produjere una suspensión del acto normativo, esto ocasionaría inseguridad jurídica para todos quienes están sujetos a dicho instrumento.

Al igual que los actos políticos o de gobierno la antigua Corte Suprema de Justicia, manifestó en sus resoluciones que la acción de amparo, era improcedente cuando se la interponía respecto de actos normativos de carácter general o *erga omnes* tales como leyes orgánicas, ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones de obligatoriedad general, ya que para suspender sus efectos por violación de la Constitución en el fondo o en la forma, cabe la acción de inconstitucionalidad que debía intentarse ante el Tribunal Constitucional.⁷¹ De la misma manera, con el derogado Reglamento de Trámite de Expedientes expedido por el antiguo Tribunal Constitucional, se preveía que la acción de amparo debería ser rechazada siempre que se la interpusiera respecto de actos normativos con contenido general o *erga omnes*.⁷²

Si bien es la propia norma suprema la que ha establecido un mecanismo autónomo de impugnación cuando se considere existe un acto normativo con contenido general que violenta la Constitución en el fondo o en la forma, y aun cuando la acción de protección o en su momento el amparo constitucional no puede o podía reemplazar los procedimientos instituidos por el propio ordenamiento jurídico, debiendo primar la armonía, correspondencia y coherencia entre todas las normas y principios constitucionales, esta interpretación de la Corte Suprema y la propia del Tribunal Constitucional, en el punto específico de los actos normativos, fue entendida, interpretada y aplicada de modo restrictivo, limitativo e inconstitucional respecto de los derechos fundamentales; primero, porque en su momento no solo que transgredió la norma constitucional del art. 18 de la carta magna de 1998, sino que al amparo del art. 11, num. 4, de la Constitución en vigencia en virtud del cual, ninguna norma jurídica, peor aun una resolución o reglamento podrían restringir una garantía o principio constitucional, volviéndose inconstitucional cualquier restricción; y, segundo, porque dicha regulación fue entendida de manera errónea aplicándola inclusive frente a actos de aplicación o ejecución de una ley, lo cual es incorrecto, inconstitucional, restrictivo y violatorio de los derechos fundamentales, puesto que en este caso –acto de aplicación de una ley– esta-

71. Resolución de la Corte Suprema, en el RO No. 378, de 27 de julio de 2001.

72. Reglamento de Trámite de Expedientes, en el RO No. 492, de 11 de enero de 2002.

ríamos frente a un acto en concreto que puede violar derechos fundamentales, con lo cual se justificaría plenamente la interposición de una acción de protección en estos casos.

La Constitución en vigencia en su art. 436, num. 2, dice: «La Corte constitucional ejercerá, además de las que le confiere la ley, las siguientes atribuciones: [...] 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos, autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado», no obstante nos preguntamos ¿acaso la acción pública de inconstitucionalidad prevista en la Constitución constituye un mecanismo inmediato de protección de los derechos fundamentales frente a la aplicación de un acto normativo violatorio de dichos derechos?

En los actuales momentos podríamos decir que la acción pública de inconstitucionalidad de alguna manera cumple con este objetivo y con el estándar internacional de garantía prevista en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantiza un recurso ágil, sencillo, a diferencia de lo que sucedía con la anterior Constitución de 1998, en donde la demanda de inconstitucionalidad de un acto normativo implicaba un procedimiento un tanto «complicado» al establecer como legitimados activos solo a ciertas personas o instituciones bajo el cumplimiento de unos requisitos previos.

Con la vigencia de la nueva Constitución, la acción de inconstitucionalidad de un acto normativo, al igual que la acción de protección, como mecanismos de tutela constitucional, posibilitan un proceso ágil de impugnación desde el momento mismo en que faculta la interposición de estas acciones a cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente procurando el resarcimiento del derecho de la forma más efectiva; no obstante, no debemos olvidar que los procesos de inconstitucionalidad de las leyes son un remedio referido exclusivamente a asegurar la primacía de la Constitución. Se trata de una protección objetiva constitucional y no de una protección directa de un derecho fundamental como el amparo o protección, razón por la cual, inclusive, con las solas características de generalidad y de abstracción que reciben los actos normativos, no es absoluto y válido el criterio para distinguir si en efecto lo que cabe es una acción de protección o una acción de inconstitucionalidad ya que solo la violación de un derecho fundamental habilita la acción de protección en tanto que, la violación a un precepto constitucional que no constituya violación de un derecho, habilita la acción de inconstitucionalidad.

Cuadro comparativo de Constituciones 1998-2008

Constitución de 1998	Constitución de 2008
<ul style="list-style-type: none"> • Acción de amparo constitucional: Acción cautelar destinada a cesar, evitar o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítima de autoridad pública que pueda provocar un daño grave e inminente. • Acción de inconstitucionalidad de actos normativos y de actos administrativos: Corresponde al Presidente, Congreso Nacional, Corte Suprema, consejos provinciales, concejos municipales, mil ciudadanos, y cualquier ciudadano previo informe del Defensor del Pueblo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Acción de protección: Acción cuyo objeto es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales por actos u omisiones de autoridad pública no judicial. • Acción de inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general: Cualquier ciudadana o ciudadano, individual o colectivamente.

Pero, ¿qué sucedería cuando un acto de autoridad pública lesiona derechos constitucionales como consecuencia de la aplicación o ejecución de una ley inconstitucional o acto normativo de contenido general? Aun cuando la respuesta pueda resultar coherente y lógica en el sentido de que debería proceder efectivamente una acción de protección frente a un acto que se funde en una ley inconstitucional, el tema no es pacífico, y así lo demuestra la experiencia vivida con la anterior acción de amparo, de ahí que el punto a tratar a continuación nos permitirá aclarar el problema.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO GARANTÍA FRENTE AL LEGISLATIVO

Bien sea a través de una ley ordinaria o a través de una ley orgánica, el legislador no puede dotar a su norma cuando desarrolla un derecho, del contenido que él desee, limitando o restringiendo su núcleo esencial; si esto sucediese, la supremacía constitucional en realidad no se proyectaría sobre él y podría actuar entonces como amo y señor de la Constitución dotándole del contenido que se le antoje.

Si el legislador debe desarrollar efectivamente los derechos, ¿hasta dónde alcanza su libertad de configuración o es que acaso no tiene límite alguno? Desde luego que debe reconocerse un margen al legislador, un margen razonable y sobre todo constitucional, instituyendo ciertos límites a su tarea

legislativa que derivan además de una voluntad anterior (del constituyente), es decir, un margen limitado por el contenido constitucionalmente declarado de cada derecho al que necesariamente deberá restringirse el legislador.⁷³ Podrá en consecuencia configurar el derecho, pero nunca limitarlo más allá de su núcleo esencial. La garantía del contenido esencial funciona entonces como un límite de los límites constitucionalmente admisible.⁷⁴

La decadencia de los dogmas propios de la ideología liberal positivista como la infalibilidad del legislador y el de la inatacabilidad de sus resoluciones es lo que va a permitir una construcción de los mecanismos necesarios de control de las normas legales que aseguren el sometimiento a la Constitución y su supremacía.⁷⁵

Es lógico suponer que el legislador al emitir las normas necesarias para un convivencia social, ha de establecer una determinación del sentido político del ordenamiento dentro de las opciones constitucionalmente válidas; pero si dicha norma se contrapone a un principio fundamental, es obligación del órgano encargado del control constitucional restaurar el orden jurídico lesionado, haciendo respetar la supremacía constitucional declarando ya sea su inconstitucionalidad (Corte constitucional) o su «inaplicabilidad» (jueces en general).

Ahora bien, ¿qué sucedería entonces si el legislador en un margen de discrecionalidad legislativa viola este contenido esencial? ¿Debe aplicarse esa ley inconstitucional? ¿Existe algún mecanismo de tutela frente a actos normativos que violen derechos fundamentales?

En un sistema de control de constitucionalidad como el ecuatoriano, todos los jueces son quienes determinarán si el legislador ha respetado ese contenido esencial y si en consecuencia ha incurrido o no en una inconstitucionalidad de la norma expedida. Así, las juezas y los jueces tienen el deber y la obligación constitucional de inobservar de manera directa una norma que se *considera* es contraria a la norma fundamental, y correlativamente, aplicar directamente las normas constitucionales y las de instrumentos internacionales de derechos humanos mas favorables a la vigencia de los derechos (principio *pro homine*), con la particular indicación, de que la norma constitucional contenida en el art. 428 de la Constitución, coloca en una condición facultativa⁷⁶

73. Claudia Beatriz Sbdar, *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003, p. 11.

74. Pedro Serna y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los derechos en conflicto*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 48.

75. Manuel Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 211.

76. El art. 142, inc. 2o. de la LOGJCC dice: «cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la

al juzgador frente a un problema de tipo constitucional cuando dice: «Cuando una jueza o juez *considere* que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales», y solo finalmente, la Corte constitucional es quien conserva la potestad de decidir sobre la cuestión con efectos generales, sin contar con que la tramitación de la causa se suspende en dichos casos (art. 428, Constitución de 2008), lo cual comporta a la final, un tránsito de un sistema de control constitucional difuso previsto en la Constitución de 1998 que permitía al juez ordinario declarar inaplicable una norma contraria a la Constitución sin perjuicio de fallar sobre el asunto en concreto (art. 274, Constitución de 1998), a un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Rubén Martínez Dalmau dice:

Con independencia de los debates sobre las ventajas y desventajas entre los sistemas difusos, mixtos y concentrados, lo cierto es que las nuevas tendencias del constitucionalismo avanzan hacia fórmulas mixtas o concentradas [...] Al respecto, uno de los principales retos que se plantean actualmente las ciencias jurídicas en general y el derecho constitucional en particular, es el perfeccionamiento de este control concentrado de constitucionalidad.⁷⁷

El principio de supremacía constitucional de poco valdría si no existiese un aparato de control de esa supremacía esto es, una magistratura constitucional que opere como órgano de control, además de algunos procesos constitucionales mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la Constitución cuando esta es infringida por normas, actos u omisiones de los poderes públicos constituidos o de los particulares cuando actúan a nombre del Estado.

La Constitución 2008, al igual que la de 1998, ha instituido en su art. 11, num. 3 que toda autoridad o funcionario público se convierta en órgano primario del control de constitucionalidad de sus propias decisiones, al disponer lo siguiente: «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial de oficio o a petición de parte»; por su parte el art. 426 indica: «Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos

Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma».

77. Rubén Martínez Dalmau, «Supremacía de la Constitución, control de constitucionalidad y reforma constitucional», en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, edit., *op. cit.*, p. 284.

internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente»; igualmente en su art. 428 –tal como lo manifestamos–, se ha consagrado una tendencia hacia un sistema de control concentrado cuando contempla la posibilidad de que una jueza o juez, en las causas en las que conozca y cuando considere que una norma es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, suspenda la tramitación de la causa y remita en consulta el expediente a la Corte constitucional para que resuelva su inconstitucionalidad; por otro lado, existen también acciones directas de impugnación de normas con un contenido general (actos normativos), mediante una acción directa de inconstitucionalidad, y otras acciones o garantías jurisdiccionales como la acción de protección, de incumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y acción extraordinaria de protección que constituyen también mecanismos de defensa de la Constitución y de los derechos establecidos en la misma.

Un sistema completo de control de constitucionalidad requiere de varios ingredientes como los siguientes: una constitución rígida, un órgano de control independiente del órgano controlado, facultades decisorias del órgano de control; el derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control, y el sometimiento de todo el mundo jurídico al control.⁷⁸

En la medida en la que una ley pueda vulnerar derechos fundamentales se suscita la duda respecto al proceso constitucional destinado a tutelar los derechos de los administrados.

El problema central de la acción de protección y los actos normativos, se circunscribe a determinar bajo qué circunstancia debe intentarse dicha acción constitucional o garantía. Lo determinante es que el amparo o protección contra leyes debe ser un cauce procesal adecuado que sirva para asegurar de modo continuo el acondicionamiento de las leyes a la Constitución.⁷⁹

Carmen Blasco Soto afirma: «el conflicto se plantea porque el amparo contra leyes va dirigido a controlar la actividad del legislador, pero en último extremo el control es sobre el juez [...] para las partes el amparo contra leyes es el cauce procesal que permite cuestionar la constitucionalidad de la ley».⁸⁰

En torno al tema, existen algunas posibilidades: 1. Algunos sostienen la posibilidad de poder impugnar vía amparo o acción de protección de manera directa la vigencia de una ley que se considera inconstitucional. 2. Hay quienes sostienen la procedencia del amparo o protección en contra de leyes

78. A. Wray, *op. cit.*, p. 30.

79. Blasco Soto, «El recurso de amparo contra leyes en España», en *Revista de Derecho*, vol. 12, No. 1, agosto, Valdivia, 2001, <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502001000100009&lng=es&nrm=iso>.

80. *Ibid.*

autoaplicativas, sin que sea necesario esperar un acto posterior de aplicación o ejecución, y 3. Otros, en cambio, sostienen que dicha procedencia se circunscribe a un acto concreto de aplicación de una ley.⁸¹

La acción de protección y las leyes inconstitucionales

Estimo que no basta la vigencia de una ley inconstitucional por sí, para poder acudir al remedio del amparo o protección, pues es necesario la concurrencia de por lo menos un agravio directo e inmediato de un derecho constitucional para justificar la procedencia de esta acción.

La sola vigencia de una ley inconstitucional, abstracta y general no faculta la interposición de una acción de protección para poder impugnarla, ya que la vía directa de impugnación es la acción de inconstitucionalidad ante la Corte constitucional.

Por ello quizá es necesario distinguir las leyes según sus efectos, incluyendo conceptos como el de las leyes autoaplicativas; pues mientras unas leyes tienen efectos mediatos y su sola vigencia no engendra vulneración de derechos (leyes heteroaplicativas); otras sí gozan de estos efectos y su mera vigencia implica ya la vulneración de un derecho constitucional (leyes autoaplicativas).

La acción de protección en contra de leyes autoaplicativas

La idea central hace referencia a la posibilidad de interposición de la acción de protección directamente en contra de normas que por su sola expedición, sin que se precise de ningún acto de ejecución, lesionan derechos fundamentales.

La doctrina ha identificado como leyes autoaplicativas aquellas normas de acción automática de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otros actos que los desarrollen o los hagan aplicables.⁸²

Jorge Danós dice: «las normas autoaplicativas, son dispositivos directamente obligatorios, que traen aparejado un principio de ejecución en sí mismas, porque con su sola promulgación o expedición se origina agravio o vulneración de derechos constitucionales».⁸³

81. Samuel Abad Yupanqui, «El amparo contra leyes», en *Lecturas constitucionales andinas 3*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 130.

82. Rubén Hernández Valle, *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006, p. 114.

83. Jorge Danós, «La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano» en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 75.

Estas normas por ser automáticamente aplicativas favorecen a determinada categorías de destinatarios ya sea porque sus disposiciones son inmediatamente obligatorias por su propia vigencia o porque llevan en sí mismas el principio de la ejecución.

En general las leyes y los actos normativos están exentos del amparo o protección salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de las mismas, o cuando se trate de normas de acción automática, de forma que sus preceptos resulten obligatorios y surtan los efectos inmediatamente a partir de su sola promulgación, en cuyo efecto, suelen presentarse dos modalidades: una en que el amparo (protección) se transforma en una acción de inconstitucionalidad y la otra, en que el tribunal falla el caso en concreto y de encontrar que la norma impugnada es inconstitucional declara su inaplicabilidad, descalificándola con efecto interpartes a efectos de hacer cesar la violación constitucional.⁸⁴

Las posiciones son diversas en torno al tema propuesto: unas a favor, cuyos argumentos los resumimos de la siguiente manera: a) se sostiene por parte de este sector que este tipo de normas no necesitan de una aplicación posterior para producir sus efectos; b) desde su entrada en vigor conllevan una evidente obligatoriedad que afecta los derechos; c) los particulares no deben esperar actos de aplicación de una ley inconstitucional que viole sus derechos para poder interponer una garantía constitucional como el amparo hoy protección, y d) sería un contrasentido exigir a los administrados que en casos de manifiesta afectación tuvieran que esperar actos de aplicación de esa ley para que pudiesen solicitar la tutela de sus derechos.

Autores como Raúl Gustavo Ferreira han argumentado lo siguiente:

hay leyes que con su sola promulgación adquieren operatividad inmediata (por ejemplo, al establecer un impuesto que se debe tributar acto seguido, o al prohibir la salida del país a quienes se encuentren en ciertas condiciones, etc.). En tales casos, hay ya un perjuicio para los afectados, el que daría pie a la acción de amparo. No obstante, cierta jurisprudencia incluso de la C.S.J.N., parece entender que solo existía allí una cuestión abstracta, mientras no medie un acto estatal concreto que efectivice la ley discutida (v. gr. hasta que no se inicie el apremio por ejecución fiscal, o hasta que no se deniegue la solicitud de pasaporte del interesado) [...] El régimen constitucional del amparo no parece habilitar su procedencia directa contra una ley, sino contra un acto que se funde eventualmente en sus formaciones.⁸⁵

84. R. Hernández Valle, *op. cit.*, p. 114.

85. Raúl Gustavo Ferreira, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 378-379.

Se ha argumentado, además, que la Ley sólo adquiere una existencia real cuando se aplica a unos casos en particular y solo entonces hay una persona ofendida y ésta tiene el derecho de defenderse; por lo tanto, las «leyes autoaplicativas» finalmente necesitan de un acto de ejecución y es allí en donde la acción de protección encuentra su verdadero sustento.

La acción de protección en contra de un acto de ejecución sustentado en una norma general y abstracta

Este supuesto se presenta cuando el acto de una autoridad, funcionario o persona particular lesiona derechos fundamentales como consecuencia de la aplicación o ejecución de una ley. Tal como ha indicado la Corte constitucional de Colombia, «una cosa es la norma y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto».⁸⁶

En este caso la acción de garantía se la interpone de manera directa contra el acto de ejecución de la ley que se considera es inconstitucional aun cuando se trate de una mera aplicación.

El tratadista Samuel Abad Yupanqui ha destacado posiciones a favor y posiciones en contra en torno al tema planteado. Las posiciones a favor –dice– admiten el empleo del amparo en contra de actos de aplicación de una ley, y en consecuencia, el juez que conoce del caso deberá disponer la inaplicación de la norma con efectos limitados al caso concreto y siempre que ello sea necesario para la solución del conflicto. Destaca como ejemplos de este tipo de posiciones, el caso mexicano y el español. El primero –dice– procede cuando existe una persona ofendida y ésta tiene el derecho de defenderse contra la aplicación actual de la ley por medio del recurso de amparo, aun cuando la crítica también, en el sentido de que se restringiría el empleo del amparo a los actos aplicativos de leyes y no lo consentiría directamente frente a ellas, y el segundo caso (el español) solo admite el amparo en forma indirecta, es decir, contra actos de aplicación de una ley que ha adquirido la denominación de «auto cuestión de inconstitucionalidad».

En las posiciones contrarias destaca fundamentalmente el caso argentino, cuando su legislación dispone que la acción de amparo no será admisible cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; sin embargo, reconoce el autor que la jurisprudencia y la doctrina han cuestionado estos alcances a través de un interpretación progresista que armonizaba dicho art. de la ley con el principio de supremacía constitucional, de ahí que el empleo del

86. S. Abad Yupanqui, *op. cit.*, p. 139.

amparo frente a actos de aplicación de leyes inconstitucionales sea cada vez más frecuente.

Carmen Blasco Soto destaca:

Las normas con fuerza de ley solo pueden ser atacadas en amparo con ocasión de su aplicación. El amparo no puede utilizarse para enjuiciar de modo abstracto y general de las leyes. Como consecuencia, el recurso de amparo se dirige, directamente, contra el acto de aplicación y solo mediatamente contra el texto de la ley. Se exige que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos.⁸⁷

Así como los casos peruano, colombiano y venezolano, el ecuatoriano también, como una consecuencia lógica del principio de supremacía constitucional, admite la interposición de una acción de protección en contra de actos de autoridad pública que se funden en la aplicación de una ley o reglamento inconstitucional con el carácter de general (acto normativo), con la consecuencia lógica por cierto, de que los efectos rigen al caso en concreto, pues valga la redundancia, la garantía de protección se la interpone respecto del acto de aplicación.

Tal como lo manifestamos anteriormente, aun cuando existen mecanismos de impugnación directa respecto de actos normativos que violan la Constitución, como la acción de inconstitucionalidad de normas, no se excluye de manera absoluta que la acción de protección no constituya un mecanismo ágil y eficaz de defensa de los derechos constitucionales frente a actos u omisiones de autoridad pública, así estos tengan como antecedente un acto normativo, ya que del texto constitucional vigente no se puede derivar una interpretación restrictiva que tienda a menoscabar el ejercicio de esta garantía jurisdiccional, puesto que la propia intención del constituyente, autor de la carta fundamental de 2008, fue posibilitar también la interposición de una acción de protección frente a este tipo de actos, cuando en su art. 88 dice: «La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo 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».

Aparentemente, la poca efectividad de los mecanismos de control normativo en vía directa como la acción de inconstitucionalidad, han estimulado de alguna manera el frecuente uso de la acción de amparo instrumentándola como una vía «informal» para el control de las normas, y decimos aparentemente,⁸⁸ puesto que la amplia legitimación activa reconocida en la actual

87. B. Soto, *op. cit.*

88. J. Danós, *op. cit.*, p. 64.

Constitución respecto de la interposición de la acción de inconstitucionalidad (art. 439 de la Constitución), contribuirá a restar en alguna medida el interés frente a la posibilidad de plantear acciones de protección contra actos aplicativos de una ley que se considera inconstitucional, sin descuidar eso sí, de la gravedad que para el ordenamiento jurídico implica una declaratoria de inconstitucionalidad.

No debemos olvidar que existen situaciones en las cuales al presentar una acción de protección, se puede invocar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, en dicho supuesto, coincidimos con el criterio vertido por el doctor Hernán Salgado Pesantes en donde expone:

si un juez conoce de una acción de amparo puede, en dicho proceso individualizado, declarar la inaplicabilidad de una norma legal que el juez estima contraria a la Constitución [...] pues según mi interpretación, este precepto constitucional –se refiere al art. 274 de la Constitución de 1998– quiere que los jueces o tribunales, cuando conocen una causa particular, cuiden que no exista inconstitucionalidad en las normas jurídicas que deben aplicar al caso.⁸⁹

Conforme al precepto constitucional contenido en el art. 428 que dice:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte constitucional.

Podemos destacar que si bien nuestra Constitución no hace distinción respecto de la causa que conozca la jueza o juez, pues dice de manera general, *la causa*, pudiendo ser esta de naturaleza civil, penal, administrativa, tributaria y por qué no de una garantía jurisdiccional de acción de protección, el trámite de la acción en particular podría variar, dada la singularidad de esta garantía y siempre que el objetivo último sea la defensa de los derechos fundamentales.

En este supuesto consideramos que el trámite deberá estar guiado; primero, por la defensa de los derechos constitucionales violados, una suerte de «acción de protección provisional», debiendo adoptarse todas las medidas de protección y reparación en tutela de los derechos violados; y segundo, de manera paralela, la jueza o juez constitucional deberá remitir el expediente a la corte constitucional para que se pronuncie sobre la constitucionalidad o no de la norma en ciernes con efectos generales.

89. Hernán Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 78.

No se declara la inconstitucionalidad con el carácter de general puesto que dicha declaratoria corresponde a las acciones de control constitucional vía directa (acción de inconstitucionalidad), y el juzgador se limita a tutelar el derecho fundamental a efecto de hacer cesar y reparar la violación de los derechos constitucionales.

Recordemos que el modelo concentrado, abstracto y a posteriori de control de constitucionalidad que ejerce la Corte constitucional, en lo que respecta específicamente a la acción de inconstitucionalidad de actos normativos, es un sistema inspirado en el modelo kelseniano de control de constitucionalidad instaurado en Austria en 1920, en contraposición al modelo de control concreto, difuso estadounidense o *judicial review* atribuido al juez Marshall dentro del célebre caso *Marbury vs. Madison* en 1803 contemplado también de alguna manera en la actual Constitución, recalcando que el sistema establecido en la actualidad tiende hacia un control concentrado.

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LAS NORMAS DE CARÁCTER GENERAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

La acción de protección si bien tiene un efecto reparador como innovación necesaria a la anterior acción de amparo constitucional, sigue siendo una acción especialísima de defensa de los derechos cuyo objeto principal es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.

Tanto la Constitución del 98 como la del 2008, contemplan de manera efectiva una acción de defensa y garantía de los derechos fundamentales llamada amparo en la Constitución del 98 y acción de protección en la actual Constitución,⁹⁰ frente a actos u omisiones de autoridad pública que violen los derechos fundamentales de los administrados y frente a actos de los particulares que vulneren estos mismos derechos.

Con las trascendentales diferencias destacadas en el primer capítulo respecto de la acción de amparo y la acción de protección, el tema no ha cambiado en cuanto a los actos normativos se refiere, salvo que el control de constitucionalidad para los actos administrativos con contenido particular como competencia exclusiva de la Corte constitucional se encuentra excluido en el nuevo texto constitucional, pudiendo en la actualidad ser impugnados única y exclusivamente cuando de cuestiones constitucionales con efectos particula-

90. Es lamentable que la acción de amparo constitucional, a pesar de tener algunas deficiencias, jamás fue aplicada y entendida en su real dimensión, como una garantía efectiva de tutela de los derechos fundamentales.

res, vía acción de protección y, vía recurso subjetivo en cuanto se refiera a cuestiones de legalidad.⁹¹

El tema del debate en el presente capítulo ha sido el determinar la procedencia o no de la acción de protección en contra de los actos normativos, razón por la cual nuestras consideraciones finales son las siguientes:

1. Acertadamente la Constitución ha identificado un procedimiento autónomo e independiente para cada tipo de impugnación, aun cuando en el fondo ambas tengan por objeto la supremacía constitucional y la vigencia de unos derechos ahí contemplados. Una para el caso de los actos u omisiones de autoridad pública con efectos particulares que afecten asuntos de constitucionalidad (concretamente violación de derechos constitucionales) vía acción de protección; y otra, la vía de impugnación para los actos normativos de carácter general prevista en el art. 436 num. 2 de la Constitución.
2. Es lógico y coherente que si lo que se pretende es la declaratoria de invalidez del acto normativo lo procedente es una acción pública de inconstitucionalidad; sin embargo, si lo que se pretende, es impugnar un acto administrativo de aplicación o ejecución de una ley que viola derechos constitucionales, lógicamente creemos que es procedente una acción de protección que ampare de manera directa y eficaz el derecho violado, aún cuando su antecedente sea un acto normativo.
3. En cuanto a la leyes autoaplicativas se refiere, nuestra posición está orientada a aceptar de manera cautelosa –digo cautelosa por cuanto la propia Constitución ha ideado mecanismos idóneos de tutela frente a actos normativos– la interposición directa de una acción de protección en contra de una ley inconstitucional siempre que pudieran concurrir de manera clara y unívoca algunos requisitos fundamentales que deberán ser considerados en la nueva LOGJCC puesto que como se dijo, bajo una perspectiva de defensa de los derechos, no se puede esperar para que los administrados sean sancionados o afectados con base en una norma inconstitucional o que se les aplique actos concretos para que luego puedan interponer una acción de protección en defensa de sus derechos.

91. Concuero con el criterio expuesto por el doctor Agustín Grijalva cuando en su artículo «Perspectivas y desafíos de la Corte constitucional», en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, edit., *op. cit.*, sostiene que la inclusión de los efectos generales respecto de la impugnación constitucional de los actos administrativos normativos como competencia de la Corte Constitucional, es aclaratorio y pertinente, puesto que si los efectos del acto son individuales, lo que procede no es la acción pública de inconstitucionalidad sino el amparo o recurso de protección.

Como lo hemos venido diciendo, el tema nos es pacífico en el campo de la doctrina; no obstante, una aclaración precisa y efectiva ayudará para que estas y otras particularidades sean reguladas y aclaradas sin que de manera alguna se pueda restringir o limitar el uso de tan noble garantía constitucional de los derechos fundamentales, pero que al mismo tiempo no puede ser manoseada y desprestigiada en perjuicio de su necesaria vigencia.

CAPÍTULO III

La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales

LA COSA JUZGADA: ¿UN LÍMITE A LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN?

Mientras los tribunales supremos o cortes supremas nacieron para cumplir la función específica de controlar la correcta aplicación de la ley a los casos concretos, además de controlar una correcta actuación de los jueces respecto de la ley, los tribunales constitucionales o cortes constitucionales surgieron para la tutela de derechos fundamentales y del derecho objetivo en el marco constitucional.⁹²

Este fue el núcleo originario de las competencias de la jurisdicción constitucional las cuales posteriormente se ampliaron a una actividad de controlador constitucional de todas las competencias de los poderes públicos en relación con la norma fundamental, inclusive las de los órganos jurisdiccionales.

Este ámbito de competencias tiene como antecedente otro cambio fundamental, el tránsito del Estado absoluto al Estado legislativo. El principio de legalidad y la ley como un acto normativo supremo e irresistible, dentro del Estado legislativo no era más que la sustitución de un modelo (soberanía del rey), por otro más «democrático» (soberanía de la nación representada en el parlamento).⁹³

Pablo Dermizaky nos dice:

Mientras la justicia ordinaria se ocupa de controversias entre particulares, o entre éstos y el Estado en su calidad de persona de derecho privado, la justicia constitucional es de orden público porque, al defender la Constitución, preserva la estructura jurídico-política del Estado y los derechos fundamentales de la persona [...] estas claras diferencias entre justicia constitucional y justicia ordinaria no suponen una separación infranqueable entre ambas. Al contrario, su coordinación y complementariedad son requisito esencial de un Estado de Derecho.⁹⁴

92. Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 30.

93. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 24-25.

94. Pablo Dermizaky, «Justicia constitucional y cosa juzgada», en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2004*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2004, 10a. ed., p. 293.

Toda la construcción doctrinal de la Revolución Francesa tras la derrota del Absolutismo y del *Ancien Régime* tenía su base en la supremacía de la ley y en la negación de la supremacía jurídica de la Constitución; de hecho, por mucho tiempo la ley sería considerada la principal sino la única fuente del derecho.⁹⁵

Luigi Ferrajoli indica que:

En efecto, con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del Derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del Derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El estado de Derecho moderno nace, como la forma del estado legislativo de Derecho [...] De aquí un análogo cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad.⁹⁶

Por el contrario, la experiencia norteamericana fue totalmente diferente, los revolucionarios de ese entonces, a diferencia de lo que sucedía en Francia, no tuvieron que terminar con una sociedad estamental, no tuvieron en un principio por qué luchar por una igualdad formal ante la ley; y tampoco debían negociar nada con un monarca preocupado por ocupar un lugar en el orden jurídico del nuevo Estado. Así, los revolucionarios norteamericanos orientaron su preocupación hacia un sistema equilibrado de los poderes y funciones, bajo una norma fundamental que previera unos derechos indisponibles para los poderes públicos en general.

Bajo esta perspectiva, la experiencia norteamericana concretaría la vigencia de una suprema ley, fundada en el principio de soberanía popular sustitutivo del principio de soberanía parlamentaria; sin embargo, la pregunta estaba latente: ¿a quién confiar el control de una ley contraria a esa norma constitucional suprema?, ¿sería acaso factible depositar dicho control en manos del legislador democráticamente elegido depositario del principio mayoritario?, ¿sería acaso el juez el encargado de ejercer dicho control?, ¿o acaso, el mismo ejecutivo?

Con el pasar de los tiempos, y bajo la experiencia italiana y alemana en las que el legislador asumiendo un papel de «defensor» de la Constitución, se había convertido en un problema por su arbitrariedad; y el juez por su lado, en su instrumento, los tribunales constitucionales se erigieron como verdaderos tribunales jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, dejando atrás aquella posición clásica de meros «le-

95. R. Serra Cristóbal, *op. cit.*, p. 30-31.

96. Luigi Ferrajoli, «Pasado y futuro del estado de derecho», en Miguel Carbonell, edit., *Neonconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 16.

gisladores negativos» para convertirse entonces en verdaderos guardianes de los derechos y garantías constitucionales.

La desconfianza creciente hacia un legislativo transgresor de los límites constitucionales y un judicial del cual también se sospechaba, hizo dudar a los constituyentes sobre si la ley democráticamente aprobada gozaba de un proceso previo de ponderación y análisis constitucional que abarcara a todos los poderes públicos.

En este contexto, Rosario Serra Cristóbal anota:

se buscó una fórmula de la justicia constitucional que garantizara el contenido y la eficacia de los derechos de la forma más amplia posible frente a todos los poderes públicos, y además, que se salvaguardasen del modo y la manera en que los constituyentes y el legislador lo habían determinado. Por ello se estableció el recurso de amparo como garantía de que también los jueces mantendrían la efectividad del contenido constitucional.⁹⁷

Esta tensión latente a quién confiar el control de la actividad pública en última instancia, y la subsecuente salvaguarda de los derechos fundamentales, ha llevado en la vida práctica a discusiones interminables acerca de los papeles que deben jugar hoy día las más altas cortes a nivel nacional.

Tanto en Francia como en Estados Unidos, no existe mayor posibilidad de conflicto entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. En Francia, porque no existe un recurso extraordinario como el amparo o protección en contra de sentencias, y porque el *Conseil Constitutionnel* francés, solamente funciona como un juez de la ley; y en Estados Unidos, porque es el mismo Tribunal Supremo el intérprete de la Constitución, las leyes federales, y los tratados internacionales, efectuando tanto el control de legalidad como el de constitucionalidad.⁹⁸

Para el caso español, las cosas son diferentes desde el momento en que su ordenamiento jurídico prevé una acción extraordinaria de defensa de los derechos en contra de decisiones judiciales.

El recurso de amparo español está regulado por la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los acuerdos del tribunal constitucional. Este recurso consiste en una auténtica acción judicial autónoma, subsidiaria, extraordinaria, informal y definitiva. A través de esta acción se cumplen simultáneamente dos finalidades constitucionales. Por un lado, se protegen los derechos fundamentales de las personas residentes en territorio español y, por otro, se asegura la aplicación prevalente de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

97. R. Serra Cristóbal, *op. cit.*, p. 42.

98. *Ibid.*, p. 44-46.

El sistema alemán por su parte, ha garantizado un reconocimiento nacional e internacional de la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal. Su experiencia en materia del control constitucional de las sentencias judiciales es muy importante desde la perspectiva comparada, cuando en el art. primero de la Ley Fundamental establece que los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable por lo que se acepta sin controversias que el recurso de queja por inconstitucionalidad puede ser usado para atacar sentencias judiciales.

Este conflicto de jurisdicciones –la ordinaria y la constitucional–, conocido también como «choque de trenes», ha llevado a juristas y doctrinarios a tomar posiciones encontradas en torno al tema de la acción de amparo, tutela o protección y su procedencia cuando de decisiones judiciales se trata.

En el caso del Ecuador este conflicto tiende a armonizarse de alguna manera con el nuevo mecanismo de control concentrado de constitucionalidad, en donde, la jueza o juez encargado del conocimiento de una causa puede remitir en consulta a la Corte constitucional el caso para que resuelva una cuestión de constitucionalidad respecto de una norma que se considera inconstitucional en el caso que se juzga (art. 428 Constitución); al tiempo que se «agudiza», con la inclusión de una acción autónoma e independiente a la acción de protección, se trata de la acción extraordinaria de protección en contra de sentencias y autos definitivos ejecutoriados provenientes de los órganos jurisdiccionales (art. 94 de la Constitución).

La percepción de que una acción extraordinaria de protección es fuente de tensión entre las altas cortes tiene sus matices.

Un sector de la doctrina ha considerado que el problema no es mayor y en consecuencia la solución es sencilla: eliminar el amparo o protección contra sentencias no solo evitaría el conflicto en las altas cortes, sino también prevalecería la seguridad jurídica, la cosa juzgada y el principio de independencia del juez natural.⁹⁹

Consideramos que el tema es mucho más serio y va más allá de simples afirmaciones, pues solo una concepción firme de la existencia de unos derechos fundamentales indisponibles, límites y vínculos de los poderes públicos, conlleva la implementación necesaria de mecanismos eficaces de protección.

Agustín Grijalva nos dice al respecto:

hay que señalar, primero, que la institución de control constitucional de decisiones judiciales no es, como algunos han dicho, una novelería o extravagan-

99. Catalina Botero y otros, *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*, Bogotá, De Justicia, 2006, en: <http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=265>.

cia. Por el contrario, la institución existe en muchos países con sistemas jurídicos similares al nuestro. Así, por ejemplo, existe con mayor o menor amplitud en todos los demás países de la Comunidad Andina, así como Chile, España o Alemania por citar algunos. A nivel de derecho comparado, lo extraño, más bien, es la prohibición absoluta que establece la Constitución ecuatoriana de 1998, como lo expresa la Comisión Andina de Juristas: «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».¹⁰⁰

Actualmente asistimos a una judicialización necesaria de los derechos humanos en el orden jurídico interno de los Estados, de manera que, ya no solamente el ejecutivo es controlado, sino que también el legislativo y el judicial son objeto de control cuando restrinjan o violenten derechos fundamentales ¿Es posible entonces una acción extraordinaria de protección en contra de sentencias judiciales?

Sobre la base de que la Constitución como norma suprema obliga a todos por igual, no puede existir en el ordenamiento jurídico de un Estado, una ley, un decreto, resolución o decisión judicial ausente de un control.

En el Estado absoluto, la autoridad representada por el monarca (Estado), somete al derecho como norma; en el Estado legislativo la autoridad (parlamento) somete al Estado a través de la Ley; en el Estado constitucional de derechos y de justicia, la autoridad (el constituyente) a través de la Constitución, los derechos humanos y la persona someten al Estado.¹⁰¹

José Antonio Rivera manifiesta:

En resguardo del Estado democrático constitucional en general, y del principio de supremacía constitucional en particular, se ha establecido el sistema de control de constitucionalidad. En consecuencia, la jurisdicción constitucional se ha instituido por las normas de la Constitución con la misión de afirmar la integridad y primacía de la Constitución, asegurando que efectivamente todos los poderes públicos, así como sus autoridades y funcionarios, sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales.¹⁰²

Aun cuando los diferentes sistemas jurídicos asumen hoy la vigencia necesaria de una norma jurídica suprema que limite y vincule a todos los

100. A. Grijalva, «Perspectivas...», p. 270.

101. Ramiro Ávila, «Ecuador, Estado constitucional de derechos y de justicia», en Ramiro Ávila, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 29.

102. José Antonio Rivera, «El amparo constitucional contra sentencias», en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, 9a. ed., p. 214.

poderes públicos, el tema del debate acerca del control constitucional y de las sentencias judiciales sigue vigente.

Uno de los argumentos más fuertes invocados por aquellas posiciones provenientes de la jurisdicción ordinaria, ha sido la institución jurídica de la cosa juzgada como un límite absoluto e indiscutible al control de constitucionalidad.

José Antonio Rivera dice: «La autoridad de la cosa juzgada es, pues, calidad, atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo. Es inimpugnable, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia».¹⁰³

Los vocablos cosa juzgada provienen del latín *res iudicata*, que significa, lo que ha sido juzgado o resuelto. Entonces, la cosa juzgada consiste en la necesidad imperiosa de darle a la decisión proferida sobre la cuestión principal debatida en un proceso, la calidad de definitiva y evitar así que pueda volver a debatirse en otro, lo que haría interminable la controversia.¹⁰⁴

Sin embargo, ¿es la cosa juzgada un principio absoluto?, ¿en qué momento la sentencia se vuelve definitiva y cuándo puede revisarse?

Si nos referimos a las sentencias emitidas por la propia Corte constitucional, la cosa juzgada en materia de garantías es indudable, al igual que la declaratoria de inconstitucionalidad, pues a través de esta última facultad la Corte expulsa del ordenamiento jurídico una norma que se considera es contraria a la Constitución. Pero, si nos referimos a las demandas de inconstitucionalidad en donde la Corte rechaza una acción de inconstitucionalidad por estimar que la norma impugnada no contraviene el texto fundamental las cosas pueden variar, puesto que si bien las magistraturas deben someterse en principio a sus propios fallos (*regla stare decisis*) pueden existir cambios o reformas posteriores tanto a la norma secundaria como a la constitucional que permitan en un futuro poder volver a impugnar dicha norma.

Rafael Oyarte sostiene:

Al efecto se debe tener presente que, en virtud del principio *stare decisis*, las magistraturas, en principio, deben someterse a sus propios fallos pues, en caso contrario, se podrían vulnerar derechos fundamentales como la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. Pero ese sometimiento no puede ser irracional, es decir, la invocación de precedentes no puede ser mecánica pues, en virtud de la regla *stare decisis*, el tribunal debe estar de acuerdo con los motivos por los que se dictaron las sentencias anteriores, esto

103. *Ibid.*, p. 215.

104. Jaime Azula Camacho, *Curso de teoría general del proceso*, Bogotá, Librería Jurídicas Wilches, 1986, 3a. ed., p. 409.

es, con su *ratio decidendi* [...] El Tribunal Constitucional está para resguardar la integridad de la Constitución, no para sostener sus propios fallos, peor para reiterar errores o volver a incurrir en ellos conscientemente. Un fallo se dicta por razones jurídicas y no por razones de conveniencia.¹⁰⁵

Pero cuando la institución jurídica de la cosa juzgada lo entendemos en el ámbito de la justicia ordinaria las cosas son diferentes. Autores como Pablo Dermizaky nos dicen al respecto lo siguiente:

la cosa juzgada suele dividirse en formal y material. La primera ocurre cuando una sentencia ejecutoriada no puede ser revisada dentro del mismo proceso, pero admite otra acción en un proceso distinto. La segunda es la que no admite revisión en ninguna forma [...] Cabe mencionar que la cosa juzgada constitucional, difiere de la cosa juzgada ordinaria [...] En este sentido la cosa juzgada ordinaria es siempre formal cuando en el proceso se han vulnerado esos derechos, porque es revisable mediante acción de amparo, que culmina con una sentencia del Tribunal Constitucional que adquiere categoría de cosa juzgada material, porque es definitiva.¹⁰⁶

Bajo un criterio conservador, procesalista, desde una visión legalista del derecho y sus instituciones, la cosa juzgada como institución jurídica constituye un límite al control constitucional; no pretendemos manifestar que ella no es necesaria, eso sería un absurdo; no obstante, los tiempos que vivimos requieren nuevos debates y planteamientos al respecto.

No debemos olvidar que la institución jurídica de la cosa juzgada es una creación propia del Derecho Procesal, creada como un corolario del principio de seguridad jurídica, presente también en la propia Constitución (art. 82 de la Constitución), y que es entendida como la estabilidad mínima que las instituciones que rigen la vida de una sociedad deben tener; seguridad jurídica que implica además, una vigencia auténtica de la Ley manifestada en el respecto a los derechos proclamados en la Constitución con la posibilidad real de que su amparo sea eficaz;¹⁰⁷ por ello, quienes consideran que la legitimidad de un fallo o sentencia debe tener un mínimo de justicia material, admiten que la institución jurídica de la cosa juzgada debe ceder bajo ciertas consideraciones, ante la necesidad imperiosa de que en el derecho triunfe la verdad y la justicia como fines últimos del Estado puesto que, un procedimiento es regular y ajustado a derecho siempre que se respeten los derechos fundamentales.

105. R. Oyarte Martínez, *La acción...*, p. 30.

106. P. Dermizaky, *op. cit.*, p. 296.

107. Véase en <<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.80.html>>.

Sólo puede aspirar a la cosa juzgada, una sentencia que tenga un mínimo de justicia material. Y ese mínimo de justicia material es precisamente el respeto de los derechos fundamentales.¹⁰⁸

La cosa juzgada no debe ser entendida como un dogma absoluto sino precisamente como lo que es, un instrumento procesal cuya finalidad es otorgar un sello de firmeza y certidumbre a un determinado fallo judicial.¹⁰⁹

Es necesario tener presente que si un cuerpo normativo de rango inferior a la Constitución, o sea una ley, puede introducir consideraciones de cuándo y hasta dónde opera la institución jurídica de la cosa juzgada, no existe justificativo para que la Constitución como norma suprema, ley de leyes, no pueda crear mecanismos de protección de tutela de los derechos fundamentales, restringiendo los alcances de dicha institución.

Para concluir, la seguridad jurídica, principio constitucional que sustenta la regla de la cosa juzgada como necesidad de certeza o firmeza, no deja de regir, sino únicamente se difiere o cede espacio ante una exigencia mayor en el ámbito de su actuación: obtener una reparación de un derecho fundamental que ha sido vulnerado por una sentencia o auto definitivo, además de que este mismo principio, no puede de manera alguna conducirnos al extremo de que un tribunal no intervenga ante violaciones claras de los derechos puesto que su protección es, en últimas, uno de los fines del Estado constitucional y democrático.¹¹⁰

TESIS PERMISIVAS Y TESIS NEGATIVAS RESPECTO DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN EN CONTRA DE DECISIONES JUDICIALES

La pregunta que por mucho tiempo y aun en los actuales momentos guiaría el debate en torno a la legitimidad de la justicia constitucional y el lugar que ocupa dentro del Estado democrático y su relación con el legislador, ahora incluye también el debate sobre su relación y vínculo con el judicial.

Bajo esta perspectiva nos preguntamos entonces: ¿Si los órganos jurisdiccionales son los primeros garantes de los derechos fundamentales y del debido proceso, cómo es posible que sus decisiones puedan estar sujetas a un control constitucional?

108. C. Botero y otros, *op. cit.*

109. J. Antonio Rivera, *op. cit.*, p. 215.

110. C. Botero y otros, *op. cit.*

Las posiciones asumidas por los diferentes tratadistas y estudiosos en torno al tema han sido numerosos; sin embargo, para efectos de nuestro estudio, las hemos clasificado en dos grupos: i) tesis permisivas, para quienes se encuentran a favor de esta institución jurídica, y, ii) tesis negativas para quienes propugnan lo contrario.

Comenzaré por analizar las tesis negativas, no sin antes indicar que nuestra posición se orienta hacia la tesis permisiva. El porqué será expuesto en detalle.

Tesis negativas

Si el control de constitucionalidad de las leyes es un problema objetivo para el Estado democrático que pone sobre la mesa algunos problemas como las relaciones entre política y derecho en el marco del Estado constitucional, el problema de la impugnación de sentencias a través de garantías constitucionales no constituye un problema menor.

Quienes fundan su argumento en la tesis negativa suelen ser aquel sector compuesto por los jueces ordinarios, excesivamente formalistas, ritualistas y muy respetuosos del principio de soberanía parlamentaria o soberanía de la ley, propios de un Estado liberal clásico de derecho.

Se argumenta por parte de los defensores de esta tesis, que al ser la Corte constitucional o el Tribunal Constitucional una institución politizada, la influencia política de la cual tanto se ha hablado y se ha reprochado –debe estar fuera de los criterios jurídicos– estaría interfiriendo constantemente en el ejercicio de la administración de justicia ordinaria, la cual quedaría en consecuencia subordinada a factores eminentemente políticos.¹¹¹

Para identificar a este sector, Agustín Grijalva ha expuesto con precisión algunas consideraciones:

Es una innovación innecesaria, afirman los críticos, porque son o deben ser los propios jueces los que resguardan en el trámite de las causas el debido proceso. Es peligrosa porque abre la posibilidad de que muchos abogados recurran a este amparo extraordinario para dilatar aun más los procesos judiciales, atacando incluso la cosa juzgada de las sentencias y, por tanto, la seguridad jurídica.¹¹²

Los defensores de la supresión de esta acción extraordinaria han sostenido adicionalmente que si los propios procesos judiciales son el escenario

111. A. Grijalva, «Perspectivas...», p. 270.

112. *Ibid.*, p. 269.

ideal de justiciabilidad de los derechos y en consecuencia, un espacio insustituible para la tutela de los derechos, no debe existir un órgano superior a ellos que pueda revisar sus fallos, más aún, cuando en el orden jurídico las cortes nacionales o cortes de de casación son los tribunales supremos de sus jurisdicciones y cuentan además con la misma formación judicial que los jueces constitucionales¹¹³ o, si como lo entendía Kelsen, cuando es citado por Rosario Serra Cristóbal, el mero hecho de que un acto jurídico emane de un tribunal constituye una garantía suficiente de su regularidad, y su mediata o inmediata constitucionalidad no es un motivo suficiente para sustraer a estos actos de las jurisdicciones comunes y someterlos a una jurisdicción constitucional especializada.¹¹⁴

Se ha dicho también, que la vigencia de una acción que pueda revisar sentencias y autos definitivos en defensa de los derechos fundamentales implicaría necesariamente una cuarta instancia dentro del ordenamiento jurídico, y poco a poco, al igual que lo que sucedió con el recurso extraordinario de casación, el tema de una «revisión» de sentencias y autos definitivos, tornaría en interminables a los proceso judiciales que de por sí, llevan algún tiempo considerable en su tramitación y posterior resolución en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, quienes proponen eliminar una acción extraordinaria de protección o tutela en contra de sentencias y autos definitivos sostienen que la sola eliminación de este tipo de acciones o garantías evitaría un choque de trenes o conflictos entre las altas cortes.

Lo que no se ha dicho sin embargo, es que esta acción es subsidiaria y extraordinaria, debiendo en consecuencia operar ciertos requisitos o condiciones de procedibilidad necesarios para su vigencia, como por ejemplo, que se trate de sentencias y autos ejecutoriados pero no ejecutados (es decir antes de que se ejecute la sentencia misma); que se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el orden jurídico interno; un tiempo de caducidad para la interposición de la garantía; que se refiera exclusivamente a la violación de derechos fundamentales y que puedan afectar o hayan afectado gravemente el proceso; la necesidad de la invocación previa del derecho constitucional violado, lo cual no solo estimularía la constitucionalización del derecho sino que controlaría un incremento desmesurado y abusivo de la garantía, etc.¹¹⁵

La cosa juzgada, la seguridad jurídica y el principio de independencia judicial parecen ser entonces el argumento más fuerte de este sector.

113. C. Botero y otros, *op. cit.*

114. R. Serra Cristóbal, *op. cit.*, p. 39.

115. Véase Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny Yepes, en <www.DeJusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=250155>.

Tesis permisivas

Quienes se identifican con esta corriente, están alineados en una posición que la denominaremos constitucionalista, en donde la Constitución cumple un papel verdaderamente normativo, jurídico y supremo dentro del ordenamiento jurídico de un Estado.

Algunos autores han considerado que la tesis permisiva puede ser a su vez: permisiva fuerte; permisiva mediana y permisiva débil. La permisiva fuerte permite el amparo contra todo tipo de resolución judicial, pero para su procedencia es necesario que se encuentre en juego un derecho constitucional (México); la mediana, lo admite, en una buena cantidad de casos (España), y la débil lo admite solo excepcionalmente (Brasil).¹¹⁶

Otros, en cambio, han calificado a las tesis permisivas en relación al derecho vulnerado, así por ejemplo, contemplan una tesis permisiva moderada o débil cuando la procedencia del amparo o protección tiene que ver con derechos fundamentales de índole procesal; y de otra parte, la tesis permisiva amplia, cuando el amparo es admitido en contra resoluciones judiciales que afecten a cualquier derecho fundamental. Como lo veremos más adelante, nuestro país se adscribe dentro de una tesis amplia o fuerte, permitiendo la interposición de una acción extraordinaria de protección en contra de derechos inherentes al debido proceso así como otros derechos constitucionales (art. 437, num. 2, de la Constitución y art. 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). Así, la opción asumida en cada país depende de su normativa constitucional adoptada.

Aún cuando los reparos a la acción extraordinaria de protección parezcan razonables, pues se fundan en una concepción legalista del Estado, esas objeciones olvidan ciertas funciones esenciales del amparo contra sentencias dentro de una democracia constitucional.¹¹⁷

Todos, incluidos el judicial, se encuentra sujetos a un control necesario respecto de sus decisiones y actuaciones cuyo fundamento único y exclusivo consiste en tomar a los derechos en serio, como lo decía Ronald Dworkin.

Allí en donde una autoridad pública pueda traspasar el límite fijado por la Constitución y sus actos u omisiones sigan, no obstante, teniendo valor jurídico, no sirve tener Constitución o, como dijo Lassalle, ésta es apenas una hoja de papel sin contenido material.¹¹⁸

El respeto a los derechos fundamentales no puede ser una obligación exclusiva del Presidente, de las legislaturas y de los ciudadanos en general,

116. A. Wray, *op. cit.*, p. 144.

117. C. Botero y otros, *op. cit.*

118. J. Antonio Rivera, *op. cit.*, p. 219.

sino principalmente, de los jueces y tribunales que en ejercicio de su actividad se constituyen en los principales garantes del respeto de unos derechos indisponibles para cualquier autoridad o funcionario; de lo contrario, el Estado de la arbitrariedad, la irresponsabilidad constituirían la regla.

Agustín Grijalva indica al respecto:

Los jueces ordinarios no solo que están obligados a actuar en el marco de la Constitución, como lo está cualquier autoridad pública, sino que cumplen funciones de protección de la Carta Fundamental mediante instituciones como las garantías jurisdiccionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data, etc.) y el examen de la constitucionalidad de las normas legales e infralegales que aplican en el proceso. Esta sujeción de todas las funciones, órganos y autoridades públicas a la Constitución es lo que define al Estado Constitucional moderno.¹¹⁹

Es indudable que la protección de los derechos fundamentales debe hacerse primariamente dentro del propio proceso, pues el juez ordinario es también juez constitucional; no obstante, eso no excluye la conveniencia y necesidad de una acción extraordinaria, pues subsiste la posibilidad del error judicial, y en especial la necesidad de unificar la interpretación constitucional. No queremos decir con esto que los jueces constitucionales no puedan errar, pero en materia de tutela de derechos fundamentales es obvio que este órgano especializado es el guardián e intérprete jurídico final de la ley suprema.

El argumento según el cual la acción extraordinaria de protección atenta contra la independencia judicial y el principio de especialidad, no es tampoco totalmente válido. Esta garantía (acción extraordinaria de protección), está concebida para proteger los derechos fundamentales y no para pronunciarse sobre las consideraciones de orden legal, y si bien en ocasiones el juez constitucional que conoce de esta acción se inmiscuye indebidamente en los problemas puramente legales, ello no debería llevar a la eliminación de esta acción en el orden jurídico sino más bien hacia una adecuada regulación.

Por otro lado, el argumento de la cuarta instancia, encuentra su límite también, cuando la acción extraordinaria de protección, tiene como única finalidad el reestablecimiento inmediato de un derecho fundamental restringido por la autoridad judicial, de manera que el juez constitucional, circunscribirá su análisis solo sobre ese particular (la vulneración del derecho constitucional), sin que pueda pronunciarse sobre los demás asuntos objeto de la controversia y sin que pueda revisar en consecuencia, el fondo del litigio que motivó la sentencia impugnada.¹²⁰

119. A. Grijalva, «Perspectivas...», p. 271.

120. J. Antonio Rivera, *op. cit.*, p. 219.

La idea de una acción extraordinaria de protección dentro de los ordenamientos jurídicos no es pura casualidad, ella encuentra su sustento en la necesaria vigencia de un control de las actuaciones judiciales dentro de un proceso, una fórmula de cierre dentro del ordenamiento jurídico que incluso evite responsabilidades internacionales posteriores al Estado trasgresor de los derechos fundamentales y unifique la interpretación sobre el alcance y contenido de los derechos fundamentales.

Finalmente, la «revisión» de las sentencias y autos ejecutoriados por parte del máximo órgano de interpretación y justicia constitucional no atentan contra la vigencia de la institución jurídica de la cosa juzgada, tal como lo argumentan sus detractores, sino únicamente la difiere en tutela del reestablecimiento de un derecho fundamental que siempre debió ser respetado, observado y garantizado.

Con acierto Ramiro Ávila expone:

se ha abierto una puerta tan grande como numerosas son las violaciones de los derechos en el país. Es de esperar que la Corte constitucional y los jueces que ejercen competencia constitucional sepan distinguir entre los derechos fundamentales y los derechos que pueden ser exigidos vía ordinaria [...] a mayor respeto de los derechos, menor uso y menos necesidad de las garantías.¹²¹

OBJETIVOS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN EN CONTRA SENTENCIAS

La acción extraordinaria de protección no es simplemente una «extravagancia del constitucionalismo» o mejor aún del «neoconstitucionalismo»¹²² su finalidad es altamente provechosa no solo porque sirve de herramienta para corregir errores judiciales graves que violen derechos constitucionales, sino también, es uno de los mecanismos más eficaces de asegurar una línea jurisprudencial o precedente jurisprudencial en materia de derechos fundamentales.

121. R. Ávila, «Las garantías...», p. 108.

122. Miguel Carbonell, «Nuevos tiempos para el constitucionalismo», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 9, indica que conviene tener presente que cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en el plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, se refiere a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en los que se ha llamado el paradigma del Estado Constitucional; y por otro lado, se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que dan cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos.

La acción extraordinaria de protección cumple dos finalidades: de un lado corrige errores judiciales; y de otro lado, unifica la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales logrando una constitucionalización coherente del ordenamiento jurídico.¹²³

Si la acción extraordinaria de protección tuviera solamente como misión el corregir errores judiciales o mejor dicho errores de derecho, los defensores de la eliminación de dicha garantía constitucional tendrían razón en el sentido de que tales errores bien podrían subsanarse dentro de cada jurisdicción, pues las cortes supremas o cortes nacionales dentro del ámbito de su competencia son las que están llamadas a observar el debido proceso y cumplir con las garantías constitucionales; sin embargo, este argumento no es suficiente puesto que los cánones de interpretación y aplicación de derechos en el orden constitucional son diferentes, dejando las cuestiones de legalidad para la justicia ordinaria.

Ahora bien, puede suceder que los jueces ordinarios cumplan con el debido proceso; no obstante, entre ellos puede existir una interpretación constitucional diversa, lo que justificaría una única interpretación de los derechos por parte de la Corte constitucional superando aquellas diferencias interpretativas, unificando la jurisprudencia y creando justamente seguridad jurídica, ya que la coherencia del texto constitucional solo puede ser lograda por un órgano que asegure una consistencia uniforme en la interpretación de normas abiertas o normas téticas de las que generalmente se componen los textos constitucionales.¹²⁴

Así como la casación es el mecanismo mediante el cual se unifica la interpretación de la ley, la acción extraordinaria de protección es el mecanismo que garantiza la uniformidad en la interpretación de la Constitución teniendo en cuenta que distintas personas razonables pueden llegar a defender interpretaciones diversas sobre el alcance de una disposición constitucional.¹²⁵

Los argumentos de Bernal Pulido en ese sentido son aclaradores, cuando dice: «el precedente jurisprudencial es una técnica indispensable para el mantenimiento de la coherencia en los sistemas jurídicos. Dicha coherencia es aún más necesaria cuando se trata de la interpretación de la Constitución [...] Esta red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución. Es un mecanismo sin el cual el texto de la Constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica».¹²⁶

123. C. Botero y otros, *op. cit.*

124. A. Grijalva, «Perspectivas...», p. 271.

125. C. Botero y otros, *op. cit.*

126. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 157.

Uno de los papeles primordiales de las cortes constitucionales dentro de un Estado constitucional de derechos, es unificar la interpretación del alcance de los derechos fundamentales sin que ello implique una genialidad de los jueces constitucionales, sino simplemente una lógica consecuencia de la supremacía constitucional en el orden jurídico nacional.

Gracias a la experiencia colombiana en donde la Corte constitucional ha alcanzado un desarrollo importante en el ejercicio de sus competencias tutelando los derechos fundamentales y garantizando la supremacía de la norma fundamental, la nueva Constitución de nuestro país en su art. 436, num. 6, prescribe que una de las facultades de la Corte constitucional es el 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.

En el ámbito constitucional, la acción extraordinaria de protección lo que busca es se respete la supremacía constitucional, se unifique la jurisprudencia y se tutelen los derechos fundamentales, una suerte de casación constitucional para utilizar un calificativo.

Me parece que tanto la acción extraordinaria de protección, así como el recurso extraordinario de casación tienen dos finalidades: una pública que es la primordial, el velar por la vigencia del derecho objetivo mediante el control de la legalidad en los fallos de instancia, además de propiciar la unificación de la jurisprudencia (para el recurso de casación); y, la vigencia auténtica de la constitución, de los derechos fundamentales y su interpretación uniforme, (para la acción extraordinaria de protección); y otra privada, no menos importante, en donde la tutela de una situación jurídica subjetiva o la reparación de los agravios proferidos a las partes por el fallo recurrido, redundan en la defensa del derecho objetivo, constituyéndose el recurso de casación y la acción extraordinaria de protección, en el instrumento necesario que utiliza el ordenamiento jurídico del Estado para conseguir que el tribunal de casación realice el control de legalidad en el un caso, y la Corte constitucional un control de constitucionalidad en el otro caso, más si tenemos presente, que tanto en el recurso extraordinario de casación como en la acción extraordinaria de protección, los únicos que pueden recurrir son las partes que hayan intervenido en el proceso judicial y hayan recibido el agravio en la sentencia o auto.¹²⁷

Por otro lado, es necesario anotar un argumento esclarecedor en torno al tema, cuando Rodrigo Uprimny Yepes y Mauricio García Villegas, en torno a lo que en Colombia en doctrina se ha denominado vías de hecho:

127. Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2005, p. 35.

la tutela procede contra una decisión judicial cuando ésta incurra en un error de tal magnitud, que pueda concluirse que la misma se aparte tan ostensible, del ordenamiento jurídico, que en el fondo no es realmente una providencia sino una vía de hecho. La Corte ha precisado que existen cuatro defectos o yerros que transforman un providencia en vía de hecho susceptible de tutela: i) el defecto sustantivo, si la norma invocada es claramente inaplicable al caso concreto; ii) el defecto fáctico, o error grosero en la valoración probatoria; iii) el defecto orgánico, por falta de absoluta competencia; iv) y el defecto procedimental, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo. Conviene mantener la procedencia de la tutela en estos casos de vías de hecho.¹²⁸

LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El criterio que predominó en la Constitución ecuatoriana del 98 era el siguiente: si la función judicial es parte del sector público, sus actos tienen el carácter de públicos, constituyen una parte de la administración pública y por ende, tenía cabida el amparo constitucional hoy acción de protección contra estos actos (por ejemplo, nombramientos de funcionarios, sanciones disciplinarias, etc.); pero, cuando sus actuaciones dentro de un proceso constituyen verdaderas decisiones judiciales, estas no son susceptibles de impugnación alguna en razón de la invocada «independencia judicial» (art. 95, inc. 2 de la Constitución de 98).

En nuestro país, el debate en torno al tema de la acción de amparo o protección, se lo ha restringido exclusivamente a determinar: primero, ¿cuándo los órganos de la función judicial actúan en ejercicio de una función jurisdiccional y en consecuencia dictan una decisión judicial?; y, segundo, ¿cuándo lo hacen en el ámbito administrativo y en consecuencia toman una decisión administrativa?

Hasta antes de la vigencia de la nueva Constitución, el Ecuador se adscribía dentro de una tesis negativa, cerrando cualquier posibilidad de impugnación vía amparo constitucional respecto de decisiones judiciales. Obviamente el criterio que predominó, era el de un Estado legislativo clásico en donde los jueces, infalibles interlocutores de la ley en la aplicación a casos concretos no eran controlados bajo ningún punto de vista, ellos eran simplemente boca de la ley, encargados de controlar la correcta aplicación de las

128. Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny Yepes, en <www.dejusticia.org/>.

leyes en los casos puestos a su conocimiento, una especie de jueces mecanicistas reverentes al principio mayoritario.

Los jueces y demás órganos jurisdiccionales en el paradigma clásico han sido vistos como intocables y quizá en una apreciación extrema, como los únicos garantes de los derechos fundamentales de los cuales nada se podía dudar. Eran ellos quienes garantizaban el ejercicio pleno de los derechos fundamentales dentro de un proceso sin que les pudiera imputar violación alguna de derechos fundamentales en el desempeño de su función.

Bajo este paradigma, la antigua Corte Suprema de Justicia de nuestro país, con la idea errada, por cierto, de que una revisión de sus fallos constituye nada más y nada menos que una intromisión inaceptable en la esfera de su competencia, encontraría el justificativo necesario para que en aplicación del art. 15 de la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial, y al amparo de la disposición constitucional contenida en el art. 95, inc. 2o. de la Constitución de 1998, que como comentábamos cerraba cualquier posibilidad de impugnación vía amparo en contra de decisiones judiciales, dictó unas regulaciones en torno al entonces amparo constitucional, tomando posición por una clara opción legalista de aplicación e interpretación de los derechos, reforzado y hasta restringiendo el ámbito de aplicación de una garantía jurisdiccional de los derechos necesaria dentro de un Estado de Derecho.¹²⁹

La nueva Constitución del Ecuador en su art. 94 cuando se refiere a la acción extraordinaria de protección, ha instituido una acción autónoma e independiente, con un trámite y procedimiento propio, diferente a la acción de protección acorde al nuevo modelo de Estado.

Por su parte, los artículos 94 y 437 de la Constitución en vigencia garantizan una amplia legitimación activa cuando dispone que la acción extraordinaria de protección pueden intentarla los ciudadanos en forma individual o colectiva para ante la Corte constitucional, tanto de quienes han sido parte como de quienes hayan debido ser parte en un proceso¹³⁰ siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias y autos firmes y ejecutoriados.
2. Que se demuestre que en el juzgamiento se ha violado por acción u

129. Resolución de la antigua Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional publicada en el RO No 378, de 27 de julio de 2001, posteriormente reformada con la resolución publicada en el RO No. 559, de 19 de abril de 2002.

130. El art. 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que «la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que *han o hayan* debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial», situación sutil puesto que, al parecer, se estaría retornando a la teoría de los derechos públicos subjetivos que la actual Constitución descartó proclamando como decíamos una amplia legitimación activa en materia de garantías jurisdiccionales.

omisión el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

3. Que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

En cuanto al primer requisito, está por demás recalcar que las sentencias recurridas tengan el carácter de ejecutoriadas, y no ejecutadas puesto que si la sentencia ha sido ejecutada no cabe un juicio de constitucionalidad en aplicación del propio principio constitucional de seguridad jurídica.

En lo que respecta a la violación a los derechos fundamentales, el énfasis de la norma constitucional en torno a la violación de los derechos inherentes al debido proceso, no es casual y a pesar de que no se excluyan a otros derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, por su doble naturaleza: como derecho fundamental y como garantía indirecta de otros derechos fundamentales, es una pieza fundamental dentro del Estado Constitucional,¹³¹ característica fundamental en este análisis puesto que solamente a través de una observancia irrestricta al debido proceso, podemos hablar de que un proceso es constitucionalmente válido.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando se refiere a los derechos violados parece ser imprecisa, cuando siguiendo el camino trazado por la Constitución habla de violación a los derechos constitucionales y derechos del debido proceso ¿es que acaso los derechos del debido proceso son distintos a los derechos constitucionales? La verdad es que no, sino que simplemente, es en el marco del debido proceso donde se hacen efectivos todos los otros derechos constitucionales.

A mi entender, tanto la norma constitucional como la norma legal, cuando se refieren a derechos constitucionales y derechos del debido proceso, pretenden reconocer que cuando el proceso es de naturaleza ordinaria; es decir, dentro del control de legalidad, sea de la naturaleza que fuere, es posible de que en su tramitación puedan violentarse cualquier tipo de derechos fundamentales incluidos los derechos que tienen que ver con el debido proceso; sin embargo, si nos encontramos frente a un proceso constitucional como la acción ordinaria de protección, (en donde se ejercita ya un control de constitucionalidad), y se supone al menos, que el juez constitucional encargado de conocer la causa, es el principal garante de todos los derechos fundamentales, puede suceder –y es más sucede–, que en esta clase de procesos se violen algunos derechos, exclusivamente derechos relativos al debido proceso, en cu-

131. C. Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 335.

yo caso surge otra interrogante ¿entonces existe la posibilidad de poder interponer una acción extraordinaria de protección en contra de un sentencia dictada dentro de una acción ordinaria de protección? Esto lo analizaremos mas adelante.

En lo que se refiere a la necesidad de agotar todos los recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, lo que se hace es confirmar el carácter de subsidiario de esta acción; es decir, una exigencia procesal previa a su interposición, garantizando que la intervención del máximo órgano de justicia e interpretación constitucional solo se produzca en los casos en donde no haya sido posible tutelar el derecho vulnerado a través del cause de la justicia ordinaria.¹³²

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la Constitución en su alusión a los recursos ordinarios y extraordinarios nos obliga a definir a nuestro entender, primero, cuáles son los recursos ordinarios y extraordinarios existentes en nuestro sistema jurídico; y, segundo, hasta donde alcanzan estos tipos de recursos dentro de cada unos de los controles: el de legalidad y el de constitucionalidad.

Pensemos que dentro del control de legalidad, los recursos ordinarios son el de apelación (se entiende de la sentencias o autos con fuerza de sentencia), y el de casación como recurso extraordinario cuya competencia corresponde a la Corte Nacional; pero cuando nos encontramos dentro del control de constitucionalidad al no existir expresamente un recurso extraordinario, el tema concluye con la interposición de un recurso ordinario de apelación cuya competencia corresponde a las salas de la Corte Provincial respectiva (art. 86, num. 3 de la Constitución).

La acción extraordinaria de protección al tratarse de un juicio constitucional en contra de una decisión judicial que implica una violación a un derecho fundamental, ya sea que la violación ocurra durante el proceso o en la decisión judicial misma, (diferencia sustancial puesto que si la violación ocurrió durante el proceso, es necesaria su invocación en el momento procesal preciso y no solo al momento de la interposición de la acción extraordinaria), ha merecido una regulación especial en torno el término para poder interponer esta garantía pues no podría pensarse de ninguna manera que una resolución judicial pudiera ser impugnada en cualquier tiempo argumentándose una violación constitucional, lo cual si contrariaría el principio constitucional de la seguridad jurídica.

Teniendo como referencia que para la legitimación activa, la facultad de poder activar esta garantía se imputa tanto a las personas que han sido parte

132. Claudia Storini, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009, p. 308-309.

o hayan debido ser parte; la LOGJCC en su art. 60 ha establecido que el término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional para quienes fueron parte, y, para quienes debieron serlo, el mismo término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia.

Otros requisitos contenidos en la ley, no solo del contenido de la demanda de acción extraordinaria sino de admisibilidad a ser constatados por la Sala de Admisión de la Corte constitucional previstos en el art. 62 de la LOGJCC son los siguientes: que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso; que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico; que los fundamentos no se agoten solamente en consideraciones de lo injusto o equivocado de la sentencia así como el fundamento de que la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley o valoración probatoria (lo cual refuerza la idea desplazar del conocimiento de la Corte cualquier situación inherente a la justicia ordinaria), entre otros.

José Antonio Rivera, en torno al caso, manifiesta:

Empero cabe aclarar que no se trata de que toda irregularidad cometida dentro de un proceso dé lugar a la procedencia del amparo, porque, si bien es frecuente que se produzcan irregularidades, ellas se corrigen dentro del propio proceso y, en su caso, algunas no afectan el resultado mismo del proceso. Entonces, solo deberá acudir a la vía del amparo para corregir aquellas irregularidades muy graves que afecten el resultado del proceso y no exista otra forma para corregirlas que no sea la vía constitucional.¹³³

Vale recalcar que el hecho de cómo la Corte vaya definiendo el contenido esencial de los derechos y vaya trazando su línea jurisprudencial, facilitará la comprensión de cuándo se viola un derecho constitucional, a efectos de interponer una acción extraordinaria de protección, al tiempo que permitirá que la misma Corte conozca acciones extraordinarias de protección no solo en contra de derechos constitucionales contenidos en la norma suprema, sino además en contra de decisiones judiciales que violen la interpretación que de tales derechos haya realizado la Corte.¹³⁴

La LOGJCC, en su art. 63, cuando se refiere a las sentencias dentro de las acciones extraordinarias de protección indica: «La Corte constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del ac-

133. J. Antonio Rivera, *op. cit.*, p. 223.

134. Agustín Grijalva, «Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte constitucional», en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini, edit., *op. cit.*, p. 285.

cionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado». Ahora bien, ¿Cuáles son las consecuencias de la reparación integral? ¿Qué sucede con el proceso una vez ordenada esta reparación? ¿Cómo deberá proceder la Corte una vez declarada la violación al derecho constitucional del afectado? ¿Acaso es la propia Corte la que debe dictar la sentencia que corresponda una vez constatada la violación constitucional? ¿La reparación del derecho abarca alguna acción en contra del juez que violó el derecho constitucional?

Dentro de la acción extraordinaria de protección prevista en el art. 94 de la Constitución como una garantía jurisdiccional de defensa de los derechos inherentes al debido proceso u otros reconocidos en el mismo texto Constitucional (art. 437 de la Constitución), la Corte constitucional como órgano supremo del control de constitucionalidad deberá indicar únicamente, cuál es el derecho que ha sido conculcado en el proceso, declarar la nulidad desde ese momento y remitir seguidamente el expediente al juez ordinario en donde se haya cometido la violación constitucional para que sea este o mejor aún, el conjuer según corresponda, quien dicte la resolución pertinente dentro del marco constitucional, pues son ellos, los jueces ordinarios, quienes en ejercicio del control de legalidad deben proceder a aplicar la ley que corresponda al caso en concreto apegados siempre a la norma constitucional.

Por otro lado, es obvio que si la vulneración del derecho constitucional se produce dentro de la propia sentencia, la Corte constitucional tiene la obligación de dejar sin efecto la sentencia recurrida dentro de la cual se produjo la violación constitucional, y sin dictar la que corresponda, remitir todo el expediente al juez ordinario para que se dicte una nueva resolución con un respeto absoluto a todos y cada uno de los derechos constitucionales de las partes en litigio, dejando a salvo eso sí, el pleno ejercicio de los derechos que las partes creyeren les asiste, para poder iniciar un acción de reparación por error judicial en la vía judicial ordinaria en contra del Juez que en forma clara y evidente haya violado un derecho constitucional, pues se estima que estando los jueces en una condición de garante, ellos deben siempre respetar los derechos constitucionales de las partes, sin que se trate entonces de simples errores de apreciación. Ello no es más que una consecuencia lógica del deber de reparación contenido en la norma constitucional en el art. 11, num. 8 y 9.

Adicionalmente, en base al contenido del art. 64 de la LOGJCC que establece la sanción cuando la acción extraordinaria de protección hubiese sido interpuesta sin fundamento, reconoce efectivamente que para su interposición es necesario el patrocinio de una abogada o abogado patrocinador, en contra del cual se ejercitará la sanción que corresponda cuando la interposición de la acción carezca de fundamento. En realidad, no se trata de una contradicción con el texto constitucional contenido en el art. 86 de la Constitución que faculta la interposición de las garantías jurisdiccionales de los dere-

chos sin la concurrencia de un abogado; sino que, se trata de otro requisito necesario que no resulta desproporcionado si tenemos presente que dentro del juicio ordinario, las partes necesariamente debieron haber estado asistidos de un profesional del derecho, mas si como lo indicamos, la acción extraordinaria de protección, es justamente eso «una acción extraordinaria» que tiene como objetivo la tutela de los derechos constitucionales cuando estos hayan sido inobservados dentro de un proceso.

Como podemos observar, las garantías de los administrados en el nuevo orden constitucional se amplían y se complementan con la vigencia de la nueva Constitución colmando un vacío intolerable en el orden constitucional ecuatoriano.

Actualmente, la posición de los derechos fundamentales, se caracteriza por cuatro aspectos que no debemos olvidar: a) los derechos fundamentales se regulan con un rango máximo; b) con máxima fuerza jurídica; c) de máxima importancia, y, d) de máxima indeterminación.¹³⁵

Es responsabilidad de todas y de todos, abogados, abogadas, juezas, jueces, catedráticos, servidoras y servidores públicos y personas en general, hacer un uso adecuado de tan noble y delicada garantía jurisdiccional de defensa de los derechos fundamentales que asegure efectivamente un proceso de constitucionalización¹³⁶ de todo el ordenamiento jurídico.

Si la función jurisdiccional en el Estado constitucional es concebida como una actividad ejercida por un poder real e independiente, orientado a la garantía de los derechos y a la corrección de los márgenes de desviación jurídica¹³⁷; el ejercicio de la gestión pública no puede convertirse en una fuente de violación de los derechos sino todo lo contrario, una actividad de respeto y garantía de los mismos en el desempeño de la gestión.

Si queremos seguir hablando se soberanía popular, debemos entenderla como lo decía Ferrajoli, un conjunto de poderes y contrapoderes que son los derechos fundamentales, atribuidos a todos como un fragmento de soberanía, límites y vínculos necesarios de los poderes públicos que aseguren un verdadero modelo «garantista».¹³⁸

Es de esperar que esta nueva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, contribuya de manera decidida al desarrollo de

135. Robert Alexy, «Derechos fundamentales y estado constitucional democrático», en Miguel Carbonell, edit., *op. cit.*, p. 32-33.

136. Según Ricardo Guastini, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano» en Miguel Carbonell, edit., *op. cit.*, p. 49, nos dice que se trata de un proceso de transformación del ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento jurídico interno termina totalmente impregnado por las normas constitucionales.

137. M. A. Peña Freire, *op. cit.*, p. 231.

138. L. Ferrajoli, *Garantismo*,... p. 108-109.

los diferentes mecanismos de protección previstos en la Constitución, sin que paradójicamente, al ser una ley que fue pensada para el desarrollo de los nuevos principios, competencias y garantías previstas en la norma fundamental, sea la primera norma en restringir los propios instrumentos de garantía para los cuales fue diseñada.

Para concluir he de resaltar la importantísima y necesaria inclusión en la LOGJCC de la acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de la justicia indígena, la misma que se sujeta a principios y procedimientos propios que sin duda merecen ser analizados en otro trabajo; no obstante, la inclusión de las decisiones indígenas que tengan el carácter de jurisdiccionales como decisiones susceptibles de acción extraordinaria es consecuencia de la aplicación del art. 76, num. 7, lit. i) de la Constitución la misma que establece: «Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto» y del art. 171 en donde se indica con claridad que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales.

¿PROCEDE UNA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN SOBRE UNA ACCIÓN «ORDINARIA» DE PROTECCIÓN?

He de advertir que el tema planteado, no es un tema sencillo ni mucho menos, las posiciones son igualmente encontradas; unos a favor y otros en contra respecto de la posibilidad de interponer una demanda de acción extraordinaria en contra de lo resuelto en un juicio de protección «ordinario».¹³⁹

Como sabemos la acción de protección es un instrumento eficaz, breve, sencillo y sumario de defensa y protección de los derechos fundamentales frente a actos u omisiones de autoridad pública; frente a políticas públicas, y frente a particulares que con sus actos u omisiones provoquen un daño grave; el afectado se encuentre en estado de discriminación, indefensión, subordinación; el particular se encuentren prestando servicios públicos impropios; o actúen por delegación o concesión de un autoridad pública.

Ahora bien, si a través de un proceso expedido de tutela de los derechos constitucionales, como es la acción de protección ¿cabe una acción ex-

139. Digo «ordinario» para diferenciarlo únicamente de la acción extraordinaria de protección, puesto que, como sabemos, la acción de protección es una garantía jurisdiccional especialísima de protección de los derechos fundamentales que difiere notablemente de los verdaderos procesos ordinarios.

traordinaria de protección para tutelar unos derechos fundamentales que debieron ser garantizados oportunamente dentro de una acción ordinaria de protección?

Lo primero que debemos determinar es el alcance de la acción extraordinaria de protección y así poder establecer si la misma habilita su interposición cuando de acciones de protección ordinaria se trata.

Como lo manifestamos anteriormente, los requisitos de procedibilidad de la acción extraordinaria de protección –además de las regulaciones legales contenidas en la LOGJCC art. 61 y 62, que nos hablan de requisitos de la demanda y condiciones de admisibilidad– son los siguientes: a) que se trate de sentencias y autos firmes y ejecutoriados; b) que se demuestre que en el juzgamiento se ha violado por acción u omisión el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución, c) que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. Veamos ahora si la acción de protección habilita la interposición de una extraordinaria de protección.

¿En la acción de protección se emiten sentencias? Sí.; ¿Existe algún recurso ordinario o extraordinario que pueda ser agotado dentro de las acciones ordinarias de protección? Sí; ¿Es posible entonces que dentro de una acción de protección se puedan violar derechos constitucionales? Sí.

Satisfechos los tres supuestos, es posible entonces una acción extraordinaria de protección respecto de sentencias que se emiten respecto de acciones ordinarias de protección, pero se dirá entonces ¿Cuándo termina el problema? ¿Si, la acción ordinaria de protección como garantía expedida de protección de los derechos no tutela efectivamente los mismos, para qué entonces esta garantía de los derechos? ¿No será que estamos frente a una suerte de cadena interminable de lo que se conoce como «amparos sobre amparos»?

Uno de los principales argumentos sostenidos por quienes pugnan por la improcedencia respecto de este tipo de casos (acciones extraordinarias en contra de resoluciones de acciones de protección), es el hecho de que las resoluciones de amparo en su momento hoy acciones de protección ordinarias, gozan de la presunción de haberse pronunciado con apego a la Constitución ya que en el proceso de tramitación constitucional, la jueza o el juez constitucional, desarrolla una labor previa de examen constitucional para verificar una posible violación a los derechos constitucionales. Así, no podemos dejar de reconocer el carácter mucho mas restringido de la acción extraordinaria de protección en contra de sentencias que se emitan dentro de una acción ordinaria de protección, de lo contrario, estaríamos hablando de una suerte de cadena interminable de acciones, lo cual no implica un consentimiento para

que los derechos constitucionales queden desprotegidos frente a una violación grave que necesita ser revisada.¹⁴⁰

Considero fundamental el análisis de algunas particularidades con la finalidad de poder sostener efectivamente la procedibilidad de una acción extraordinaria de protección sobre una de protección: a) ya que el control de constitucionalidad no puede repetirse indefinidamente cuando ya se ha hecho un análisis de constitucionalidad de un acto; es decir, se ha ejercitado ya un control de constitucionalidad, es necesario tener presente que en el juicio de constitucionalidad a través de acción de protección lo que se juzga es el acto u omisión en concreto de autoridad pública que viola un derecho fundamental; por lo tanto, sí podría existir violación constitucional dentro del propio juicio de protección ordinaria que no tenga que ver con el acto u omisión impugnada. Lo que se juzga no es el acto originario sino la actuación del órgano judicial sin entrar a conocer los hechos del caso; b) teniendo presentes que el juicio de protección o acción de protección tiene justamente como finalidad subsanar cualquier violación constitucional que tenga relación con un acto u omisión de autoridad pública y de los particulares en determinados supuestos, es justamente una jueza o juez constitucional encargado del conocimiento y resolución de una acción de protección el órgano óptimo de protección de los derechos fundamentales; sin embargo, ello no quita que puedan existir violaciones constitucionales referidas al debido proceso exclusivamente; en tal virtud, si procedería a mi criterio (cuando se refiere a derechos inherentes al debido proceso), que se interponga una acción extraordinaria de protección, lo cual nos coloca dentro de una corriente permisiva moderada cuando de acciones ordinarias de protección se trata, ya que en los procesos ordinarios es posible la tutela respecto de cualquier derecho constitucional; c) a pesar de que los jueces constitucionales de primera instancia, ejercen jurisdicción constitucional delegada por disposición constitucional (art. 86, num. 2, de la Constitución), la Corte constitucional sigue siendo la máxima instancia de control e interpretación constitucional; en tal virtud, la única forma de reparar una violación a un derecho constitucional inherente al debido proceso dentro de una acción ordinaria de protección, es habilitar la vía de la acción extraordinaria de protección y de esta forma ser coherentes no solo con el nuevo modelo de Estado sino también con el respeto absoluto a los derechos fundamentales por parte de cualquier órgano público, y, d) lógicamente es procedente también la acción extraordinaria, si una sentencia estimatoria expedida dentro de una acción de protección está en contra de la línea jurisprudencial o precedente jurisprudencial expedido por la Corte constitucional, dado el carácter de vinculante de las sentencias constitucionales (art. 436, num. 6 de la Constitución).

140. A. Wray, *op. cit.*, p. 160.

La vinculación de los jueces y tribunales supremos a la Constitución en el orden interno de los Estados, no es más que la consecuencia lógica de la existencia y reconocimiento de una norma fundamental suprema.

Es fundamental que la propia jurisprudencia constitucional trace los criterios básicos en torno a este tema con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y desestimar las demandas que solo busquen acudir a la acción extraordinaria de protección para dejar sin efecto lo resultado en un proceso de acción de protección anterior.

Conclusiones

- 1) Tal como lo expresa Luigi Ferrajoli, el principio de legalidad como garantía de certeza frente a la arbitrariedad no es ya suficiente, el Estado legislativo de derecho se encuentra hoy en crisis, y el Estado constitucional supone un nuevo cambio de paradigma dentro de la concepción de Estado.

Las leyes, como fuente de validez del ordenamiento jurídico tal como lo concebía el positivismo jurídico, han pasado a un segundo plano –sin que ello implique que no sean necesarias–. El hecho de haber sido expedidas por una autoridad competente y conforme a un procedimiento, son insuficientes frente a una condición de validez formal.

Las leyes, no se diga las resoluciones, reglamentos y demás actos del poder público ya no dependen solo de su forma de producción sino además de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. Así, dentro de un Estado constitucional, el Estado y el conjunto de sus instituciones desarrollan su actividad y expresan su voluntad a través de actos administrativos, contratos administrativos y hechos administrativos, los cuales son válidos, siempre que su contenido guarde coherencia con la Constitución, máxima expresión de la soberanía popular.

- 2) El presente trabajo se orientó fundamentalmente a establecer tres tipos de actos que por diferentes circunstancias y características han sido objeto de frecuentes regulaciones cuando de acción de amparo o acción de protección se trata, estos son: los actos políticos o de gobierno, los actos normativos, las decisiones judiciales o actos de origen jurisdiccional.

En este contexto, los actos políticos, una forma de manifestación de la voluntad administrativa, constituye una característica de actos en franco retroceso. Los actos políticos o actos de gobierno en la actualidad, no son más que una categoría de los actos jurídicos susceptibles de ser controlado tanto legalmente como constitucionalmente, dado que el poder político –fundamento de su validez– está limitado por el Derecho, única fuente de legitimidad del poder del gobernante, cuyo origen

es la expresión de la voluntad popular, sin que exista razón alguna en los actuales momentos para justificar poderes absolutos y omnímodos inmunes al control por parte de los órganos jurisdiccionales.

La teoría de los denominados actos políticos constituye una noción en franco retroceso, limitada a muy pocos casos en la jurisprudencia internacional en virtud, fundamentalmente, de que toda autoridad se encuentra sometida al derecho, proscribiéndose cualquier tipo de arbitrariedad.

- 3) Por otro lado, los actos administrativos constituyen una generalidad y en consecuencia, los actos normativos, no son más que una especie de actos administrativos con contenido general; sin embargo, tanto los actos administrativos como los actos normativos son actos de autoridad que se diferencian en algunas circunstancias particulares. El problema estriba en determinar si en realidad la sola vigencia de una ley inconstitucional, abstracta y general, ¿faculta la interposición de una acción de protección, cuando dicha ley violenta un derecho fundamental?

La consideración expuesta en este estudio se orienta a establecer que la vía directa de impugnación para los actos normativos es la acción de inconstitucionalidad ante la Corte constitucional, no así para los actos de aplicación o ejecución de una ley, que posibilitan la interposición de este tipo de garantía, ya que en estos casos, podemos encontrar frente a un caso concreto o mejor dicho un acto en concreto que pueden vulnerar derechos fundamentales aun cuando su antecedente sea una ley.

En cuanto a las leyes autoaplicativas, ellas posibilitan la interposición del amparo o protección, puesto que constituyen un ámbito de normas que no necesitan de una aplicación posterior para producir sus efectos y desde su entrada en vigor conllevan una evidente obligatoriedad que puede afectar los derechos de los administrados por lo que, el esperar actos de aplicación de una ley inconstitucional sería un contrasentido en casos de manifiesta afectación a los derechos.

- 4) El conflicto de jurisdicciones –la ordinaria y la constitucional–, conocido también como «choque de trenes», ha llevado a juristas y doctrinarios a tomar posiciones encontradas en torno al tema de la acción de amparo, tutela, o acción extraordinaria de protección y su procedencia cuando de decisiones judiciales se trata. En el caso del Ecuador este conflicto tiende a armonizarse de alguna manera con el nuevo mecanismo de control concentrado de constitucionalidad, en donde, la jueza o juez encargado del conocimiento de una causa puede remitir en consulta a la Corte constitucional el caso para que resuelva una cuestión de constitucionalidad respecto de una norma que se considera inconstitucional en el caso que se juzga (art. 428 de la Constitu-

ción ecuatoriana); al tiempo que se «agudiza», con la inclusión de una acción extraordinaria de protección en contra de sentencias y autos definitivos ejecutoriados provenientes de los órganos jurisdiccionales (artículo 94 de la Constitución) pero que sin embargo es necesaria.

Sobre la base de que la Constitución como norma suprema obliga a todos por igual, no puede existir en el ordenamiento jurídico de un Estado, una ley, un decreto, resolución o decisión judicial ausente de un control. En este sentido, la acción extraordinaria de protección cumple fundamentalmente dos finalidades: de un lado corrige errores judiciales, y de otro unifica la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales.

Por otro lado, la institución jurídica de la cosa juzgada es una creación propia del derecho procesal, instituida como un corolario del principio de seguridad jurídica; por lo tanto, quienes consideran que la legitimidad de un fallo o sentencia debe tener un mínimo de justicia material, admiten que la institución jurídica de la cosa juzgada debe ceder bajo ciertas consideraciones, ante la necesidad imperiosa de que en derecho triunfe la verdad y la justicia como fines últimos del Estado. La acción extraordinaria de protección está concebida para proteger los derechos fundamentales y no para pronunciarse sobre las consideraciones de orden legal, de manera que el juez constitucional circunscribirá su análisis solo sobre ese particular (la vulneración del derecho constitucional), sin que pueda pronunciarse sobre los demás asuntos objeto de la controversia y sin que pueda revisar en consecuencia, el fondo del litigio que motivó la sentencia impugnada.

En este sentido, la cosa juzgada no debe ser entendida como un dogma absoluto sino precisamente como lo que es, un instrumento procesal cuya finalidad es otorgar un sello de firmeza y certidumbre a un determinado fallo judicial.

- 5) El respeto a los derechos fundamentales es una obligación de todas las autoridades y de los ciudadanos en general; y, con más razón, de los jueces y tribunales en ejercicio de su actividad, como los principales garantes del respeto de unos derechos indisponibles para cualquier autoridad o funcionario.

Las supuestas regulaciones hechas por parte de la antigua Corte Suprema de Justicia en torno a la acción de amparo constitucional, así como el Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional y la propia Ley de Control Constitucional que estuvieron vigentes antes de la LOGJCC han constituido restricciones inconstitucionales de vigencia y aplicación de esta garantía. La inclusión de criterios como los actos políticos y de los actos normativos en general, sin determinar

circunstancias particulares como los actos de aplicación de leyes, las resoluciones de la Corte Suprema y del Reglamento de Trámites del Tribunal Constitucional, así como las decisiones judiciales como límites a la acción de amparo, han servido de fundamento para justificar graves violaciones a los derechos fundamentales que no pueden estar presentes y servir de fundamento en nuestros días. El control de constitucionalidad y la vigencia de los derechos fundamentales son amplios; en este sentido, no puede limitarse a consideraciones anacrónicas que avalizan un marco de legalidad pero entrañan graves violaciones constitucionales.

Es necesaria la regulación de la acción de protección en un cuerpo normativo de orden secundario, (en la actualidad LOGJCC), que agilite y trace un camino para la efectivización real de la acción de protección y la acción extraordinaria de protección sin que se restrinja o limite el ejercicio de esta acción en perjuicio de los derechos fundamentales.

- 6) Es necesario tener presente que la previsión de una acción extraordinaria de protección en el texto constitucional vigente, no constituye «un imposible jurídico» ni tampoco, una extravagancia del Estado constitucional, puesto que la única forma de que la Constitución de un país sea verdaderamente normativa y suprema es contar con estas garantías jurisdiccionales de defensa de los derechos que aseguren una vigencia e interpretación uniforme de los derechos fundamentales garantizando de esta manera la seguridad jurídica tan anhelada por nuestros pueblos.

Bibliografía

- Abad Yupanqui, Samuel, «El amparo contra leyes», en *Lecturas constitucionales andinas*, No. 3, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994.
- Alexy, Robert, «Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Andrade Ubidia, Santiago, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2005.
- Ávila, Ramiro, «Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos», en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, edit., *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- «Los principios de aplicación de los derechos», en Ramiro Ávila, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- «Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano» en *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Azula Camacho, Jaime, *Curso de teoría general del proceso*, Bogotá, Librería Jurídicas Wilches, 3a. ed., 1986.
- Benalcázar, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Blasco Soto, Carmen, *El recurso de amparo contra leyes en España*, en *Revista de derecho*, vol. 12, No. 1, agosto, Valdivia, 2001.
- Botero, Catalina y otros, *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*, Centro de Estudios de Derecho y Justicia y Sociedad, en <<http://www.dejusticia.org/>>.
- Cordero Heredia, David, «¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección», en *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009.
- Corporación de Estudios y Publicaciones, *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, t. II, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999.
- Danós, Jorge, «Lecturas sobre temas constitucionales», en *La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991.

- Dermizaky, Pablo, «Justicia constitucional y cosa juzgada», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 10a. ed., 2004.
- Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1965.
- Escobar García, Claudia, «Del tribunal a la corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?», en Ramiro Ávila, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, «Pasado y futuro del estado de derecho», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- *Garantismo, un debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- Ferreira, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2001.
- Ferrer Mag-Gregor, Eduardo, *Interpretación constitucional*, t. I, México, Puruá, 2005.
- Flores Dapkevicius, Rubén, *Amparo, hábeas corpus y hábeas data*, Montevideo, Euros, 2004.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 8a. ed., 1997.
- Gaviria, Carlos, «El estado social de derecho y la presión política por el cambio», en *Foro: Revista de Derecho*, No. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007.
- Grijalva, Agustín, «Perspectivas y desafíos de la corte constitucional», en *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Hernández Valle, Rubén, *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006.
- Martínez Dalmau, Rubén, «Supremacía de la Constitución, control de constitucionalidad y reforma constitucional», en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, edit., *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Morelli, Sandra, «El control de constitucionalidad de los actos económicos del Estado», ponencia presentada en el XI Curso Internacional «Democracia y Derecho Humanos en el Contexto Económico Latinoamericano», organizado por la Comisión Andina de Juristas, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, junio de 2000.
- Oyarte Martínez, Rafael, «La acción de inconstitucionalidad de actos normativos», en *Procesos constitucionales en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003.
- *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2a. ed., 2006.
- Penagos, Gustavo, *Los actos políticos*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1985.
- *El acto administrativo*, t. I, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 5a. ed., 1992.
- Peña Freire, Manuel Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- Pérez Luño, Enrique, *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 6a. ed., 1999.

- Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 8a. ed., 2002.
- Pólit Montes de Oca, Berenice, *El amparo constitucional, su aplicación y límites*, Quito, Corporación Editora Nacional, vol. 19, 2002.
- Rivera, José Antonio, «El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. Una perspectiva del tema en Bolivia», en *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 9a. ed., 2003.
- Salgado Álvarez, Judith, «El reto de tomarnos en serio el Estado Social de Derecho», en *Foro: revista de derecho*, No. 7, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007.
- Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.
- Sbdar, Caludia Beatriz, *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.
- Serna, Pedro, y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los derechos en conflicto*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- Serra Cristóbal, Rosario, *La guerra de las cortes*, Madrid, Tecnos, 1999.
- Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2a. ed., 2006.
- Wray Alberto, *Derecho procesal constitucional*, t. I y II, Quito, ProJusticia, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2002.
- Zagrebelky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley-derechos-justicia*, Madrid, Trotta, 8a. ed., 2008.

Internet

- <<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/021104144006.html>>.
- <http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=265>.
- <<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.80.html>>.
- <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502001000100009&lng=es&nrm=iso>.
- <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/INS.pdf>>.

Legislación utilizada

- Constitución Política de la República del Ecuador 1998. (RO No. 1, de 11 de agosto de 1998).
- Constitución de la República, aprobada en referéndum del 28 de septiembre de 2008. (RO No. 449, de 20 de octubre de 2008).
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (RO No. Sup. 411, de 31 de marzo de 1994).
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (RO No. 338, de 18 marzo de 1968).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (RO No. 52-2S, de 22 de octubre de 2009).

Reglamento de Trámite de Expediente (RO No. 492, de 11 de enero de 2002).

Resolución de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional (RO No. 378, de 27 de julio de 2001).

Resolución de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional (RO No. 559, de 19 de abril de 2002).

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Es un organismo del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene su Sede Central en Sucre, Bolivia, una sede nacional en Quito, Ecuador, una sede local en La Paz, Bolivia, y una oficina en Bogotá, Colombia.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en el Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

Universidad Andina Simón Bolívar

Serie Magíster

- 104** Luis Onofa, HUELLAS DEL DISCURSO DE CORREA EN LOS MERCADOS DE QUITO: el caso de la Constituyente de 2008
- 105** Alex Valle, EL AMPARO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR
- 106** Miguel Ruiz, CRISIS ESTATAL Y LUCHA DE CLASES EN LA VENEZUELA CONTEMPORÁNEA
- 107** Antonio Jaramillo, EL CANON EN DOS SALONES DE ARTE DEL QUITO CONTEMPORÁNEO
- 108** Cristina Burneo, AMISTAD Y TRADUCCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN BIOGRÁFICA DE ALFREDO GANGOTENA
- 109** Ángel Velásquez, ECUADOR Y LOS TEMAS DEL NUEVO DERECHO DEL MAR
- 110** Edgardo Pérez Morales, NATURALEZA, PAISAJE Y SOCIEDAD EN LA EXPERIENCIA VIAJERA: misioneros y naturalistas en América Andina durante el siglo XVIII
- 111** Jorge Luis Carrión Benítez, LOS TRIBUTOS PARAFISCALES EN LA COMUNIDAD ANDINA
- 112** María del Pilar Mora, DESDE LA FILOSOFÍA LATINOAMERICANA HACIA UN PROYECTO DESCOLONIZADOR
- 113** Juan Pablo Cadena, CRISIS PETROLERA E IMPERIALISMO: la política de seguridad energética de Bush y sus implicaciones para Latinoamérica
- 114** Christian Masapanta, JUECES Y CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD: análisis de la realidad ecuatoriana
- 115** Mary Ivers, POEMAS A COLORES: memoria e identidad indígena en la pintura de Tigua
- 116** Sebastián López, DEL AMPARO A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: ¿regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales?

La existencia de unos derechos supone como correlato la vigencia de garantías que los hagan efectivos. La garantía jurisdiccional de acción de protección constituye ese mecanismo ágil y efectivo de defensa de los derechos constitucionales; sin embargo, ha sido común en nuestro ordenamiento jurídico, restringir el uso y la aplicación de esta garantía. Resoluciones de la antigua Corte Suprema de Justicia, reglamentos del anterior Tribunal Constitucional y algunas disposiciones legales han servido de fundamento para impedir, en su momento, una aplicación directa y eficaz de la acción de amparo como una garantía efectiva de protección de los derechos.

Así, esta investigación está orientada a identificar cuáles son aquellos criterios que fueron invocados constantemente como óbices al control de constitucionalidad vía amparo constitucional. Un acercamiento a los actos políticos o de gobierno, los actos normativos y las decisiones judiciales nos lleva a establecer nuevos parámetros acerca del control vía acción de protección.

La acción de protección prevista en la Constitución ecuatoriana necesita ser regulada, pero bajo ningún aspecto restringida en desmedro de su necesaria vigencia. Es de esperar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional vigente cumpla con ese objetivo, sin que se restrinja o limite de manera inconstitucional su ejercicio.



Sebastián López (Cuenca, 1979) es Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia por la Universidad del Azuay, Cuenca (2006); Diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad Estatal de Cuenca (2007); Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional (2009) y cursante del Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E). Profesor de la Especialización Superior en Derecho Constitucional de la UASB-E, y de Derecho Constitucional en la Universidad del Azuay. Ex asesor de la Corte Constitucional del Ecuador. Actualmente se desempeña como abogado de la Procuraduría General del Estado.

ISBN: 978-9978-84-648-3



9789978846483