



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMON BOLIVAR**
Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Constitucional

EL AMPARO Y LA ACCIÓN CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVA

Autor:

Jeferson Armijos Gallardo

Tutor:

Dr. Cesar Montaña Galarza

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

Jeferson Armijos Gallardo

Quito, 28 de septiembre del 2009

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito principal el determinar de forma fehaciente si la Acción de Amparo hoy denominada Acción de Protección es o no mal utilizada por parte de los sujetos que han planteado la antes prenombrada acción como medida de protección o amparo a la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y que estos actos u omisiones se hayan derivado de cualquier autoridad pública no judicial o cuando existan políticas públicas que nieguen o restrinjan el goce de los derechos reconocidos en la Constitución.

Uno de los problemas más recurrentes que existe dentro del tema planteado es que, quienes han utilizado la acción de amparo como medio de reparación frente a la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, primero han optado por esta vía, la cual sin lugar a dudas se encuentra estipulada tanto en la anterior Constitución en su artículo 95, como en la actual Constitución en su artículo 88 lo cual permite a cualquier ciudadano en uso de sus Derechos Constitucionales accionar el órgano jurisdiccional competente y ejercer la correspondiente acción en pos de la protección de sus derechos.

Más sucede que la legislación ecuatoriana en lo que tiene que ver con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, estipulan dentro de su normativa los lineamientos y procedimientos que se deben ejecutar, cuando se haya omitido o actuado de forma arbitraria por parte de una autoridad pública.

En el presente trabajo realizaré un análisis de casos en los cuales se podrá demostrar que, quienes utilizaron la Acción de Amparo hoy denominada Acción de Protección no observaron en primer lugar los procedimientos administrativos que la Ley a previsto para estos casos y que luego de no ser aceptada la Acción de Amparo optaron por presentar la

Acción Contencioso Administrativa o también conocida como Recurso Subjetivo de plena Jurisdicción.

A mi entender y luego del estudio propuesto debo señalar que la mala aplicación de esta acción, a lo único que ha llevado es a congestionar el sistema judicial, porque en todos los casos analizados luego de haberse planteado la acción de amparo se continuó con la interposición de la correspondiente acción administrativa.

Dentro del trabajo se recurre a un estudio entre otras fuentes de las normas contenidas en la Constitución ecuatoriana codificada en 1998, así como de la nueva Constitución del 2008, en donde realizamos un estudio crítico a cerca de la aplicación del amparo en los actos administrativos.

Entre los principales temas abordados en la presente tesis, podemos sintetizar los siguientes títulos, en donde abordaremos: El Amparo en el Ecuador; La Justicia Constitucional en el Ecuador; El Amparo y el Acto ilegítimo; en el cual lo que queremos enfatizar es la forma en la cual se ha llevado esta institución jurídica en el Ecuador. En su segundo capítulo trataremos de relacionar de forma jurídica al Amparo y su aplicabilidad dentro de los procedimientos administrativos puntualizando al amparo y la supremacía Constitucional, la utilización del Amparo en los Actos Administrativos, destacando también la aplicabilidad del amparo dentro de los Actos Administrativos, enfatizando justamente en el mal uso que se le da a esta institución jurídica en nuestro ordenamiento jurídico interno. Terminaremos el presente trabajo con un análisis de casos reales en los cuales se han establecido las dos acciones dentro de un mismo caso y en donde demostraremos que existe una mala aplicación de esta acción.

AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia de mis sinceros agradecimientos y mi profunda gratitud hacia la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede-Ecuador, y por medio de esta a todos los profesores que durante los meses de estudio me brindaron solidariamente y de forma desinteresada todos sus ilustrados conocimientos y experiencias que una Maestría Internacional amerita, en especial al Dr. Cesar Montaña Galarza sobresaliente docente universitario quien con su adecuada tutoría y asesoría colaboró en gran medida a la culminación de este trabajo de investigación.

A la familia Soria Vivanco, quienes me acogieron en su hogar como otro integrante más de ésta y con su cariño y ayuda desinteresada contribuyeron de manera fundamental en la consecución de este logro profesional.

A toda mi familia quienes pese a estar lejos de mi tierra natal estuvieron siempre junto a mí, en especial a mis queridas tías; quienes siempre estuvieron al pendiente de mi desempeño en esta maestría y a todos mis compañeros y compañeras de la Universidad Andina.

Quienes tenemos la oportunidad de formarnos en las diferentes áreas del conocimiento que el Derecho brinda como ciencia, sabemos que lo único que hacemos es poner al alcance de nuestros semejantes herramientas que permitan defender de forma justa y ecuánime los derechos de los más vulnerables.

DEDICATORIA

A la memoria de mi Madre:

Quien con su formación me endilgó por la senda del bien y con su ejemplo y amor me enseñó a buscar siempre la superación personal.

A mi querido Padre:

Pilar fundamental en mi vida y a quien no solo debo mi vida sino la fortaleza para afrontar los retos y del cual sigo ese valioso ejemplo, buscando cada día destacarme de la mejor manera.

Jeferson Vicente

ÍNDICE

Introducción

CAPÍTULO I

LA ACCIÓN DE AMPARO EN EL ECUADOR.

- 1.1. El Amparo en el Ecuador
- 1.2. Los Límites del Amparo en el Ecuador
- 1.3. La Justicia Constitucional en el Ecuador
- 1.4. La Aplicación del Amparo en los Actos Ilegítimos

CAPÍTULO II

EL AMPARO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

- 2.1. El Amparo y la Supremacía Constitucional
 - 2.1.1. El Control Constitucional en el Ecuador
 - 2.1.2. Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional en el Periodo de Transición
- 2.2. El Uso de la Acción de Amparo en los Actos Administrativos
- 2.3. La Aplicabilidad del Amparo en los Actos Administrativos
 - 2.3.1. La Vulneración de los Derechos Fundamentales
- 2.4. Conclusiones finales del estudio de casos

Bibliografía

INTRODUCCIÓN.

El amparo en el Ecuador ha sido una institución jurídica que prevalentemente ha buscado la protección y reparación de los derechos subjetivos que pudieron haber sido violentados, por una autoridad pública, adoptando medidas urgentes con la única finalidad de remediar o cesar las consecuencias que se puedan derivar de la acción u omisión de un acto ilegítimo.

Con las reformas Constitucionales de 1996, se incorpora dentro de nuestro ordenamiento jurídico la figura del amparo preceptuado para esa época en el artículo 31 de la Codificación de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro oficial Nro. 2 de 13 de febrero de 1997 Constitución de 1978.

La Constitución de 1998 promulgada en el registro oficial Nro.- 1 de 11 de agosto de 1998, le dio la denominación de acción de amparo y la incorporó dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano en su artículo 95.

Con la asamblea constituyente de Montecristi, se estructura en el año 2008 una nueva Constitución en el Ecuador, la cual a decir de muchos es una de las más innovadoras en Latinoamérica y que da especial preferencia a los derechos subjetivos, que en uno de sus capítulos se encuentran plasmados como los Derechos del Buen Vivir.

Con esta revolucionario direccionamiento de los Derechos de las personas se cambia la denominación de la institución jurídica del amparo como acción de protección y se incorporan dentro de su estructura normativa, mayores alcances de proteccionismo, cuando ha existido la vulneración de derechos. En la Constitución de 1998 el ámbito de actividad de esta acción estaba dada solo para los actos que emanaban de autoridad pública, pero en la Constitución que actualmente nos rige este ámbito se extiende también a los particulares y a las autoridades públicas no judiciales.

Cabe puntualizar que la Constitución de 1998, permitía que esta acción de amparo proceda también contra particulares, cuando la conducta de estos afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Otra característica esencial del amparo hoy denominada acción de protección es que, no puede ser catalogada como un juicio sino que es un proceso sumarísimo, el cual debe ser llevado de forma oportuna y preferente por parte del juez que conozca de esta acción.

Alejandro Ponce Martínez señala que:

[...] El carácter precautelatorio de la acción de amparo lo ha reconocido la doctrina mexicana al haberla catalogado originalmente como interdicto que, en la evolución procesal, se convierte en medida cautelar a partir de 1942. Lo perentorio y extraordinario de la acción y de la resolución que se dicta señala su naturaleza transitoria [...]¹

El problema central que se ha planteado en el presente trabajo investigativo tiene que ver con la inadecuada aplicación de la acción de amparo hoy acción de protección en los actos administrativos.

Esta inadecuada aplicación ha llevado al congestionamiento del sistema judicial, ya sea por el desconocimiento de los accionantes al momento del planteamiento de esta acción o utilizado también como un recurso dilatorio con el que se busca diferir un proceso que en base a la Ley puede ser reclamado por la vía contencioso administrativa, pero que al señalarse que existen derechos vulnerados son reclamados mediante la acción de amparo hoy acción de protección.

¹ **Ponce Martínez Alejandro.** *Naturaleza de la Acción de Amparo, en Derecho Procesal Constitucional.* Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Projusticia. 2002 Pp. 15

La recolección de datos se hará mediante varios tipos de fuentes como: la normas contenidas en la Constitución de la República del Ecuador, de 1998, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva; en cuanto a la doctrina se contó con valiosos criterios emitidos por eminentes tratadistas nacionales y extranjeros como Hernán Salgado Pesantez, Luis Prieto Sanchís, Néstor Pedro Sagüés, Manuel García Pelayo, Domingo García Belaunde, Jorge Zavala Egas, Juan Carlos Benalcázar, Agustín Grijalva entre otros,

Como observaremos más adelante en el estudio de los casos que se ha propuesto, los accionantes que propusieron en primera instancia la acción de amparo como una medida precautelatoria y reparadora de los derechos que supuestamente pudieron haber sido vulnerados, luego de su inadmisión acudieron al órgano judicial competente que, en este caso es el tribunal Contencioso Administrativo para que, sea este quien resuelva sobre el acto administrativo que ha sido reclamado.

En este sentido dejo a consideración de todas las personas interesadas en la problemática de **la mala aplicación de la acción de amparo hoy acción de protección en los procedimientos contencioso administrativos**, el presente trabajo; que constituye un esfuerzo por intentar incorporar el estudio de esta importante figura jurídica dentro de la realidad jurídica ecuatoriana. Para un correcto análisis y con el afán de abordar la problemática por todas las direcciones hemos dividido el presente trabajo en tres capítulos concretamente definidos de la siguiente manera:

En el primer capítulo abordaremos todo lo inherente a la acción de amparo en el Ecuador y sus antecedentes tanto históricos como doctrinarios, tratando de llegar a interrelacionar el amparo y los actos ilegítimos y comentando sobre la aplicación de la justicia constitucional en el Ecuador.

En el segundo capítulo nos remitiremos exclusivamente al estudio doctrinario y procedimental del amparo en los procedimientos contencioso administrativos, inicialmente revisaremos lo inherente al amparo y la supremacía Constitucional, conceptualizando al control constitucional y analizando de forma profunda el uso y aplicabilidad del amparo en los actos administrativos.

Finalmente en el Tercer capítulo tomamos para nuestro estudio casos reales que se han dado en uno de los Tribunales Contencioso Administrativos de nuestro país, en donde comprobaremos de forma fehaciente como se ha aplicado de forma errónea a la acción de amparo en los actos administrativos

Finalmente realizaremos algunas conclusiones inherentes al estudio de casos que a nuestro entender tienen significancia y relevancia con el tema planteado y que son íntimamente relacionados con la problemática abordada.

CAPITULO I

LA ACCIÓN DE AMPARO EN EL ECUADOR

1.1 El Amparo en el Ecuador.

El presente Capítulo tiene como objetivo el análisis de la acción de amparo constitucional hoy acción de protección como aquella garantía constitucional extraordinaria, breve, sencilla, expedita de amparo y protección de los derechos fundamentales frente a los actos u omisiones de autoridad pública, teniendo en cuenta que el objetivo justamente de este trabajo es analizar el amparo tal y como se ha concebido en la Constitución de 1998 y su correlación con la Constitución de 2008, además su aplicabilidad en el marco de los procedimientos administrativos los cuales son aplicados en base a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La acción de amparo en nuestro país se instauró con una visión eminentemente garantista, de forma tal que cuando cualquier ciudadano vea conculcados sus derechos constitucionalmente definidos, esta acción surja como una institución que proteja a todos y cada uno los derechos que eventualmente sean trasgredidos dentro del Estado Constitucional de Derecho.

Para nosotros el Amparo es la protección jurídica que confiere el Estado a sus ciudadanos para el inmediato resarcimiento de sus derechos cuando un particular o una autoridad pública los irrespete.

Como lo señala José García Falconí:

"el amparo es el acto político y jurídico más trascendental de la historia constitucional del país, por cuanto por primera vez los ecuatorianos

*cuentan con un recurso breve, sumario y eficaz de tutela judicial de derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución Política, actos, tratados y convenios internacionales*².

Cuando nos referimos etimológicamente al término **Amparo**, podemos ver que este proviene del latín “**Anteparare**” y por ello etimológicamente amparar significa preparar, prevenir.

Pero el Amparo es una garantía que no sólo se encuentra consagrada en el Derecho Interno, sino también en el Derecho Internacional, así la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 8 determina que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, que le ampare contra actos que violen derechos constitucionales y legales.

Si cualquier ciudadano o individuo interpone una acción de Amparo, está solicitando auxilio inmediato o apoyo respecto de sus derechos vulnerados.

Al buscar conceptualizaciones y dimensiones sobre el amparo, existe un gran cúmulo de tratadistas que desde diferentes puntos de vista realizan definiciones en torno a esta institución jurídica.

Por ejemplo el tratadista y jurisconsulto argentino Roberto Dromi tiene el siguiente concepto “El amparo es una garantía de raíz constitucional que tiene por objeto proteger los derechos reconocidos por la Constitución y su ejercicio contra toda limitación, restricción o amenaza arbitraria o contraria a la ley, generada por la actividad de órganos estatales o por particulares. Se trata de una garantía destinada a salvaguardar todas las

² **García Falconí, José**, Manual de Práctica Procesal Constitucional *"El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional"*, Ediciones Rodín, 1ra. Edición, 1999, pág. 100.

libertades del hombre, con la sola excepción de la libertad física que está tutelada por el habeas corpus”³.

La acción de amparo **no es un juicio, sino una medida protectora de carácter constitucional** que, en forma preferente y sumaria, es utilizada por los ciudadanos para proteger sus derechos constitucionales y evitar que sean violados o desconocidos, proceso al que solo se aplica las normas procesales establecidas en el Art. 95 de la Constitución y las pertinentes de la Ley de Control Constitucional, concretamente los artículos 46,47 y 48 los mismos que tienen por objeto la tutela efectiva, la competencia y las personas que pueden interponer el recurso. Los artículos 49, 50 y 51 del mismo cuerpo legal señalan las reglas de procedimiento para la correcta aplicación de la acción de amparo.

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

La acción de amparo tiene por objeto la tutela efectiva de los derechos y garantías contemplados en la Constitución frente a cualquier atentado proveniente de acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que cause o pueda causar un daño inminente a más de grave. También se podrá plantear la acción de amparo contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

³ **Dromi, Roberto**, Derecho Administrativo. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1997. Pp. 720

⁴ **Oyarte Martínez, Rafael**, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, Fondo Editorial, 2da Edición, 2006, p. 17

Cuando nos referimos a la tutela efectiva el doctor Juan Carlos Benalcazar dice:

[...] este derecho es una exigencia de todo ordenamiento jurídico, desde el momento en que el Estado, en procura de la paz y la convivencia social, asume el monopolio de la composición de litigios y proscribire la autodefensa. La trascendencia del Derecho a la tutela judicial efectiva explica la acertada calificación de la jurisdicción como un poder-deber [...]⁵

La acción de amparo es una garantía para la eficaz vigencia de los derechos ciudadanos que lucha contra el autoritarismo, la arbitrariedad, las acciones de hecho, las conductas prepotentes, intolerantes e ilegales, preservando el Estado de Derecho, no solo previniendo la violación de los derechos sino, además, reparando los efectos si la violación se ha perpetrado.

La jurisdicción constitucional en la que se procesa la acción de amparo está inspirada en los principios de **informalidad, celeridad y gratuidad**.

Cuando nos referimos a la admisibilidad de esta garantía **Constitucional**, tenemos que señalar que esta tiene controles de admisibilidad que están no solo preceptuados en la Constitución sino también en la Ley para que, de esta forma el ejercicio de la Acción de Amparo se haga más eficiente y eficaz. Así lo preceptúan el Art. 46 que en su parte pertinente señala:

[...] El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la

⁵ **Benalcazar, Juan Carlos**. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Fundación Andrade y Asociados. Primera edición, 2007 Quito-Ecuador. Pp. 41

administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente a más de grave e irreparable y se impondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos [... ⁶]

A continuación enunciaremos algunos principios que estimo son necesario tratarlos y analizarlos en lo inherente al amparo puesto que son preponderantes al momento de la aplicación de esta institución jurídica. Estos tienen injerencia directa con la aplicación del amparo y son implícitos al momento de la aplicación, es necesario hablar de la Legalidad, la Legitimidad, la Constitucionalidad y la Nulidad.

1.1.1. El Principio de Legalidad

Cuando nos referimos al principio de legalidad nos estamos insertando en uno de los principios de mayor preexistencia puesto que es un principio clásico que ha estado ligado al derecho penal básicamente.

Este principio básicamente pretende garantizar la seguridad jurídica de las personas, de tal forma que se pueda saber con anticipación a los hechos que conductas están prohibidas cuales son las penas por el cometimiento de determinadas infracciones y quienes son las personas encargadas de imponer dichas sanciones.

El rasgo que mejor tipifica a esta figura jurídica dentro del Estado de Derecho o del Estado Constitucional, es la sujeción de todos sus actos a la ley, asegurándose así, el imperio de ésta. Su significación, tiene relación directa con la supremacía absoluta o predominio de la ley opuesto a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de lo arbitrario. En este sentido, el imperio de la ley se opone a todos los sistemas de gobierno

⁶ Ley 000, Registro Oficial 99 del 2 de julio de 1997.

por personas investidas de poderes amplios, arbitrarios o discrecionales. Este principio fundamental está basado en que, son las leyes y no los hombres que gobiernan los Estados.

Dicho principio se formula sobre la base de que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una decisión individual no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior, es así un principio esencialmente protector del individuo.

Me parece interesante incluir una reflexión que tiene que ver algunos elementos que tienen varios puntos de vista al momento de aplicar este principio, esto tiene que ver con una tres dimensiones o visiones diferentes pero complementarias; Una dimensión política, una dimensión jurídica y una dimensión ética.

En su dimensión política la legalidad es aquella que regula las relaciones que se establecen entre gobernantes y gobernados. En esta dimensión está ligada íntimamente con el concepto de legitimidad y democracia.

La dimensión jurídica, tiene que ver con la forma de regular o de estructurar el ordenamiento jurídico de un Estado y al mismo tiempo fija las características que deben presentar las normas.

Y finalmente la dimensión ética, la cual inserta los valores de justicia, igualdad y equidad, en las dos dimensiones anteriores, por lo que a mi modesto criterio esta última mantiene injerencia directa sino también, recoge aspectos ligados a la costumbre.

El Doctor Luis Fernando Torres define a la legalidad como:

“La calidad de lo que es legal, lo cual significa, en pocas palabras, estar conforme a ley. ¿Cuál Ley? ¿Aquella norma expedida por el legislador? Aquí se toma a ley en su sentido formal pero sin olvidar su contenido jurídico. Por eso se dice que es el acto que dinamiza del órgano del órgano legislativo de acuerdo con las normas prescritas por la Constitución, incluyendo una regla del derecho. No es únicamente la ley en sentido formal – todo acto que dinamiza del legislador – ni en sentido material – todo acto que dinamiza del órgano legislativo o ejecutivo que tenga contenido jurídico, sino la ley en sentido formal con contenido jurídico, la que determina la legalidad de las normas o actos, que, de atentar contra la ley pueden ser atacados ya no por vicios de inconstitucionalidad sino por razones de legalidad”⁷.

Al respecto concuerdo con el valioso aporte del jurista Torres pues creo que la legalidad tiene relación directa con la norma que se encuentra prescrita dentro de la Constitución o de la Ley pues del contenido jurídico creada dentro de la norma depende el cumplimiento de esta, siempre y cuando esta no contenga vicios de inconstitucionalidad dada principalmente por razones de ilegalidad de la norma prescrita.

1.1.2 El Principio de Legitimidad

Cuando hablamos de la legitimidad como principio tenemos que ajustarla a los actos que se presentan de conformidad y adecuados a la ley, es a esta figura jurídica a la que se denomina legitimidad para el ejercicio de una acción en base a la capacidad o al derecho para ejercer una función.

La legitimidad como producto social se puede definir como una realidad contingente, en la que tienen cabida diferentes principios entre los que podemos señalar;

⁷ **Torres Luis Fernando.** El Control de la Constitucionalidad en el Ecuador. 1987 Quito Ecuador. Pp. 42

La herencia, la inteligencia, el éxito social, la eficacia, la igualdad política o social, la elección, el carisma, todos estos en un conjunto son parte de un acto legítimo. Si lo ejemplificamos relacionándolo con el Gobierno legítimo, es aquel que hace lo que debe hacer y lo hace bien, basado en el bienestar colectivo satisfaciendo por sobre todo el interés público.

“Max Weber distinguía algunos tipos de legitimidad, el carismático o el racional este dado por la costumbre; el personal de un caudillo o jefe calificado y el de preceptos legales y en las autoridades investidas por la Ley. Aquí en Colombia por la costumbre es aplicativo de la legitimidad en parte racional.”⁸

Entendemos por legítimo, todo acto que está regido a las buenas costumbres y a los lineamientos éticos además de estar en base a los preceptos legales, aunque esto no siempre es una regla a seguir.

En base a que es la legitimidad el Tribunal Constitucional del Ecuador ha señalado lo siguiente:

“La legitimidad de un acto de autoridad depende de sus cualidades jurídicas, no de circunstancias de entorno político. Si tal acto de autoridad proviene de un gobierno de facto, pero está cobijado bajo un concepto de juridicidad, de tal modo que ostente atributos de derecho que lo legitimen, puede respetarse en un régimen constitucional, pues el régimen político no enerva la validez y eficacia jurídica”.

Dentro de un Estado de Derecho se puede establecer que la legitimidad está regida por preceptos básicos o esenciales que tienen relación directa con el titular de una acción, el procedimiento que se debe seguir, la oportunidad, la causa y la finalidad del ejercicio del

⁸ Weber, Max. Revista “Apuntes de Derecho Constitucional”. Artículo sobre Teoría de la constitución, editorial Madrid. España, 1974, Pp. 145.

poder, los mismos que deben ser ejercidos por los órganos encargados del control según los lineamientos jurídicos pero del cual es responsable en su totalidad el gobierno que ejerce dicho poder.

“El comportamiento de legitimación no caracteriza solamente a las fuerzas que sostienen el gobierno sino también a las que se oponen al mismo, en cuanto no tengan el propósito de cambiar también el régimen o la comunidad política. La aceptación de las "reglas del juego", en particular, o sea de las normas en que se basa el régimen, no entraña solamente, como ya se ha señalado, la aceptación del gobierno y de sus mandatos, en cuanto estén conformes con el régimen, sino también la legítima expectativa, para la oposición, de transformarse en gobierno”⁹.

Finalmente podemos decir que la legitimidad es un concepto político, más sutil y ponderable, utilizado más en los axiomas de índole político, en donde su aplicación es de carácter mucho más amplio y discutible, por medio de la **legitimidad** es que se busca la obediencia sin recurrir a la coacción. Mientras que la legalidad es concepto englobado en los lineamientos jurídicos y normativos. Justamente la legalidad, que es el medio por el que un hecho se impone por la fuerza de autoridad y de la Ley.

1.1.3 El Principio de Nulidad

Según la regla general se considera nulos todos los actos contrarios a la Ley. Si nos adentramos al estudio de las nulidades procesales debemos señalar que es la que se produce respecto de los actos viciados de las partes de un tribunal o de los colaboradores a la administración de justicia, dentro de un juicio.

⁹ **BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco:** Diccionario de Política. Editorial Siglo Veintiuno Editores. Décima edición en español legitimidad. México. 1997. Pp. 104

El diccionario de Manuel Ossorio señala que “la nulidad es la sanción legal por la omisión de los requisitos y formalidades que se establecen para la validez de los actos, según su especie y la calidad y estado de las partes”¹⁰.

En cuanto al amparo debemos señalar que existen procesos en los cuales se ha interpuesto esta acción con el fin de pedir la anulación de los actos que han sido ejercidos por una autoridad, lo cual es una errada visión del ámbito de aplicabilidad que se logra con la interposición, la cual sabemos que lo que busca es confrontar la presunción de legitimidad de que gozan los actos de las autoridades públicas, cuando estos actos son ilegítimos y vulneran derechos subjetivos, la actividad humana misma, o el interés legítimo de las personas.

Cuando hablamos de nulidad la podemos distinguir en dos tipos que son los que la legislación ha establecido, una es la nulidad absoluta y otra la nulidad relativa.

La enciclopedia jurídica omeba define estos dos tipos de nulidades de la siguiente forma, en el caso de la nulidad absoluta señala que es *“aquella que se produce por un objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan[...]*¹¹”

En lo que tiene que ver con la nulidad relativa la misma enciclopedia jurídica señala que en cuanto tiene que ver a la nulidad relativa esta es aquella *que “puede ser saneada por la voluntad de las partes y la absoluta aquella que no puede ser saneada por la*

¹⁰ **Ossorio Manuel**, Diccionario Jurídico. Editorial Heliasta 2001. Buenos Aires Argentina. Pp. 246

¹¹ **Enciclopedia Jurídica Omeba**. Tomo XX Serie alfabética Multi – Opci. Editorial Driskill S.A. 1978. Buenos Aires – Argentina. Pp. 455

voluntad de las partes y que incluso debe ser declarada de oficio por el juez, que conociendo de un asunto cualquiera, se percata de la existencia de este tipo de nulidad”¹²

1.1.4 Principio de Constitucionalidad

El principio de constitucionalidad o de supremacía de la Constitución, como norma superior del ordenamiento jurídico, es un principio esencial o básico del Estado de Derecho, en el caso particular de nuestro país ya no solo un estado de Derecho, sino de derechos y justicia social. Consiste en afirmar que la Constitución, colocada en la cúspide del ordenamiento jurídico, tiene toda ella, sin fisuras ni excepciones, valor normativo inmediato y directo.

La Constitución no sólo es la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos, singularmente en lo que concierne a los preceptos contenidos en los artículos referentes al Amparo (Art. 95) Constitución Política del Ecuador 1998, los cuales tienen eficacia directa e in-mediata sin necesidad de esperar a que resulten desarrollados por el legislador.

En relación a este punto me permito transcribir una resolución de la Primera Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador en el cual señalaba entre sus considerandos lo siguiente:

[...] la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado e interpretado de tal manera que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algunos de sus preceptos.

¹² *Ibíd.*...

Que de conformidad con lo señalado en el considerando precedente, el amparo, como proceso cautelar de derechos subjetivos constitucionales, no es una acción mediante la cual se puedan remplazar procedimientos instituidos por el ordenamiento jurídico o por la misma Constitución.

Como lo ha señalado este Tribunal, para la declaratoria de inconstitucionalidad de actos administrativos concretos, como el impugnado se encuentra prevista en la acción de inconstitucionalidad en su numeral 2 del artículo 276 de la Constitución, razón por la cual la acción de amparo no es competente para dejar sin efectos un acto administrativo por estimarlo contrario a la Constitución [...]"¹³.

1.2 Los Requisitos de Admisibilidad en la Acción de Amparo según la Constitución de 1998

Si realizamos una comparación con otras legislaciones podemos establecer que la admisibilidad, consiste en una especie de fiscalización del petitorio con el que se da inicio al proceso constitucional, buscando, a través de esta fiscalización, y cumplimiento de los requisitos tanto formales como los materiales. Dicho en otras palabras, los requisitos para acceder al órgano jurisdiccional. Tenemos que señalar que estos requisitos estaban señalados en la Ley de Control Constitucional conjuntamente con la Constitución Política del año mil novecientos noventa y ocho.

En lo inherente a nuestro país tenemos que indicar que estos requisitos de admisibilidad son de orden material antes que formal, debido a que establece en el texto Constitucional que debe existir un daño grave e inminente que atente contra los derechos reconocidos en la Constitución aunque también se pueden aplicar esta protección cuando existan actos u omisiones de una autoridad pública no judicial.

¹³ **Primera Sala Resolución** Nro.- 334-RA-01-I.S en el caso Nro. 162-2001-RA

En este punto es necesario precisar que cuando hablamos de autoridad pública no judicial, nos referimos a toda autoridad que se encuentre dentro de la administración pública que tenga poder de decisiones que puedan tener una afectación directa a los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en la Constitución.

Se incorpora de forma estructural la aplicación de esta acción en los casos que deriven en una privación del goce o ejercicio de las mismas y que estas se encuentren dentro de los derechos Constitucionales.

La Constitución Política de mil novecientos noventa y ocho y la Ley de Control Constitucional en su artículo 47¹⁴, les otorgaban competencia a todos los jueces de lo civil y penal, para las acciones de amparo. Se incluye, por lo tanto, en esta competencia a los magistrados de las Cortes Superiores, Tribunales Fiscales y Tribunales de Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Al hacer una retrospectiva de los orígenes del amparo podemos decir que en nuestro continente los primeros indicios de incorporación jurídica se dieron en México exactamente en la ciudad de Yucatán, en el año de 1840, el jurista y político Manuel Crescencio Rejón, quien “incorpora en la Constitución local el juicio de amparo, entendido como un remedio procesal para hacer valer los derechos de los particulares, en cuanto

¹⁴ **Art. 47.-** Son competentes para conocer y resolver el recurso de amparo, cualquiera de los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos. También podrá interponerse el recurso ante juez o tribunal de lo penal, en días feriados o fuera del horario de atención de juzgados y tribunales, o en circunstancias excepcionales, que deberán ser invocadas por el solicitante y calificadas por dicho juez o tribunal, en los cuales radicará entonces la competencia privativa de la causa. En ningún caso habrá inhibición del juez o tribunal ante el cual se interponga el amparo, salvo cuando entre éstos y el peticionante existan incompatibilidades de parentesco u otras señaladas en la ley.

algún órgano de gobierno violara un derecho del hombre o garantía individual, con lo que era posible denunciar el hecho a fin de que fuera reparado el agravio”¹⁵.

Tenemos que tener claro que el amparo como institución jurídica de protección de derechos Constitucionales está regido por varios principios fundamentales como los de celeridad, libertad, dignidad, igualdad y en el respeto a los derechos humanos.

Justamente esta positivación de derechos humanos ha sido una de las bases en las que se ha sustentado la lucha de las clases más pobres y desprotegidas contra el poder omnímodo y absolutista de tal forma que al ejercer el control de todos los órganos estatales, con los que coartaba de todas las formas posibles el acceso a la justicia y limitaba las iniciativas que puedan ser propuestas a favor de los ciudadanos, no se permitía que estos gocen de forma eficaz y efectiva de todos sus derechos.

Cuando buscamos situarnos en el tiempo en que se institucionaliza de forma práctica el amparo en el Ecuador y su subsecuente aplicación legal, nos situamos en la década de 1990, aunque también ha sido enunciado con distintas denominaciones en varias de las Constituciones con las cuales ha contado nuestro país a lo largo de la historia. Debemos señalar que es en la Constitución de 1978, en el regreso a la democracia con el Gobierno de Jaime Roldós, en la cual se preceptúa por primera vez al Amparo como institución jurídica proteccionista de derechos.

A continuación me permitiré transcribir el artículo en el cual se encontraba preceptuado el amparo en la Constitución de 1978, codificada en 1996.

“Artículo 31.- Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la

¹⁵ **Padilla, José.** Sinopsis del Amparo, México, Fondo de Cultura Económica, FCE. Pp. 91

administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

Para este efecto no habrá inhibición del juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados. El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinticuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado, ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el juez dictará su resolución, a la cual se dará inmediato cumplimiento. La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos, el juez remitir de inmediato el expediente al superior”¹⁶.

Pese a existir dentro de nuestra no muy dilatada tradición jurídica, esta institución legal, la misma no ha sido utilizada de manera eficaz tal y como lo ha establecido nuestra Constitución y las leyes para su aplicación. La acción de amparo y hoy llamada acción de protección ha sido concebida como una institución de protección de Derechos Fundamentales.

“Es conocido que la Escuela Iusnaturalista ha desarrollado de forma puntual y pertinente el concepto de derecho fundamental y sobre este trabajo primigenio se han elaborado todos los instrumentos internacionales y las Constituciones de la mayor parte de los Estados del mundo.”¹⁷

Justamente en nuestro país la concepción que tienen la gran mayoría de nuestros teóricos y administradores de justicia está ajustada a la tesis Iusnaturalista y esto puede ser señalado cuando hacemos un corto muestreo de las diferentes sentencias que han dado en los organismos de control Constitucional ecuatorianos.

¹⁶ Ley 131, **Registro Oficial No. 999, 30-VII-1996**).

¹⁷ **Cueva Carrión, Luís.** *Acción Constitucional Ordinaria de Protección.* Ediciones Cueva Carrión, Primera edición. Quito-Ecuador. 2009. Pp. 130

El amparo constitucional como garantía de los derechos en el orden jurídico necesita ser regulada pero no restringida en aras de salvaguardar efectivamente los derechos constitucionales y que por su carácter de extraordinaria, (lo cual no implica subsidiariedad) pero que por su singularidad ha sido objeto de aclaraciones y regulaciones en unos casos, y de limitaciones y restricciones en otros.

Ya en materia de amparo constitucional, la Corte Suprema de Justicia mediante resolución publicada en el Registro Oficial Nro. 378 de 27 de julio de 2001 (primera resolución), y la resolución publicada en el Registro Oficial Nro. 559 de 19 de abril de 2002 (segunda resolución) en atención a lo dispuesto en el Art. 15 de la 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 la correcta aplicación de la Ley de Control Constitucional, en su Art. 2 literal 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, y que tenga alcance o efecto general; [...]”¹⁸.

Si bien la Corte Suprema de Justicia entre sus facultades se incluye el dictar normas interpretativas de la ley con el carácter de general y obligatoria, el problema surge más bien cuando esta función del Estado incluye en sus resoluciones algunos puntos de derecho no previstos en la ley de Control Constitucional vigente (norma a la cual la Corte 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 Constitución Política es amplia en materia de amparo cuando habla

¹⁸ Resolución de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional publicada en el Registro Oficial Nro. 559 de 19 de abril de 2002.

que se pueden impugnar vía amparo constitucional todos aquellos actos u omisiones ilegítimas de autoridad pública sin restricción alguna salvo la de las decisiones judiciales la cual será objeto de estudio en un próximo capítulo.

Al realizar una corta comparación con el texto de Constitucional 2008, podemos decir que este contiene un avance considerable y además innovador en lo referente a los derechos fundamentales de las personas, y señala de forma preferente derechos que se circunscriben en la capacidad del buen vivir del ser humano además instaure regímenes en este mismo sentido en los que ya se realiza una segmentación de forma ordenada e igualitaria de protección de los derechos y además se compromete a resguardar de forma preferente la salud, la educación, la seguridad social, hábitat y vivienda, cultura, ciencia y tecnología, seguridad entre otras y es justamente en estos aspectos en los cuales hoy en día se puede plantear la protección de los derechos, ya no como **la acción de amparo**, como institución jurídica de protección de derechos, sino que se deberá plantear la **acción de protección** como institución jurídica y garantista de los derechos de los y las ciudadanas.

1.3 Los Límites del Amparo Constitucional.

No existe uniformidad de criterios dentro de la legislación comparada, la doctrina, y la jurisprudencia, respecto a qué derechos deben ser protegidos por esta acción de amparo constitucional; pues mientras algunas Constituciones como la Argentina de manera taxativa establecen (generalmente a través de un catálogo o también llamado código procesal constitucional), qué derechos fundamentales son objeto de tutela, otros optan por añadir a éstos los demás derechos constitucionales reconocidos en el texto de su Constitución; para finalmente otros establecer que son tutelables en apego a los derechos humanos consagrados en la Constitución, los Tratados Internacionales y las Leyes.

El amparo constitucional no sólo protege los derechos constitucionales distintos a la libertad individual la cual está protegida mediante la acción de habeas corpus, sino también a derechos consagrados en los instrumentos internacionales y leyes; es decir a aquellos derechos que no gozan de rango constitucional, pero que llegan a ser tutelados debido a una interpretación extensiva de una norma Constitucional.

Esa posición ha sido adoptada por México, que admite la procedencia del llamado “amparo-casación” o “amparo-recurso”,¹⁹ en defensa de la legalidad de las resoluciones judiciales, es decir, de la exacta aplicación de la ley.

El alcance con el que cuenta esta institución jurídica constitucional, ha sido objeto de amplio debate dentro de la doctrina argentina; en sentido de que si con la nueva redacción, la protección que brinda el amparo no sólo abarcaría a los derechos constitucionales en sentido lato, explícitos o implícitos, sino también a los contenidos de los tratados además de las leyes, centrándose actualmente la discusión en la posibilidad de que aún se protejan los derechos contenidos en leyes no formales esto es lo que consta en los diferentes Decretos, reglamentos, etc.

En nuestro caso particular ecuatoriano esta acción opera, para los actos ilegales e ilegítimos derivados de autoridad pública, justamente el **art. 88 de la Constitución vigente** señala lo siguiente en lo referente a la Acción de Protección.-

Art. 88. *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en esta Constitución, y podrá interponerse cuando exista una violación de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño*

¹⁹ **ABAD Yupanqui, Samuel**, El proceso constitucional de amparo, en *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Jurista Editores, Lima-Perú, 2003, pág.329.

grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”²⁰.

Como podemos colegir en la normativa que se encuentra vigente, existe una aplicación amplia de los que significa la protección de los derechos constitucionalmente preceptuados dentro de la Carta Magna, puesto que no solo se circunscribe a la operativización en ciertos casos sino que se amplía en relación a el campo de operación con la que se contaba en la Constitución de 1998, estos avances tienen que ver directamente con la aplicación de esta acción no solo cuando han existido actos u omisiones de una autoridad pública no judicial, en este caso se tiene que tomar en cuenta que las decisiones judiciales no son susceptibles de la aplicación de esta acción, pero se innova en lo referente a la ejecución de las políticas públicas señalando que, cuando no exista una correcta provisión de los servicios públicos él o las personas que se consideren violentados en este derecho pueden interponer esta acción con el objeto de que, mediante resolución de juez competente se pueda obligar a la o las autoridades de las instituciones encargadas en proveer estos servicios a cumplir con la provisión de los mismos.

En cuanto a los efectos jurídico- procesales, se garantiza su ejecución, es decir, que se cumpla con lo dispuesto en el fallo, dándole el carácter de cosa juzgada solamente en relación a las partes objeto de la controversia constitucional, sin conferirle dicho efecto a las sentencias que no se otorguen.

“La figura del amparo en las legislaciones latinoamericanas como instituto para garantizar la protección de los derechos fundamentales, se ha fortalecido desde 1948 a través de la tutela de diferentes instrumentos internacionales que garantizan- el derecho humano al amparo constitucional- ello es, el derecho fundamental de toda persona aun recurso sencillo, rápido y esencialmente efectivo que lo “tutele” ante jueces o tribunales competentes e independientes, contra los

²⁰ **Constitución Política de la República del Ecuador de 2008**, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito- Ecuador. Pp. 57.

actos lesivos a sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, leyes, o instrumentos internacionales”²¹.

Las limitaciones que se han impuesto al amparo no solo en el Ecuador, sino también en las diferentes legislaciones de los países de Latinoamérica principalmente que es el ámbito de análisis y estudio que me he propuesto en el presente trabajo, tienen como pretensión principal delimitar el campo de acción para el cual justamente fue creado.

En este punto creo que es importante resaltar la nueva estructura Constitucional ecuatoriana recientemente aprobada, en la cual se extienden de forma significativa los ámbitos de operatividad en lo que hoy conocemos como la Acción de Protección que cuenta con innovaciones y no tiene campo de operatividad como estaba concebido el amparo anteriormente, y al que se le agregan nuevas competencias que tienen que ver directamente con la interposición de este recurso cuando los ciudadanos por sus propios derechos o en representación de un colectivo demande el suministro de servicios públicos ante la autoridad pública que esté encargada de proveerlos y se señalan también las medidas en las cuales se garantizará el efectivo y eficaz cumplimiento por parte de las autoridades o instituciones que justamente provoquen daños graves que causen un estado de indefensión o de discriminación y estén violando los derechos fundamentales de las personas ya sea de forma individual o colectiva.

En cuanto al amparo la doctora Berenice Polit Montes de Oca señala que:

“Esta tendencia a la subsidiariedad, es decir, que opera siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, tiene su influencia en la jurisprudencia Constitucional que rige en otros países. Así tenemos que el

²¹ **Calix Hernández, Jacobo.** El Amparo en la nueva Ley de Justicia Constitucional. <http://www.ciprodeh.org.hn>

Art. 2 de la Ley de Acción de Amparo de Argentina que dice la acción de amparo no será admisible cuando existan recursos y medios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional que se trata. En la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador en el art. 12 señala que la acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro de los respectivos procedimientos mediante otros recursos²²”.

Ahora bien, si en el campo del derecho constitucional este parece ser un concepto absoluto, en el campo del derecho administrativo y de la doctrina administrativa en particular como fuente del derecho, se ha admitido que el ejercicio de la función administrativa entendida esta “*como una actividad orientada a la realización de fines concretos en beneficio de la colectividad puede ser ejercida por todo el ente estatal a través de sus diferentes órganos (administración pública central o institucional), y hasta por los particulares en el marco de la leyes que les confieran atribuciones y prerrogativas particulares*”²³.

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.

La legislación ecuatoriana ha previsto diversas situaciones que se pueden calificar como limitaciones a la acción de amparo hoy llamada acción de protección, uno de esos límites tiene que ver con el trámite para la admisión de la acción.

²² **Berenice Pólit Montes de Oca.** El Amparo Constitucional su aplicación y Limites. Editorial Corporación Editora Nacional. Quito Ecuador. Pp. 82

²³ **Penagos, Gustavo,** *El acto administrativo*, Ediciones Librería del Profesional, Quinta Edición, Tomo I, 1992, p. 64.

El tribunal Constitucional, sin embargo, no ha sido partidario de la simultaneidad en cuanto se refiere a la acción de amparo y a las acciones contenciosas y ha establecido que *“lo único que no ha sido aceptado, es que se utilice de manera concurrente la vía contenciosa administrativo como la vía Constitucional”*²⁴

Este es un procedimiento que tiene como objetivo que no se abuse de esta vía extraordinaria y que a futuro lo que se buscaría es que no exista retardo ni estancamiento en los trámites que deban ser resueltos por esta vía de forma tal que no se pueda convertir en un mero trámite ordinario sino que se cumplan de forma tácita los preceptos para los cuales fue concebida esta acción.

Justamente el amparo fue concebido con la finalidad de que los particulares protejan sus derechos subjetivos constitucionales en contra de actos ilegítimos de autoridad pública, de conformidad con la finalidad de Estado de respetar los derechos fundamentales de las personas, pero ello no quiere decir que los particulares no vulneren con sus actuaciones los derechos fundamentales de otros particulares.

El maestro Manuel García-Pelayo, en "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo", hace presente que, en la actualidad, no solo que no es el Estado quien vulnera derechos fundamentales sino que los particulares se encuentran incluso en mayores condiciones para vulnerar los derechos que están preceptuados en el texto Constitucional.

Pero es también el particular común quien, a diario, vulnera derechos fundamentales de las personas y no existe, en el Ecuador, ninguna garantía que proteja al particular frente a actos ilegales que violen sus derechos subjetivos.

²⁴ Resolución del Tribunal Constitucional 0771-2004 R.A.

La finalidad principal de esta institución jurídica es justamente como se lo señaló anteriormente que los casos que deban tramitarse en esta acción, sean asuntos en los que por la necesidad imperiosa de ser resueltos, se los conozca y resuelva de forma sumarísima y preferente, toda vez que se trata de los derechos fundamentales que se encuentran violentados y que tiene además una naturaleza eminente y exclusivamente Constitucional y que serán aplicados siempre y cuando se hayan agotado todas las vías ordinarias que nuestra legislación ha previsto, con el objetivo de que no se haga un desgaste de esta acción y los subsiguientes recursos tanto legales así como económicos y humanos.

La Constitución Política de 1998 y la Ley de Control Constitucional habían señalado varios requisitos formales que tienen que ir intrínsecos en la acción que se va a instituir, y que se encuentran prescritos en los artículos 48, 49 y 50 de dicha Ley, estos requerimientos se basan esencialmente en el señalamiento de la autoridad o persona de la cual emana el acto o la omisión en la que se ha incurrido, la exposición de la existencia del acto que se está denunciando, las fundamentaciones tanto de hecho como de derecho en las que se pruebe y determine que el acto o la omisión son ilegítimos, el señalamiento de los preceptos Constitucionales que se consideran han sido vulnerados, el daño grave e inminente que se ha considerado ha sido perpetrado, según la ley de control Constitucional vigente con la Constitución de 1998.

De no contar con estos requisitos que se consideran formales, la demanda presentada ante el órgano jurídico competente, será inadmitida e incluso se ha considerado varias sanciones entre estas unas de carácter económico y lo único que se puede refutar como positivo para el accionante, es la posibilidad de volver a presentar la acción.

Aunque con el nuevo texto Constitucional que ya está en vigencia, se cambia toda la estructuración institucional y jurídica para esta clase de acciones, también cambian de

denominación el nombre de la acción y pasa a nombrarse como **acción de protección**, además para estos momentos aun tendríamos que esperar a que entre en vigencia la nueva ley de Control Constitucional, que estamos seguros normará de mejor forma la aplicación y ejecución de esta acción, aunque se tiene que tener en cuenta que la nueva Carta Magna desarrolla de mejor manera los derechos para los ciudadanos en todos los ámbitos.

Según el nuevo texto Constitucional en su artículo 429, la instancia encargada de conocer y resolver todas las contradicciones y pretensiones de índole constitucional será la Corte Constitucional, de esta forma queda delimitado el campo de acción que este organismo tiene para el conocimiento de las causas relacionadas con la interposición de este mecanismo de protección Constitucional

La acción es el derecho que le asiste al proponente y los requisitos son aquellos lineamientos formales que están determinados en las normas pertinentes antes anotadas y que deben ser tomadas en cuenta, de manera conceptual al momento de proponer y tramitar la acción.

1.4 La Justicia Constitucional en el Ecuador.

La justicia Constitucional en nuestro país no ha tenido un desarrollo sostenible y oportuno del cual todos y cada uno de los ecuatorianos podemos tomar como referente, debido a que, en su gran mayoría, los integrantes de este altísimo Tribunal de Justicia, no han sabido realizar un análisis que se fundamente en los esenciales preceptos doctrinarios y jurisprudenciales derivados del derecho y de la doctrina internacional, por lo que en el ámbito de los preceptos jurisprudenciales existe mucha ambigüedad de estos y consecuentemente no hemos contado hasta la actualidad con un recurso suficiente que

cimente nuestra justicia Constitucional y siente el precedente Jurisprudencial que como sabemos es otra fuente del Derecho Constitucional general..

Por estos antecedentes justamente nuestro país no ha podido hacer cumplir de forma cabal todos y cada uno de los preceptos constitucionales que justamente se emanan de la Carta Política ecuatoriana. Es esta una de las razones por las cuales estamos en un proceso de establecimiento para la aplicación de esta nueva forma de protección a los derechos constitucionales.

Justamente el doctor Hernán Salgado Pesantes realiza una reseña del proceso evolutivo de la justicia constitucional en el Ecuador en la que señala que es a partir de 1945 que se intenta establecer una estructura propia para esta finalidad. Sin embargo, el sistema de la Justicia Constitucional no se consolida en el Ecuador hasta hoy, sea por tomar contenidos conceptuales defectuosos e inconvenientes o bien por falta de decisión política.

“La Constitución de 1945 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales con diferentes atribuciones: unas muy propias para ejercer el control constitucional y otras que no se refieren a esta materia. Que el Tribunal de Garantías haya surgido con otras funciones, además de la que le debía ser propia, se explica debido a que reemplazó al Consejo de Estado, institución que venía desde los inicios de la República. Y, también, explica el porqué no se haya tomado de mejor manera a la institución cuyo modelo quiso seguirse y que constaba en la Constitución de la República Española de 1931.

Según la Constitución de 1945, el Tribunal de Garantías -en materia de control constitucional- debía "formular observaciones" sobre normas jurídicas (con excepción de las leyes) que fueren inconstitucionales o ilegales. En cambio, si "una ley o precepto legal" violaba la Constitución, la suspendía "hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos". (Art. 160, numerales 2 y 4)”²⁵.

²⁵ **Salgado Pesantes, Hernán.** *La Justicia Constitucional en la actualidad.* Corporación Editora Nacional. Quito Ecuador 2002.Pp. 328

Justamente en el Estado Constitucional de Derecho lo que se busca es la protección de los derechos individuales de las personas en pro de su bienestar, dentro de la organización estatal, el titular, el procedimiento, la oportunidad, la causa y la finalidad del ejercicio del poder es decir, está limitado de tal forma que el ordenamiento jurídico interno no interfiera con los preceptos Constitucionales, haciendo al gobierno responsable de sus actos a través y del control de la juridicidad.

Es por ello que el Estado liberal de Derecho o Estado legal de Derecho se originó en pro de la defensa de los derechos individuales, y es aquí en donde se conforma la primera manifestación del constitucionalismo moderno, el que se desarrolla en contradicción al régimen absolutista, sometiendo el poder del Estado, que se concentraba en la figura del monarca, el cual tenía que estar sometido a la ley.

Me parece adecuado señalar un compendio de un artículo escrito por el Dr. Bayardo Moreno, en el justamente precisa cuales son las falencias que se presentan en la Constitución de la República y en la Ley de Control Constitucional en el cual no se define con claridad el ámbito de la acción de amparo constitucional;

“los actos administrativos que están sujetos a la acción de amparo constitucional, la clase de medidas urgentes que se deben adoptar; la omisión ilegítima; el amparo efectivo y otros puntos a los que podría alcanzar el espíritu de la ley hasta llegar al extremo de convertir al Juez o al Tribunal Constitucional en parasicólogos y adivinos, cuando en su texto dice que también están sujetos a esta acción los actos que puedan violar cualquier derecho o amenacen con causar un daño grave.

Oscuridad, demasiada generalidad o vacío que traen como consecuencia también la confusión en el juez en su facultad de administrar justicia.

No se ha determinado ni en la Constitución ni en la Ley el marco dentro del que se involucran los actos administrativos, para que el proponente de la acción no abuse

hasta el extremo de la acción de amparo constitucional y el Juez no llegue a contradicciones que desmejoren a esta institución del Derecho Público de gran contenido y avanzada social. Y en fin para que no se manosee esta acción y recurso de mucho valor para el equilibrio de la convivencia humana.

La imposición de que sean los Jueces de lo civil o de lo penal los que conozcan la acción de amparo constitucional, es otro grave error constitucional y legal, ya que deberían ser jueces constitucionales o de amparo quiénes conozcan de ésta clase de demandas, si es que pueden llamarse demandas, para evitar la improvisación y el escándalo, al dejar en manos de juzgadores que no están especializados en materia constitucional, una acción que por ser sumaria y preferente se presenta diariamente en grandes cantidades; bajo la prevención a los jueces, de ser sancionados en caso de no resolver la acción en el término de 48 horas, más otras prevenciones”²⁶.

Al precisar los diferentes aspectos que se han señalado anteriormente por el mencionado jurisconsulto, es necesario realizar el análisis con respecto al nuevo texto constitucional que nos rige desde el 29 de septiembre de 2008 en el que ya reestructura y se cambia toda esta forma de aplicación del amparo como institución de protección pero solo en su enunciación, debido a que pasa a denominarse acción de protección, tal y como lo señala el artículo 88 del nuevo texto Constitucional, el mismo que señala lo siguiente:

“Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan privación del goce o ejercicio de los derechos

²⁶ <http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com>.

constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si se presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”²⁷.

Nuestro país en estos momentos está atravesando uno de los momentos más trascendentes de la historia, política e institucional de los inicios como república independiente, y justamente ese cambio radica en el fortalecimiento de la justicia Constitucional, como elemento esencial para una correcta aplicación de las normas establecidas dentro del ordenamiento jurídico interno. Con esto se da una fuerza preponderante a los derechos fundamentales de las y los ciudadanos de este país, anteponiendo estos derechos esenciales a cualquier interés de tipo particular o colectivo, así como institucional o contrario a los preceptos Constitucionales que se han establecido en la nueva Carta Magna que nos rige desde el 19 de octubre de 2008.

El doctor Ramiro Ávila Santamaría señala de forma puntual y coherente que

“El Ecuador está en mora legislativa frente a la garantía de una justicia independiente e imparcial. La independencia e imparcialidad, según el Comité de Derechos Humanos, "plantea diversas cuestiones en cuanto a la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y duración de su mandato, las condiciones que rigen su cesación de funciones y la independencia efectiva con respecto al poder ejecutivo y legislativo.

²⁷ **Constitución Política de la República del Ecuador 2008.** Publicación oficial de la Asamblea Constituyente. Pp. 64

En relación a la especialidad, no existe requisito alguno en la Constitución en relación a la experticia para conocer temas constitucionales, de derechos humanos y de ciencia política. Parecería que más que la especialidad lo que importa para su designación es su afinidad y relaciones políticas.

La garantía de funcionamiento tiene que ver con la existencia de períodos de tiempo suficientes para poder ejercer su cargo. Los vocales tienen que tener estabilidad. La Constitución establece un corto período de cuatro años. Para demostrar que pueden existir mejores garantías, mencionemos que los magistrados de la Corte Suprema no están sujetos a período fijo²⁸”

Tenemos que señalar que en nuestro país existen dos formas de control Constitucional que se han institucionalizado, las cuales son las que se han utilizado y son derivadas de la doctrina jurídica; el primero está inspirado en la democracia norteamericana donde es el poder judicial, a través de la Suprema Corte quien controla la constitucionalidad en determinados casos sometidos a su conocimiento. En este modelo debe tomarse en cuenta que esta Corte Federal tiene la decisión final en muchos casos y también la función de unificar la jurisprudencia de los tribunales inferiores. A la vez, todo juez dentro del ámbito de su conocimiento de un caso particular puede inaplicar o declarar inexecutable una norma inferior que se considere contraria a la Constitución. Se puede así mismo, declarar inconstitucional cualquier práctica social, por ejemplo aquellas que discriminan a las personas por razones de género, etnia u otras.

“El efecto de la "inconstitucionalidad" se extiende en este sistema exclusivamente a las partes del caso concreto en donde se declara la inconstitucionalidad. Esta inconstitucionalidad, no se extiende, por consecuencia a la norma misma, es decir, el precepto no queda derogado sino que se trata de un efecto inter-partes. Este

²⁸ **Ávila Santamaría Ramiro**, Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Revista Aportes Andinos. Programa Andino de Derechos Humanos. Quito - Ecuador 2005.

sistema es denominado "difuso" puesto que la función esencial de controlar la inconstitucionalidad está extendida hacia todo juez y tribunal del sistema judicial del Estado en el que se lo ha desarrollado”²⁹.

“El segundo sistema utilizado está dado por un desarrollo constitucional de reciente vigencia y aplicación y que se remonta al siglo XX, el mismo que se perfecciona en Europa, básicamente luego de la posguerra y principalmente en Alemania como cuna naciente de esta nueva concepción de respeto hacia las normas Constitucionales”³⁰.

Aquí se determina a un órgano que es el encargado de realizar el control de Constitucionalidad y el que concentra esta particular y trascendental Jurisdicción. Se trata de una entidad especial cuya función exclusiva es el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional, a través del control de los actos del Congreso y del Ejecutivo por el fondo y la forma, es decir haciendo respetar tanto la coherencia del contenido de estos actos normativos con los conceptos constitucionales, cuanto las reglas mínimas y requisitos indispensables para la formación de las normas. Igualmente, definiendo derechos y libertades en relación a situaciones determinadas, cumpliendo así un importante papel como de creador de jurisprudencia.

Justamente para la ejecución de esta normativa se crea un órgano con la suficiente capacidad administrativa así como jurisdiccional para que se tome el nombre que sea conveniente, pero según el caso particular de cada sistema jurídico, esta puede ser de Corte, Tribunal o Consejo Constitucional y su carácter y diseño requiere que tenga independencia suficiente de las funciones clásicas (ejecutiva, legislativa y judicial).

²⁹ **Ordóñez Espinoza, Hugo.** *Los efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad.* Pudeleco editores. Quito –Ecuador, Pp. 141

³⁰ **Sagués, Nestor.** *Justicia Constitucional y Control de Ley en América Latina. en La Justicia Constitucional en la Actualidad.* Corporación Editora Nacional. Quito-Ecuador. Pp. 172

1.5 La Aplicación del Amparo a los Actos Ilegítimos.

Cuando hablamos del amparo Constitucional, por lo general siempre lo relacionamos como la consecuencia de la aplicación de algún acto ilegítimo y en consecuencia se busca la activación de las garantías Constitucionales como técnicas jurídicas idóneas para la protección de los derechos.

Como ya lo habíamos señalado antes, el amparo pretende constituirse en un medio efectivo y real en el que se haga pleno uso y goce de los derechos humanos y de esta manera impedir su violación y en donde se establece a esta institución jurídica como garantía Constitucional idónea para la protección de los derechos fundamentales.

“La acción de amparo constituye un medio o procedimiento extraordinario para impedir la lesión, para que cese, o remediar las consecuencias del acto u omisión ilegítimos que viole o pueda violar uno o más de los derechos consagrados en la Carta Política”³¹.

Es requisito sine qua non para la interposición del amparo tal y como lo señala el Art. 95 de la Constitución Política y el Art. 46 de la Ley de Control Constitucional, en el cual se demuestre la procedibilidad de la acción de Amparo Constitucional, es precisamente que exista un atentado a los derechos constitucionales consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño grave e inminente.

³¹ **Pólit Montes de Oca, Berenice.** *El Amparo Constitucional su aplicación y límites.* Corporación Editora Nacional. Quito-Ecuador. Pp. 57.

La acción contencioso administrativa se dirige propiamente en contra del órgano o la autoridad de quien emanó el acto, mientras que la acción de inconstitucionalidad se dirige contra el acto mismo. Igual situación ocurre en el caso del amparo.

En el caso de la acción de amparo existe una confusión con la acción de inconstitucionalidad, al momento de su interposición, tenemos que tener en cuenta que en el amparo lo que se busca es evitar, remediar o cesar de forma inmediata las consecuencias de un acto u omisión que fuere ilegítimo.

1.5.1 La Procebilidad del Amparo

Al referirnos a la tutela de los derechos fundamentales cuando han existido actos ilegítimos derivados de autoridad pública, podemos situarnos en uno de los casos más frecuentes a los que se recurre para protegernos cuando creemos que nuestros derechos han sido conculcados por parte de autoridad pública o de un delegatario.

En este sentido justamente la Constitución y la Ley de Control Constitucional establecen que para la procedibilidad de la acción de amparo es necesario que se encuentren involucrados de manera simultánea e inequívoca, tres elementos que configuran la violación de los derechos:

- 1).- un acto administrativo ilegítimo,
 - 2).- la violación de un personal derecho constitucional,
 - 3).- la amenaza o existencia de un daño grave e inminente en perjuicio del recurrente.
- Estipulados en el artículo 46 de la Ley de Control Constitucional, y en los artículos 95 de la Constitución de 1998.

La acción de Amparo Constitucional se puede interponer también si el acto o la omisión hubieren sido realizados por las personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

Justamente en el presente trabajo de investigación se buscará demostrar que uno de los problemas por los cuales se genera un mal uso de la acción antes enunciada es en esta clase de procesos, en los cuales muchas de las veces existe una errada apreciación de su ámbito de aplicación.

El Doctor Jorge Zavala Egas, señala una situación que me parece importante resaltar y que tiene que ver con diferenciación jurídica entre los actos ilegales y los actos ilegítimos para lo cual tiene la siguiente acotación:

“La diferencia estriba en que el acto ilegal es aquel que choca contra el ordenamiento jurídico expreso, escrito del Estado; mientras que el acto arbitrario es aquel que significa un desvío de las facultades de una autoridad; es decir no colisiona contra ley alguna, pero altera los fines del Poder Público. Por ejemplo si decreta una expropiación sin la previa declaratoria de utilidad pública, para favorecer la plusvalía de las tierras vecinas, estamos ante un acto arbitrario”³²

Aunque el principal objetivo del amparo es precautelar de forma expresa los derechos fundamentales de los y las ciudadanas, es también una acción que pretende frenar, restringir y suspender las medidas que hayan sido emanadas de una autoridad pública.

Cuando nos referimos a los derechos fundamentales, tenemos que tomar en cuenta, varios de los aspectos primordiales que encierra esa acción como forma de proteger estos

³² ZAVALA EGAS, Jorge; *Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*; Primera Edición. Editorial Edino. Año 1996. Pp. 94 y 95.

derechos contra los actos que hayan emanado de los diferentes dignatarios o autoridades vinculadas a la administración pública.

Justamente en la Ley de Control Constitucional, que es la que regula la forma aplicación de esta acción en su Art. 46 señala la forma en que tiene que haberse dado la violación del derecho, para de esta forma plantear la referida acción³³

El **acto ilegítimo** es justamente todo acto que no está preceptuado como legítimo y que es contrario a la Ley o el que no concuerda con ella. La acción que se deriva de un acto ilegítimo es aquel que contraviene todas las normas que se encuentran preceptuadas en los diferentes sistemas jurídicos de cada país.

El Tribunal Constitucional del Ecuador ha emitido varios fallos en los cuales justamente se conceptualiza cuando un acto es ilegítimo y al respecto señala que:

[...]Un acto de autoridad es ilegítimo cuando se ha dictado por una autoridad que no tiene competencias para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación. La legitimidad de un acto de autoridad depende de sus cualidades jurídicas, no de circunstancias de entorno político, Si tal acto de autoridad proviene de un gobierno de facto, pero está cobijado con un principio de juridicidad, de tal modo que ostente atributos de derecho que lo legitimen, puede respetarse en un régimen

³³ **Art. 46 de la Ley de Control Constitucional dice.-** El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos. También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior.

*constitucional, pues el régimen político no enerva la validez y eficacia jurídica.[...]*³⁴

El Doctor Rafael Oyarte cuando se refiere a la determinación y demostración de la ilegitimidad del acto dice:

[...] previamente a la revisión de lo que se entiende por acto ilegítimo, se debe tener presente que el amparo no revisa la legalidad del acto o su constitucionalidad, pues para ello existen otras vías, como la jurisdicción contencioso administrativa o el control abstracto de constitucionalidad a través de una demanda de inconstitucionalidad.

*Del mismo modo, se debe considerar que la ilegitimidad jurídica que se analiza en este proceso cautelar de derechos subjetivos constitucionales no hace relación a la legitimidad política, esto es, el grado de consenso existente en un grupo relevante de la población que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo casos marginales de uso de la fuerza[...]*³⁵

Para graficar el planteamiento de esta acción podemos señalar el caso en el que la autoridad principal de una empresa de alcantarillado dispone sin una causa aparente el corte del suministro de agua potable para una o más personas en un barrio determinado, esto constituye un acto ilegítimo que causa un recurrente daño grave irreparable e inminente, por lo que procede la interposición de esta acción a favor de quienes se consideren perjudicados por la disposición de aquel acto que se reputa ilegítimo.

Vgr., **Pleno del Tribunal Constitucional, Resoluciones Nro.-** 005-2003-RA, 0012-2002-RA, 0013-2004-RA y 0014-2004-RA; Primera Sala, Resoluciones Nro.- 286Ra-01IS en el caso 011-2001-RA01-I.S en el caso 003-2001RA, 284-RA 284RA-01-I.S en el caso 006-2001-RA, 353-RA-00-I.S.

³⁵ **Oyarte Martínez, Rafael.** *La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina.* Fundación Andrade y Asociados. 2da. Edición. 2006. Quito-Ecuador. Pp. 85

Según la Constitución Política de 1998 para el planteamiento de una Acción de Amparo, el acto ilegítimo debía provenir de una autoridad inmersa en la administración pública; para que se pueda interponer el amparo por las causales antes indicadas, por tanto no cabía de ninguna manera la interposición de la acción descrita cuando la misma se derivaba de un acto ilegítimo que provenía de autoridad de la administración privada, puesto que dentro del derecho positivo no existe ninguna norma que faculte la introducción de la acción, si es que, no se han configurado estos requisitos básicos.

En referencia al planteamiento de la acción amparo, cuando no han existido estos requisitos el doctor Luís Cueva Carrión señala;

*“En la práctica se discute lo que debe entenderse por la expresión **autoridad de la administración pública** y ha constituido un problema de grandes proporciones. Por ejemplo, se ha afirmado que los actos de la función judicial, no pertenecen a la administración pública y que, por lo tanto, no cabe el recurso de amparo contra dichos actos cuando fueren ilegítimos. También se confunde esta expresión con el acto administrativo y, entonces, se dice que la acción de amparo solo cabe contra los actos administrativos ilegítimos y no contra los actos de los jueces y tribunales. Finalmente, en forma por demás absurda y con total carencia de conocimiento jurídico, sostienen algunos, que no procede la acción de amparo contra los actos que provienen de autoridad pública que ejerce jurisdicción.”³⁶*

Existe una confusión entre el acto administrativo y acto de autoridad de la administración pública, básicamente por su sentido semántico. Para el Tribunal Constitucional la aplicación del Derecho a reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales, presupone la existencia previa de un acto administrativo ilegítimo, que

³⁶ **Cueva Carrión, Luís.** *EL AMPARO, teoría, práctica y jurisprudencia.* Editorial Cueva Carrión. Cuarta edición. Año 2004 Quito – Ecuador. Pp. 92.- 2007

justamente por su ilegalidad violenta uno de los derechos Constitucionales, sea que cause o pueda causar un daño inminente a más de grave e irreparable.

“En la acción de Amparo signada con el número **No. 184-2000-RA del Tribunal Constitucional** en la cual el ingeniero Pablo Ulises Sotomayor Fernández, interpone acción de amparo contra el Ministro de Obras Públicas, fundamentado en los artículos 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, mediante el cual solicita se declare la ilegitimidad de la Resolución 008, de 10 de septiembre de 1997, y que además, se declare inconstitucional el pedido que realizó el M.O.P. para incluirlo en el registro de contratistas incumplidos, se declare la ilegitimidad de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento por parte del M.O.P., y que se le devuelva inmediatamente dichos valores”³⁷.

En esta causa el juez de primera había negado la acción planteada por el recurrente y en la Resolución de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional esta confirmó la anterior en todas sus partes, toda vez que, según las consideraciones de la prenombrada Sala, no se ha violado ningún derecho subjetivo con la interposición del acto administrativo, por tanto no es un acto ilegítimo, se debe señalar además que la acción de amparo no revisa la legalidad o constitucionalidad del acto administrativo impugnado y que la declaratoria de inconstitucionalidad se lo debe realizar ante el Tribunal Constitucional hoy denominada Corte Constitucional puesto que los efectos que se pretende obtener con la interposición del amparo es la reparación de los derechos subjetivos que pudieron ser violentados.

³⁷ **RESOLUCION No. 367-III-SALA-2000.- CASO No. 184-2000-RA.** Tribunal Constitucional del Ecuador.

Uno de los puntos que se debe advertir en el análisis del presente título tiene que ver con la competencia con la cual deben contar los órganos jurisdiccionales para la aplicación de la presente acción.

Debemos señalar que la Ley de Control Constitucional del ordenamiento Constitucional de 1998, hace una diferencia entre competencias y atribuciones, aunque básicamente esta diferenciación es semántica está relacionada con que la competencia se aplica al trámite de los procesos y justamente para el conocimiento y aplicación de esta acción son competentes la función Judicial y el Tribunal Constitucional, que con la vigencia de la nueva Constitución cambia de denominación y pasa a llamarse Corte Constitucional y es el órgano jerárquico superior dentro del ordenamiento jurídico estatal, mientras que la atribución se relaciona directamente a los asuntos administrativos y a otros.

En lo referente a la aplicación de esta acción el doctor Luís Cueva, resalta el porqué se debe buscar una aplicación auténtica y preferente de esta acción por lo que señala lo siguiente:

“La acción de amparo, como ya sabemos, tiene por finalidad proteger los derechos fundamentales de las personas, es decir, trabaja con la materia más noble del mundo jurídico; por lo tanto el procedimiento debe tener características compatibles con esta materia especial; debe ser ágil, sencillo y ajeno a los incidentes. La justicia, como producto final, debe ser de alta calidad, auténtica, verdadera, transparente, oportuna.”³⁸

La aplicación de esta garantía Constitucional, como lo es la Acción de Amparo, como ya lo hemos señalado anteriormente busca la protección de los derechos fundamentales de las personas, pero cuando se lo interpone en los casos de reclamos

³⁸ **Cueva Carrión, Luís.** EL AMPARO, teoría, práctica y jurisprudencia. Editorial Cueva Carrión. Cuarta edición. Quito – Ecuador. Pp. 121.- 2007

administrativos de los cuales se derivan actos ilegítimos que, en muchas de las ocasiones no tienen asidero legal sino que su único objetivo es la dilatación del proceso ya que es interpuesto incluso cuando existen otros procesos que se están ventilando por la vía administrativa, lo cual se constituye en una argucia jurídica que está mal utilizada y que solo tiene por objeto la dilatación de los procesos ya que, con la aplicación de la acción de amparo, se suspende todas las medidas que puedan haber sido dictadas por alguna otra autoridad.

Existe una ponencia por parte del Doctor **Gustavo Letner**, en un artículo referente a la interrogante de que **¿si existe un derecho a la resistencia contra actos ilegítimos de los funcionarios?**

En la cual se advierte que, hay quienes sostienen que la solución adecuada ante la agresión ilegítima por parte del funcionario debe buscarse del lado de la legítima defensa cuando se hallen reunidos por supuesto, los elementos característicos de su configuración de la legítima defensa contra actos ilegítimos de las autoridades públicas.

Y en referencia a la pregunta antes planteada Gustavo Letner, explica que:

[...]En este sentido cabe decir que es razonable que tampoco quepa posibilidad alguna de legítima defensa contra actos legítimos de las autoridades por más que fuesen materialmente injustos (como en el caso frecuente de la prisión preventiva de un sujeto que finalmente termina absuelto o sobreseído), pero sí respecto de actos ilegítimos de la autoridad pública (detención no fundada en la sospecha razonable sino en la mera arbitrariedad [...])³⁹.

³⁹**Gustavo Letner**, Artículo sobre **Legítima defensa contra actos ilegítimos de las autoridades y funcionarios públicos**. Organización Unidos por la Justicia. Buenos Aires - Argentina. Pp. 3. 2004

Aquí debemos establecer que si el funcionario actúa en el marco de sus facultades o en cumplimiento de sus deberes, su conducta no podrá ser considerada antijurídica y su agresión ilegítima por tanto el acto está validado justamente por la legalidad del mismo lo cual se fundamenta con la aplicación de la normativa interna.

Las afectaciones de derechos que eventualmente sufren los particulares se encuentran dentro del marco de las restricciones al ejercicio de los derechos que el orden jurídico establece y que emergen de las leyes que reglamentan su ejercicio, aunque se debe tomar muy en cuenta que al contar con un ordenamiento jurídico que va en contraposición con los derechos fundamentales de las personas previstos en la Constitución, estos derechos constitucionales tienen mayor jerarquía y su aplicabilidad se debe dar de forma directa de tal manera que al existir contraposición de las leyes y reglamentos con los preceptos Constitucionales estos deben ser inaplicados. En caso de inobservar los derechos expresados en la Constitución, al aplicar una Ley estos no tendrían ninguna validez jurídica y derivarían en irregularidades e ilegalidades que a más de afectar al orden jurídico establecido también afectaría a quienes están inmersos en dichos actos.

El presente capítulo ha tenido por objeto exponer de forma histórica y dogmática, al Amparo como institución jurídica proteccionista de los derechos subjetivos y su prevalecía dentro del orden Constitucional, se ha tratado también de señalar de forma enfocada cual ha sido su trascendencia histórica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así mismo señalar los límites que se han impuesto dentro de la normativa Constitucional de tal forma que su aplicación sea eficaz.

En el siguiente capítulo nos enfocaremos a la problemática que se encierra con la aplicación del amparo dentro de los actos administrativos y donde se buscará analizar cuáles serían los mecanismos para su correcta aplicación así como también delimitar y

conceptualizar los alcances de la Supremacía Constitucional dentro de un ordenamiento jurídico.

CAPITULO II

EL AMPARO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

2.1 El Amparo y la Supremacía Constitucional

Al referirnos al Amparo como institución jurídica que protege los derechos que hubieren sido vulnerados, tenemos que referirnos inexcusablemente a la **Supremacía Constitucional** como principio garantista, dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Es indudable que la supremacía Constitucional ha ido de la mano con la figura jurídica del Amparo, puesto que esta figura jurídica ha sido preceptuada dentro del régimen estatuido en la Constitución Política y es por ello que siempre cuando nos referimos a la Constitución vigente en una nación ésta se denomina “**la norma de normas**”.

La Supremacía Constitucional es un principio teórico del Derecho Constitucional que postula, originalmente el ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente, por encima de todas las demás normas jurídicas sean estas internas o externas, que puedan llegar a regir sobre ese país. Esto incluiría a los tratados internacionales ratificados por el país y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas.

Al respecto de este tema el doctor Rafael Oyarte Martínez señala que:

*[...] Se vive en un régimen constitucional cuando la Constitución es suprema, esto es, no solo que el código político sea la norma con la máxima jerarquía dispositiva dentro de un ordenamiento jurídico, sino que dicha mención sea efectiva [...]*⁴⁰.

El derecho constitucional es una realidad que en muchas ocasiones se asimila y comprende de forma diferente cuando se lee la Carta Magna con una confianza excesiva podemos perder de vista los verdaderos contenidos y por ende en la mayoría de casos perder o distorsionar el contenido esencial de la norma.

Cuando hablamos de la Supremacía Constitucional, sabemos y entendemos que la Constitución es la norma de normas y pretendemos que la incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica siempre prevalecerán las disposiciones constitucionales por encima de todo ordenamiento jurídico inferior.

El doctor Camilo Vázquez Turbay, señala en su obra Derecho Constitucional

[...] se acepta en los estados de derecho la posibilidad que se expidan normas jurídicas por los órganos competentes que sean contrarias a la Constitución. La aceptación de este hecho es paradójicamente lo que explica los funcionamientos de los mecanismos de control de la constitucionalidad. Si se expide una norma constitucional, esta entra en vigencia desde su aplicación o expedición según el caso y su eficacia puede demorar un corto o largo periodo mientras no sea demandada su

⁴⁰ **Oyarte Martínez, Rafael.** *La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina.* Fundación Andrade y Asociados. 2da. Edición. 2006. Quito-Ecuador. Pp. 19

*inconstitucionalidad y encontrada esta por el Tribunal competente y, en consecuencia, declarada inexecutable[...]*⁴¹.

Con las reformas políticas producidas por la Revolución Francesa se comienza a concebir un concepto fundamental para el estado de Derecho moderno, el límite al poder.

El objetivo de las primeras constituciones modernas es, fundamentalmente, reconocer derechos del ciudadano frente al Estado. De aquí surge que una ley fundamental, una constitución, es una garantía para las personas.

La Supremacía Constitucional también se relaciona con la pirámide jurídica de Hans Kelsen, ubica a la Constitución en la cima de esa pirámide para representar gráficamente su importancia. Debajo de la Constitución ubica al resto de la normativa interna de un Estado.

La palabra constitución proviene del latín *constitutio*, -onis, de la cual se desprenden varios significados, pero solo se hará mención a los que en este tema nos compete; *“forma o sistema de gobierno que tiene cada estado y ley fundamental de un estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los gobernados, división de poderes e instituciones de la organización política. En cuanto a la supremacía la real academia de la lengua sostiene que significa; preeminencia, superioridad jerárquica”*⁴².

Para que se haga efectiva la Supremacía Constitucional, es necesario que existan órganos institucionales que justamente puedan realizar dicho control anulando o invalidando las normas que se opongan a la que se encuentra preceptuado en la máxima Carta Magna.

⁴¹ CAMILO VELASQUEZ TURBAY. *Derecho Constitucional*, tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. Julio 2004. Pp.66

⁴² CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2008. Quito – Ecuador. Pp. 50

Entendemos que la Constitución Política es la principal fuente de todo el poder público, por tanto es ésta, la que determina la estructuración, organización y funcionamiento del Estado a través de las diferentes instituciones tanto políticas como administrativas, que permiten la ejecución de las políticas públicas.

En cuanto tiene que ver con los mecanismos con los cuales se puede ejercer y aplicar el principio de supremacía constitucional el doctor Rafael Oyarte Martínez señala que:

“La supremacía es garantizada a través de dos mecanismos: la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad. Si bien las constituciones flexibles son supremas, pues a pesar de la factibilidad de su reforma es preciso primero modificar la Constitución para dictar normas inferiores que vayan a contradecir su texto vigente, la supremacía se relativiza, precisamente por la facilidad con que opera la reforma constitucional, haciendo posible, de manera muy sencilla, romper los principios que contiene”⁴³.

En la doctrina mucho se ha discutido sobre la procedencia o no de la acción de amparo constitucional –hoy 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, numeral 2 de la Constitución en vigencia⁴⁴

⁴³ **RAFAEL OYARTE MARTÍNEZ**, *LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL*. Segunda edición. Editorial Andrade y Asociados. 2006, Quito – Ecuador. Pp. 19.

⁴⁴ El **Art. 436** referente a las atribuciones de la Corte Constitucional señala en su numeral segundo lo siguiente.- 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.

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.

El profesor García de Enterría opina que la Constitución se presenta como un sistema perceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder de la propia constitución establecidos como a los ciudadanos.

Uno de los instrumentos con el cual contamos para poder realizar una efectiva y eficaz aplicación de la Supremacía Constitucional, es la Ley de Control Constitucional, que tiene por objeto justamente el poder asegurar que las normas constitucionales sean plenamente aplicadas y en forma especial todos los derechos y garantías que están preceptuados a favor de las personas.

En el caso de nuestro país al contar con una nueva Carta Magna es necesario señalar que el control constitucional lo ejerce la Corte Constitucional como máximo organismo de interpretación

La Supremacía Constitucional opera también para los casos en que las leyes y otras normas de menor jerarquía contravengan la Constitución, ya sea porque no han sido emitidos por las autoridades competentes o mediante los procedimientos que la propia Constitución puede preveer y que han sido legalmente establecidos, ya sea porque su contenido contradice el mandato Constitucional, o porque se constituye en una contraposición con la Carta Política, por lo cual se establece la acción de inconstitucionalidad, mediante la cual se determinará si la norma goza de validez jurídica y

por lo mismo puede continuar como tal o, de lo contrario, deja de serlo, saliendo del sistema jurídico imperante.

Respecto al párrafo anterior el Doctor Marco Morales señala que...

[...] el Estado debe respetar los derechos fundamentales para que esta manera exista una cabal aplicación de los preceptos constitucionales de forma tal que se aplique el principio esencial de la supremacía constitucional “esto implica una actitud pasiva frente a estos, es decir estos no pueden vulnerar los derechos de las personas al momento de ejercer su actividad. Pero basta aquella actitud pasiva, sino que se requiere una actividad estatal como por los gobernados para lo cual el Estado instaura en su sistema constitucional la institucionalización de garantía a los derechos fundamentales”⁴⁵.

Es absolutamente necesario para que se cumpla el Principio de Supremacía Constitucional y que su vigencia quede garantizada que exista un órgano facultado a realizarlo mediante procedimientos que confronten normas, actos, disposiciones con la Constitución en el caso particular de nuestro país este órgano es la Corte Constitucional.

Estos derechos fundamentales son naturales indudablemente puesto que los hombres son iguales y libres por naturaleza, para poder desenvolverse dentro del Estado los individuos tienen que pagar valores que les permiten el goce y disfrute de algunos derechos, obviamente que este precio que implica un tránsito del Estado de naturaleza a un Estado de Derecho el mismo que debe ser beneficioso para los individuos,

Cuando hablamos de precio este no siempre tiene que ser de carácter económico sino tiene un carácter subjetivo puesto que el individuo para poderse desenvolver en este

⁴⁵ **Morales Tobar, Marco.** *La Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador* en revista La Justicia Constitucional en la Actualidad. Corporación Editora Nacional. Quito – Ecuador 2002. Pp. 99

Estado en particular debe sujetarse a reglas y normativas en las que están implícitos ciertos mandatos que son ineludibles y en los que su cumplimiento es tácito.

En definitiva, toda la doctrina y sustento teórico que tienen como base 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.

Pérez Royo con acierto ha sostenido que “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”⁴⁶.

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 tiene 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 estos no cederían nada a favor de un ente artificial denominado Estado.

⁴⁶ **Pérez Royo, Francisco.** *Revista del Centro de Estudios Constitucionales.* Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1995. Madrid -España

2.1.1 El Control Constitucional

Cuando al control de Constitucionalidad nos referimos tenemos que entender que este es un mecanismo que está orientado a garantizar e imponer la superioridad de la norma Constitucional sobre cualquier norma legal de menor rango.

Néstor Pedro Sagués, en su artículo Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina señala de forma por demás extensa que el control de constitucionalidad se lo ejerce con un carácter eminentemente político pero existe controversia para lograr un acuerdo sobre este tema puesto que, existe también otro grupo de autores entre los que cuenta, Juan Sebastián De Estefano que señalan que en control de constitucionalidad es eminentemente jurídico debido a que es un control estrictamente de legalidad.

Con esta segunda definición es con la cual personalmente me identifiqué puesto que considero que los entes encargados de ejercer este control se sujetan a parámetros estrictamente legales apegados a Derecho, aunque esto puede ser discutible si ponemos reparos al sesgo político o ideológico que puede tener un Juez.

A mi entender la vigencia del control de constitucionalidad en Occidente y particularmente en los países de Latinoamérica, no ha sido admitido con facilidad, debido principalmente a la volatilidad de los órganos que han sido creados para este efecto y los cuales han demostrado que en muchos de los casos se han regido a criterios que pese a ser jurídicos si han demostrado derivarse de criterios también políticos. Cuando hablamos del término volátil nos referimos a lo irregular que han sido los órganos gubernamentales especializados para ejercer el control Constitucional.

Acertadamente el doctor Camilo Velásquez señala que

[...] el control de constitucionalidad resulta un triunfo de la ciencia frente a la democracia: ciencia jurídica por encima del poder colectivo. Hay entonces un cuestionamiento sobre el funcionamiento del control de constitucionalidad. Tenemos que, al tiempo de los controles prioritariamente jurídicos, existen controles políticos de constitucionalidad, justamente estos mecanismos de control de constitucionalidad plantean una problemática sobre su naturaleza: se trata de una naturaleza jurídica o de una naturaleza política.

Dentro del tema propuesto es imperativo realizar un comentario inherente a la trascendencia del Control Constitucional en los estados de derecho, puesto que este es uno de los recursos legales con los que cuenta la normativa jurídica de un Estado para que, cuando existan vulneraciones u omisiones mediante esta figura jurídica se pueda llegar al establecimiento de medidas de amparo y reparación del derecho que pudo haber sido vulnerado.

En resumen podemos señalar que este consabido control de Constitucionalidad es una tendencia de nuestra época que además de fundamentarse en la existencia de un órgano jurídico encargado de ejercerlo este puede darse desde el ámbito jurídico o también político.

Para adéntranos más en lo que sucede en nuestro país podemos decir que el control de constitucionalidad tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas Constitucionales, en especial de los Derechos y Garantías establecidos en la Constitución de la República en favor de los ciudadanos que en ella habitan.

En nuestro país de conformidad con lo dispuesto en el Art. 429 de la Constitución de la República vigente, la Corte Constitucional, como ya lo expresamos anteriormente, es el máximo Organismo de Control, interpretación y administración de justicia en la materia

constitucional, y todas las decisiones relaciones con sus atribuciones contempladas en la Constitución son adoptadas por el pleno de la Corte Constitucional.

El Control Constitucional tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas Constitucionales, en especial de los Derechos y Garantías establecidos en la Constitución Política de la República en favor de los ciudadanos.

Es absolutamente necesario para que se cumpla el Principio de Supremacía Constitucional que exista un órgano facultado a realizarlo mediante procedimientos que confronten normas, actos, disposiciones...con la Constitución. Ante la presencia de conflictos entre ellos que vulneren los Derechos consagrados en la Constitución podrán ser declarados inconstitucionales es aquí en donde se ve claramente la interdependencia entre el control y la supremacía de la Constitución. El mencionado principio concluye que las normas y los actos contrarios a la Constitución son reputados como inconstitucionales y es por eso que la doctrina de la supremacía forja de inmediato el control constitucional como mecanismo que confrontando normas y actos con al Constitución, verifica si están o no de acuerdo con ella y en caso de no estarlo los declara inconstitucionales.

El doctor Agustín Grijalva al referirse al tema del Control Constitucional señala lo siguiente y con lo cual concuerdo:

[...] hay que señalar, primero, que la institución de control constitucional de decisiones judiciales no es, como algunos han dicho, una novelería o extravagancia. 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 [...].⁴⁷

Con la vigencia de una nueva Carta Magna a partir de septiembre de 2008, se ha inaugurado en el Ecuador una nueva forma de poder ejercer el control constitucional, se establece en primer lugar una nueva forma de Estado, el Estado constitucional de derechos y justicia social, por otro lado se señala de forma puntual, el carácter normativo y la fuerza vinculante que tiene esta Constitución, además se establece el control judicial y de constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permitan confrontar la conformidad y la legalidad de las normas infraconstitucionales.

Cuando nos referimos a la aplicación directa e inmediata de la Constitución, estamos señalando de forma puntual que todos los derechos preceptuados en esta así como los convenios ratificados por el Ecuador deberán ser aplicados de forma preferente sin necesidad de establecer procesos que puedan dilatar la protección de los derechos humanos y la ejecución de la resolución. No se puede alegar falta de Ley o por el simple hecho de no invocar el precepto en el cual se señala el derecho que pudo haber sido vulnerado, en estos casos los jueces deberán aplicar la Constitución aunque las partes nunca la hayan invocado sino solo señalando el derecho violado

Los denominados Estados de derecho se hallan estructurados en base a una Ley Fundamental que es la base de todo el ordenamiento jurídico de una nación, dada la importancia de sus instituciones orientadas al establecimiento de lineamientos generales para el funcionamiento de los órganos estatales, sus autoridades, los deberes y obligaciones ciudadanas, además se establece el reconocimiento de sus derechos.

⁴⁷ **Grijalva, Agustín**, Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, “*Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional*”, Quito-Ecuador, 2008, p. 270.

También se halla conectado con el funcionamiento económico, político y social, que determina la supremacía de sus normas con las cuales deben guardar armonía las leyes, reglamentos, resoluciones y, en general, los actos de autoridades públicas, así como los de los particulares.

2.2. El Uso de la Acción de Amparo en los Actos Administrativos.

La figura jurídica del Amparo Constitucional hoy denominada Acción de Protección ha sido utilizada como recurso, para la protección de los derechos que se ponderaban haber sido vulnerados.

Para poder entender de forma más amplia la utilización de la figura jurídica del amparo en los actos administrativos a partir de aquí empezaremos un análisis de lo que significa un acto administrativo y como este se ha desarrollado, el porqué se relaciona directamente con esta institución jurídica llamada Amparo Constitucional y de ahí el fundamento por el cual se interrelacionan los Amparos Constitucionales con los Actos Administrativos.

Se debe tomar en cuenta que el acto administrativo debe estar en relación directa con la vulneración del derecho constitucional que pudo haber sido violentado, lo que determina la interrelación del Acto administrativo con la acción de amparo hoy denominada acción de protección.

Se denomina acto administrativo a “la manifestación de una o más voluntades con fin de producir efecto jurídico. Como ley, convención, reglamento, decisión administrativa, oferta, testamento, aceptación de herencia, renuncia a derecho, despido, etc⁴⁸ .

⁴⁸**Benalcázar, Juan Carlos.** *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano.* Fundación Andrade y Asociados. Primera edición, 2007 Quito-Ecuador. Pp. 110

Para el jurista Eduardo García de Enterría es, *"La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria"*⁴⁹.

Para el profesor Manuel María Díez, *"Es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa"*⁵⁰.

Con estos conceptos elaborados por algunos de los tratadistas del Derecho Administrativo contemporáneo, podemos señalar que en nuestro país se ha considerado que el acto administrativo es la legítima y competente voluntad de la actividad pública, que, en el ámbito de sus facultades y atribuciones, de manera unilateral, reconoce, crea, restringe, da viabilidad a todas las acciones que se derivan justamente de la administración pública.

El doctor Jorge Zavala Egas a cerca del acto administrativo señala:

*"El acto administrativo posee varias características por las cuales se corresponde al derecho público; estas decisiones se ejecutarían cuando han sido pronunciadas por autoridad de naturaleza administrativa, se puede dar con carácter unilateral, que tiene por objeto crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva, y cuyo fin es la satisfacción de intereses generales"*⁵¹.

En lo referente a los actos administrativos la anterior acción de amparo con la actual acción de protección no ha cambiado en lo que al objetivo o fondo de ésta se refiere,

⁴⁹ **García de Enterría, Eduardo.** *Curso de Derecho Administrativo.* Editorial Civitas 5ta. Edición, Madrid España 1974

⁵⁰ **Díez, Manuel María.** *El acto administrativo en Estudios sobre el acto administrativo.* Editorial Civitas. Madrid - España, 1982, p. 125

⁵¹ **Zavala Egas, Jorge.** DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo I. Editorial Edino 2005. Guayaquil – Ecuador. Pp. 147

salvo que el control de constitucionalidad para los actos administrativos con contenido particular son de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, pudiendo ser impugnados única y exclusivamente cuando el reclamo interpuesto tenga que ver con cuestiones eminentemente Constitucionales y con efectos individuales, señalando de forma puntual que se interpondrá mediante la acción de protección y vía recurso subjetivo de plena jurisdicción en cuanto a cuestiones de legalidad se refiera.

Estimo que es importante hacer una diferenciación y la respectiva puntualización en lo que se refiere a poder distinguir un acto administrativo de un acto normativo y los efectos que estos producen con su aplicación. Empezaré indicando que el acto administrativo produce efectos solo entre particulares, es de carácter concreto, el apego a su estricto cumplimiento agota la aplicabilidad de este y gozan de una condición de ejecutoriedad al momento de ser destinado a un caso en concreto.

En lo referente al acto normativo este en cambio tiene efectos generales al momento de su ejecución, su control es de carácter abstracto, su aplicabilidad se da de forma permanente, pero carece de una condición de ejecutoriedad.

Del análisis y el debate que ha generado sobre cuestiones de legalidad e inconstitucionalidad han llevado a autores como el Doctor Juan Carlos Benalcázar a determinar que el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de los actos administrativos en la práctica ecuatoriana permiten 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.⁵²

Recalcando adicionalmente lo siguiente:

⁵² **Benalcazar, Juan Carlos.** *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano.* Fundación Andrade y Asociados. Primera edición, 2007 Quito-Ecuador. Pp. 189

[...] 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 [...].⁵³

Consientes de que un análisis más detallado de la acción de protección y los actos susceptibles de impugnación, involucran necesariamente un estudio de los requisitos de procedibilidad, así como de los sujetos procesales activo y pasivo, aún cuando en materia de amparo no se trate propiamente de un juicio en donde haya un legítimo contradictor, sino una autoridad que sostiene la legitimidad de sus actos, nuestro estudio se enfocará de manera directa a los actos normativos que pueden ser impugnados vía acción de protección en el texto de la nueva Constitución.

Entendemos que según el nuevo texto Constitucional este control de constitucionalidad lo realizará la Corte Constitucional, la cual deberá aceptar o negar total o parcialmente la demanda de inconstitucionalidad planteada contra el acto normativo que haya sido emanado por una autoridad pública y de esta forma suspender de forma total o parcialmente los efectos que se causen con la ejecución del acto.

En cambio cuando nos referimos al acto administrativo debemos señalar que es una declaración unilateral, ejecutada en el ejercicio de funciones administrativas que produce

⁵³ **Benalcazar, Juan Carlos**, Op. Cit., p.

efectos jurídicos individuales en forma directa o indirecta, tal declaración puede tener distintos contenidos, como ser de voluntad, cognición o de juicio de opinión.

El doctor José García Falconí en su obra “la acción de amparo constitucional” se refiere al acto administrativo como:

*[...] toda clase de declaración jurídica unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la administración tiende a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, constituyendo una manifestación de voluntad orgánica, en virtud de la potestad administrativa [...]*⁵⁴.

Todo acto administrativo cuenta con elementos que suponemos son imprescindibles para que la ejecución y la existencia de este, su cumplimiento depende de ciertos elementos esenciales como son competencia, objeto, voluntad y forma, los cuales deben concurrir simultáneamente de acuerdo con el modo requerido por el ordenamiento jurídico. Caso contrario se afecta la validez del acto.

2.2.1 El Fraude Constitucional.

El fraude constitucional que puede ser caracterizado como una especie del género fraude a la ley, se comete cuando el acto, respetando la letra de la ley, trata de eludir su aplicación y contravenir su finalidad con medios indirectos, en este caso, disfrazando con ardid la abrogación de la Constitución vigente en su estructura y principios fundamentales, de "reforma constitucional", para escamotear al poder constituyente originario su potestad, atribuyéndosela de tal modo al poder constituido.

⁵⁴ **García, José.** *La acción de Amparo.* Editorial Edino - 2007. Guayaquil – Ecuador. Pp. 24

No encontramos bibliografía concreta a cerca de este tema en particular pero en la doctrina francesa se distinguen dos conceptos que a mi criterio tienen relación con este fenómeno jurídico:

“Falseamiento de la Constitución”: fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto de los que realmente tienen. Su tratamiento sería bien por la modificación no formal de la Constitución o bien con una simple transgresión de la misma.

“Fraude constitucional”: utilización del procedimiento de reforma para proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente. Ilustra el valor y la necesidad de reconocer límites implícitos materiales en cualquier operación de revisión del texto constitucional.

Lo que se pone de manifiesto es el enfrentamiento y confrontación entre la operación de la reforma, y el orden de valores y principios en que descansa el sistema de legitimidad. Ese conflicto no crea una mera hipótesis teórica, lo demuestra el hecho de la utilización que el ordenamiento constitucional establecido este fue utilizado, tanto el nacional-socialismo alemán, como el fascismo italiano.

Es a esta figura jurídica a la que se le asemeja especialmente la aplicación inadecuada del amparo dentro de los actos administrativos, puesto que al precepto Constitucional se lo utiliza de forma tal que abarque todo procedimiento que haya sido creado por la Ley, cuando esta aplicación es la idónea puesto que se abusa de la garantía Constitucional que está implícita en la Constitución y que es de aplicación inmediata.

2.2.2 El Fraude a la Ley

El fraude a la Ley, viene a representar una desnaturalización de la norma de colisión pues con él, esta norma se convierte en una instrumento para alcanzar un resultado no querido, ni tal vez previsto por el legislador, y para crear artificialmente una modificación en el mismo supuesto de la relación.

En este sentido, señalan *María del Carmen y Javier Tovar Gil*, que el Fraude a la Ley “consiste en la elusión de un ordenamiento jurídico nacional, natural o normalmente competente, mediante la artificial constitución de un punto de contacto previamente establecido por los intervinientes en el acto. Es decir, consiste en una maniobra premeditada de constitución artificial de un punto de contacto con el exclusivo y único propósito de eludir la ley que normalmente hubiere resultado aplicable”

Niboyet señala que el “fraude a la ley está destinado a sancionar en las relaciones internacionales -abstracción hecha de toda cuestión de orden público- el carácter imperativo de las leyes. Indica que es preciso que el respeto de la ley imperativa interna quede asegurado, no solamente en derecho interno, sino también en Derecho Internacional”⁵⁵.

La Dra. Estela Milagros Ferreiros con bastante acierto, señala cuando del fraude a la Ley se produce cuando, “*en negocios jurídicos aparentemente lícitos, por realizarse al amparo de una determinada ley vigente, denominada ley de cobertura, se persigue la obtención de un resultado analógico o equivalente al prohibido por otra norma imperativa, denominada ley defraudada*”⁵⁶.

⁵⁵ www.laboral.org.ar/Doctrina/El_Fraude_a_la_Ley_-_La_Respon/el_fraude_a_la_ley

⁵⁶ **Ferreirós-Olavarría- López Palomero, Vásquez** “El Fraude y sus Consecuencias Jurídicas”, Edit. La Rocca, Buenos Aires, 2007.

El vicio puede darse, tanto en la interpretación de la ley, en la eficacia o en la aplicación de esta. Y no es lo mismo que la infracción a la ley, ya que una cosa es el acto “contra legem”, y otra, el acto “fraude legem”

2.3 La Aplicabilidad del Amparo en los Procesos administrativos

La utilización del Amparo como mecanismo de protección cuando ha existido vulneración de los derechos fundamentales de los y las ciudadanas es totalmente válido no solo en nuestro ordenamiento jurídico interno, sino también es utilizado en las diferentes legislaciones de los países del mundo particularmente en los países latinoamericanos.

Tenemos que señalar que para que pueda ser interpuesta esta acción tiene que existir como requisito sine qua non la ilegitimidad del acto ejecutado o perpetrado de parte de una autoridad pública.

Existen varios conceptos emitidos por tratadistas y juristas con un profundo estudio en el derecho administrativo que lo denominan al acto ilegítimo cuando ha sido expedido en franca oposición a la ley y que además viole derechos consagrados en la Constitución.

Ahora bien, para efectos de determinar la ilegitimidad del acto que vulnera derechos fundamentales, se debe distinguir el caso de cuando dicho acto proviene de un concesionario o delegatario o de un particular que vulnera un interés colectivo, comunitario o derecho difuso.

Respecto al tema de la ilegitimidad de un acto el profesor, Juan Carlos Cassagne, señala que:

*[...] Cuando hay ilegitimidad sobreviniente, el acto deja de ser valido, por que se vuelve contrario al derecho. Y como no hay imposibilidad en la producción de efectos, es necesario decidir su extensión. Sus efectos dependerán de la gravedad de la ilegitimidad que hubiere afectado al acto originariamente valido. Si se refiere a una grave ilegitimidad y el acto puede ser nulo, la extinción tiene efectos retroactivos a la fecha de nacimiento de la ilegitimidad del acto, y si la ilegitimidad es leve y el acto puede considerarse meramente anulable, la extinción va a tener efectos solamente para el futuro [...]*⁵⁷

En el caso del amparo contra particulares, que se interpone por violación de intereses colectivos, comunitarios o derechos difusos, ya no cabe la exigencia de acto ilegítimo. La legitimidad, que se presume, o la ilegitimidad, que debe ser demostrada, es una característica propia de los actos de autoridad (de potestad administrativa en el caso de los concesionarios).

En este caso, para que el amparo proceda, se debe demostrar que el acto del particular es ilegal o injurídico (pues se presume su legalidad), es decir, contra Derecho, tomado en cuenta la autonomía de la voluntad privada con sus limitaciones en razón de los derechos de terceros o respecto de las normas de orden público. Una diferencia básica entre un acto de autoridad a uno de particular es que el obligado a cumplirlo, en el primer caso, no puede eludir su cumplimiento (por su ejecutoriedad) y en el segundo sí, hasta que una autoridad judicial le ordene cumplir el acto.

Así mismo, la Constitución prevé la legitimación pasiva de particulares que presenten servicios públicos, sin que dicha prestación provenga de una concesión o delegación de autoridad pública. En este caso, nada pacífico, considero que se puede interponer acción de amparo frente a actos ilegales o injurídicos originados en la prestación

⁵⁷ **Cassagne, Juan Carlos**, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo II, Editorial Heliasta 1998. Buenos Aires – Argentina. Pg. 152

directa del servicio público sin que sea necesario que la vulneración se refiera a intereses comunitarios, colectivos o derechos difusos sino también a derechos individuales.

Contrastando los procesos insertados en el Tribunal Contencioso Administrativo Nro.- 5 de Loja, al tema propuesto en líneas anteriores podemos señalar varios casos que justamente se ajustan o tienen relación directa con la aplicación del amparo a los procesos administrativos.

El primer caso es la interposición de una Acción de Amparo Constitucional, la cual fue interpuesta por el Dr. Luis Antonio Marín Vera y en donde el demandado era el CONSEP en la persona del Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Dr. Domingo Paredes Castillo. La pretensión del actor se fundaba en que se acepte la Acción de Amparo presentada y se declare definitivamente suspendido el acto ilegítimo, se lo restituya en la función de profesional 4 de la Dirección Zonal Suroriente, en la provincia de Loja de la cual ha sido despojado arbitrariamente y se ordene se le cancelen las remuneraciones dejadas de percibir.

En el caso señalado justamente se interpone esta acción de amparo para que se declare definitivamente suspendido el acto ilegítimo el cual emanaba de la autoridad competente que en este caso es el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes.

Luego de la presentación de las pruebas y del análisis de las mismas el Tribunal señaló que “en la demanda de Amparo Constitucional, de las exposiciones de las partes en la audiencia pública y de la prueba documental que pobra del proceso se concluye que; De conformidad con al Art. 95 de la Constitución Política de la República (1998) y la Ley de Control Constitucional, "la Acción de Amparo tiene por objeto la tutela judicial y efectiva de los Derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones,

pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos.

En el caso, so se observa del proceso la existencia de acto ilegítimo de la autoridad pública. No se ha demostrado que el Secretario Ejecutivo del CONSEP, carezca de competencia para delegar la instauración de Expedientes Administrativos y para dictar resoluciones que corresponda en tales Sumarios ni se ha probado que se actuó violentando procedimientos establecidos.

No se han violado normas expresas de la Constitución. Si bien el Art. 35 de la Constitución garantiza el derecho al trabajo y el segundo inciso del Art. 124, garantiza la estabilidad de los servidores públicos, las personas para hacerse acreedores a su estabilidad en la función pública, deben demostrar capacidad, honestidad y eficiencia, así lo consigna el Art. 120 de la Carta Política.

El daño de haber perdido el trabajo, sustento de la familia, no tiene como causa un acto ilegítimo sino legítimo porque proviene de autoridad competente y con fundamento en un expediente Administrativo que ha observado el debido proceso.

La acción de Amparo Constitucional, no tiene por objeto examinar el Sumario Administrativo para analizar la valoración de las pruebas y determinar si la resolución se ajusta al procedimiento y a esa valoración, como pretende el accionante. Se debe examinar el procedimiento administrativo, pero para verificar si la autoridad pública ha observado el debido proceso, que es una de las garantías Constitucionales que debe ser tutelada por la Acción de Amparo Constitucional. Por lo expuesto el Tribunal Contencioso

Administrativo Nro.- 5 de Loja y Zamora Chinchipe, Resuelve: **Desechar** la Demanda de Amparo Constitucional propuesta por el Dr. Luís Antonio Marín Vera contra el Secretario Ejecutivo del CONSEP”.

El acto ilegítimo derivado de autoridad sin competencia que era otro de los argumentos que se habían esgrimido dentro del proceso y de la pretensión del accionante tampoco pudieron ser probados puesto que, el Secretario Ejecutivo del CONSEP, es la autoridad competente para la ejecución de esos actos administrativos, los cuales emanaron de autoridad competente y contaban con la legitimidad que la Constitución y la Ley les otorgan para la instauración de esa clase de procesos y su correspondiente sanción, siempre que se encuentren apegados a las normas el debido proceso, lo cual también fue probado por la parte demandada.

En resumen el acto administrativo que se reputaba como ilegítimo no lo fue porque se encontraba apegado a la Ley y conforme al principio de Tutela efectiva de los Derechos y como he planteado en el presente trabajo, se dio un mal uso de la Acción de Amparo en los procedimientos Contencioso Administrativos, puesto que, como veremos a continuación el mismo accionante interpone un **Recurso Administrativo de Plena Jurisdicción** que es el trámite que la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa en concordancia con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa tienen estipulado, cuando se considera que no se han tenido en cuenta los procedimientos administrativos normados y por ende apegados a la Ley, o estos han sido omitidos de manera intencional.

Luego se interpone el Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción o Subjetivo, el cual es interpuesto por el mismo Dr. Luis Antonio Marín Vera en donde el demandado vuelve a ser el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

(CONSEP) y en donde la pretensión del accionante iba en el sentido que se reintegre o reingrese al puesto de profesional 4 de la dirección Zonal Suroriente del CONSEP en Loja; Que se dispondrá el pago de la totalidad de las remuneraciones que ha dejado y dejará de percibir, vacaciones no gozadas, así como todas las remuneraciones que se crearen hasta la fecha de mi reintegro, además todos los aportes al seguro social y otros emolumentos de ley.

La resolución que el actor impugna proviene del Secretario Ejecutivo del CONSEP está contenida en la acción de personal DTGRH-2007-192 del 10 de mayo del 2005, en la que en relación a este se dispone “Destituir del cargo de Especialista 1 de la dirección Zonal Suroriente del CONSEP, al Dr. Luís Antonio Marín Vera, por haber violentado lo establecido en el literal e) del Art. 24 y el literal i) del Art. 26 de la LOSCCA, siendo esta una causal de destitución de conformidad con lo dispuesto en el literal i) del Art. 49 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en concordancia el Art. 77 del reglamento de aplicación a la enunciada Ley de acuerdo con el informe presentado mediante oficio nro.- 2007-0069- DTGRH de marzo 7 del 2007 y Resolución del señor Secretario Ejecutivo de fecha 27 de abril del 2007.

En el caso señalado el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro.- 5 de Loja y Zamora Chinchipe, resolvió lo siguiente, **se desecha la demanda, por haber caducado la acción.- Sin costas, ni honorarios que regular.-** Adjúntese al proceso los escritos presentados por el actor.-

En el caso antes descrito podemos señalar que en ninguno de los dos casos fueron aceptadas las pretensiones planteadas por el actor por cuanto en este caso opera la caducidad de la acción por cuanto esta fue planteada luego del plazo máximo que la Ley

señala para la interposición de la Acción Contencioso Administrativa que será de noventa días luego de la notificación de la cesación definitiva de sus funciones, tal y como lo señala el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la caducidad es una excepción procesal tendiente a que el Tribunal competente declare extinguida la acción por no deducirse dentro del término perentorio establecido por esta, por lo cual, la caducidad opera *ipso iure*, (imperativo legal), de ahí que la autoridad judicial debe declararla incluso de oficio cuando verifique la situación descrita. En consecuencia, si el actor deja transcurrir los términos señalados por la ley y no deduce la supra citada acción, el mencionado derecho fenece.

El Profesor Eduardo García de Enterría muy acertadamente en concordancia al caso propuesto señala que;

“la Administración Pública tiene la obligación de notificar al administrado las resoluciones, es decir los actos que ponen fin a un procedimiento y que afectan de manera directa al administrado o titular de derechos subjetivos, de ahí que el término para que opere la caducidad se cuenta desde el día siguiente al de la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar. En consecuencia, la notificación es un acto estrictamente formal que conlleva a que si la misma no ha sido practicada en debida forma la resolución administrativa no podrá producir efectos en contra del administrado”⁵⁸

2.3.1 La Vulneración de los Derechos Fundamentales

Si bien la Constitución ecuatoriana permite la posibilidad de interponer la figura jurídica de la acción de protección contra particulares, por las limitaciones señaladas esta garantía no se encuentra instituida de manera amplia.

⁵⁸ **Eduardo García de Enterría**, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Duodécima Edición, Editorial Civitas. Madrid España. pág. 589

En efecto, **el amparo** fue concebido con la finalidad de que los particulares protejan sus derechos subjetivos constitucionales en contra de actos ilegítimos de autoridad pública, de conformidad con la finalidad de Estado, esto es de respetar los derechos fundamentales de las personas, pero ello no quiere decir que los particulares no vulneren con sus actuaciones derechos fundamentales de otros particulares.

El maestro Manuel García-Pelayo, en "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo", hace presente que, en la actualidad, no solo que no es el Estado quien vulnera derechos fundamentales sino que los particulares se encuentran incluso en mayores condiciones para vulnerarlos⁵⁹.

Pero es también el particular común quien, a diario, vulnera derechos fundamentales de las personas y no existe, en el Ecuador, ninguna garantía que proteja al particular frente a actos ilegales que violen sus derechos subjetivos constitucionales.

Se podrá manifestar que el afectado puede interponer acciones civiles, pero éstas son prolongadas y no se cuenta con ningún mecanismo de protección inmediato que evite los daños irreparables que una eventual indemnización pecuniaria posterior no podrá reparar.

Considero que, si se quiere hacer efectivo aquel Estado de Derecho profundo del que habla Bobbio

[...] el Estado debe cumplir a cabalidad su finalidad última de servir a la persona humana, no solo respetando los derechos fundamentales de las personas, sino

⁵⁹ **García-Pelayo, Manuel.** *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo.* Editorial Alianza. Primera Edición 2005. Madrid – España.

*protegiéndolos de cualquier violación, provenga ésta de la actividad administrativa así como de actos de los particulares como tales [...]*⁶⁰.

Otro de los casos en los cuales se han planteado estas dos figuras jurídicas como son en primera instancia el amparo y luego la acción contencioso administrativa es el caso del doctor Manuel Benigno Capa Ortiz el cual se desempeñaba como Juez Primero de la Niñez y la Adolescencia de Loja

Como lo señalábamos el actor es el Dr. Ángel Benigno Capa Ortiz el demandado la Comisión de Recursos Humanos del Concejo Nacional de la Judicatura. La pretensión del accionante con la interposición de esta acción es que se adopten las medidas urgentes y necesarias destinadas a cesar y remediar inmediatamente las consecuencias del acto administrativo ilegítimo y contenido en la resolución de fecha 18 de enero del 2007, ordenando se deje sin efecto todo lo dispuesto por la autoridad recurrida y que se disponga el reintegro a las funciones para las cuales he sido nombrado y he venido desempeñando y de las que injustamente fui destituido además del pago de los sueldos que me corresponden por todos los meses que me privaron de laborar.

La acción propuesta por el Dr. Ángel Benigno Capa, se deduce por cuanto en calidad de Juez Primero de la Niñez y la Adolescencia de Loja, se le instaura un Sumario Administrativo en su contra, el cual fue iniciado luego de que mediante un oficio remitido por el Presidente de la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de Loja a los señores Delegados Distritales del Concejo Nacional de la Judicatura de Loja se pide se dé inicio con este proceso, por incurrir en faltas graves inherentes a la función que venía desempeñando.

⁶⁰ Bobbio Norberto. El Estado de Derecho y Democracia (The rule of law and the rule of democracy) Traducido por Richard Bellamy. Cambridge. Polit Press. 1987. Pp. 79

El sumario administrativo que fue instaurado culminó con la destitución del mencionado funcionario del cargo de Juez Primero de la Niñez y la Adolescencia de Loja y en los argumentos que este presenta señala que luego de su destitución presentó un recurso de apelación el mismo que nunca fue atendido.

Por ello señala el accionante que el acto administrativo expedido es ilegal puesto que equivale a una destitución arbitraria e ilegal y evidencia un total desconocimiento que los actos administrativos deben ser expedidos y basados en disposiciones constitucionales y legales, sin que se pueda aplicar el criterio discrecional, so pena de viciarlos, con en efecto lo está, la nulidad absoluta, trayendo como lógica consecuencia el que no tenga efecto legal alguno, por ser el producto de acciones legítimas.

La resolución emitida por los Sres. conjuces miembros del Tribunal Contencioso Administrativo en este caso fue la siguiente:

El Acto impugnado es una resolución adoptada por la Comisión de Recursos Humanos del CNJ, con fecha 18 de enero de 2007 a las 09H31, a través del conocimiento del expediente N°.- 01-2005-BM, que se ha iniciado en base del oficio N°. 098-SLNA-L de 19 de diciembre de 2005, que en el considerando Cuarto de la parte resolutive se manifiesta “el servidor judicial denunciado es reincidente en el cometimiento de infracciones disciplinarias, pues en el archivo informático que lleva la Secretaría de la Comisión de Quejas del CNJ se comprueba que ha sido multado por dos ocasiones con sumarios administrativos N°. 025-04 y 007-2005 – DL.

De conformidad con lo que establece el Art. 199 de la Constitución Política de la República que dice “los órganos de la función judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Los magistrados y jueces serán independientes en el

ejercicio de su potestad jurisdiccional, aún frente a los demás órganos de la Función Judicial y solo estarán sometidos a la Constitución y a la Ley.

En la resolución emanada por el CNJ, con fecha 18 de enero de 2007, mediante la comisión de Recursos Humanos, infringe además lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, y numerales 1 y 13 del Art. 24 de la Constitución Política de la República, que dispone en forma categórica que las resoluciones que afecten a las personas deberán ser motivadas. Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro.- 3 con sede en Cuenca, resuelve admitir el recurso de Amparo Constitucional dejando sin efecto la resolución del 18 de enero de 2007 y disponer el reintegro a sus funciones de Juez Primero de la Niñez y la Adolescencia de Loja, así como la cancelación de las remuneraciones dejadas de percibir desde el momento de su separación.

Comentando el caso antes indicado podemos colegir que la Acción de Amparo propuesta fue admitida por parte del Tribunal competente, pero debemos indicar que esta fue apelada a una de las Salas del Tribunal Constitucional en donde fue revocada la primera resolución esto es que se deje sin efecto todo lo actuado por la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nro.- 3 de Cuenca.

A continuación de la revocatoria de la resolución del Tribunal Contencioso Administrativo Nro.- 3 con sede en Cuenca en accionante interpone la acción contencioso administrativa mediante el Recurso Subjetivo de plena Jurisdicción. Tanto el actor como el demandado siguen siendo los mismos. La pretensión del accionante está basada en que, dentro de él sumario administrativo iniciado en su contra jamás se vio el debido proceso por lo que esto constituye un atentado a la Constitución y a la ley. Lo cual constituye un antecedente nefasto para los demás servidores judiciales y el ejercicio de la propia potestad

jurisdiccional; y en lo económico arrojándome a la desocupación sin el trabajo que constituye el único sustento de mi familia y el despojarme de mis haberes me ocasiona un daño grave, porque sin fundamento alguno se mancha mi hoja de vida y por ende se lesiona su buena fama profesional y de servidor probo.

Además de su restitución el demandante señala que el Tribunal Contencioso Administrativo debe mediante sentencia mandar a pagar todos los haberes dejados de percibir desde la fecha de su ilegal destitución hasta la fecha en que sea restituido nuevamente en su cargo.

La presente acción contencioso administrativa es propuesta por el doctor Ángel Capa el cual, fue separado de las funciones de Juez Primero de la niñez y Adolescencia de Loja, a continuación me permitiré exponer algunos de los antecedentes que el accionante dedujo en su demanda.

1. El accionante señalaba que desde el 15 de noviembre del 1996 hasta el mes de abril del 2003 cumplió las funciones de Presidente del único Tribunal de Menores del Distrito Judicial de Loja. Y desde el 1 de mayo del 2003 se venía desempeñando en el cargo del Juez de la Niñez y Adolescencia de Loja
 - 1.2 El 31 de octubre del 2005 dicta una resolución desechando la demanda por falta de prueba al tenor de lo puntualizado en el Art. 67 del código de menores.
 - 1.3 La resolución dictada por el señor Juez de la niñez y la adolescencia de Loja fue revocada por la sala especializada de lo Laboral y de la Niñez y la adolescencia de Loja, imponiendo al demandado la pensión alimenticia provisional de 30 dólares mensuales y señalan al final del fallo el siguiente llamado de atención de la siguiente manera “Es por demás censurable la actuación el señor Juez Primero de la Niñez y la Adolescencia de Loja en este proceso, por las razones

anotadas en la parte expositiva de este fallo, la demora en la tramitación del proceso, disponiendo por tanto oficiar a la delegación Distrital del Concejo de la Judicatura, para que tome medidas pertinentes, que tiendan a corregir estos verdaderos atropellos contra quienes requieren de una ágil y correcta administración de Justicia”

1.4 El 18 de enero del 2006 el señor Delegado Distrital del Concejo Nacional de la Judicatura en Loja instruye el expediente Nro.- 10-06 DL. BM, cumpliendo con el requerimiento dado en el numeral anterior.

1.5 Notificado que fue el señor Juez con la iniciación del sumario administrativo, el mismo dio contestación a la acción iniciada señalando que el motivo por el cual se dio la demora en la resolución motivo de este caso fue porque el Secretario del Juzgado no puso el expediente en su despacho bajo el argumento que se había traspapelado.

1.6 El accionante señala en su demanda que el acto que se está indicando ha sido expedido en forma escrita y verbal con el único fin de separarlo de sus funciones, lo cual equivale a una destitución arbitraria e ilegal y evidencian un total desconocimiento que los actos administrativos expedidos deben ser basados en disposiciones constitucionales y legales, en normas expresas sin que se pueda aplicar el criterio discrecional, so pena de viciarlos como en efecto lo está, de nulidad absoluta, trayendo como lógica consecuencia el que no tenga efecto legal alguno, por ser producto de acciones ilegítimas, como se desprende de los documentos existentes.

Por lo extenso de la resolución me permitiré realizar un resumen de la misma señalando los puntos que a mi parecer son los más relevantes dentro de la misma:

En primer lugar existe una providencia de los Integrantes del Tribunal Contencioso Administrativo Nro.- 3 con sede en la ciudad de Cuenca en la que en razón de haber conocido la acción de amparo del mismo accionante presenta la excusa correspondiente la cual está fundamentada en los hechos como en el derecho invocado, por tal motivo la competencia de la presente causa radica en la Sala de los Conjuces Permanentes del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro.- 3

Dentro de los considerandos de la Sala me permito resumir en los siguientes:

Que el proceso es válido por cuanto se ha tramita de conformidad a la Ley de la materia y por no existir omisión de solemnidad sustancial alguna.

Que el demandado exhibe como excepción la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la presente acción, ello implica el traslado de la carga de la prueba al actor, en consideración a que el acto administrativo impugnado goza de la presunción de legalidad.

Que la demanda interpuesta corresponde a un recurso de plena jurisdicción o subjetivo, recurso cuya finalidad esencial es garantizar jurídicamente un interés particular cuando han sido desconocidos o lesionados los derechos de los individuos. El actor señala que el acto administrativo ha lesionado un derecho subjetivo del recurrente, pues la decisión de la administración al removerlo del cargo ha afectado sus derechos. La Constitución Política del Ecuador garantiza la estabilidad e intangibilidad de los servidores judiciales, cuyas garantías derechos y obligaciones están reconocidas en la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Dentro del sumario administrativo iniciado en contra del Juez Primero de la Niñez y la Adolescencia de Loja, este dentro del término probatorio existente no ha comprobado de manera eficaz que el mismo fue realizado de forma arbitraria y que vulneró derechos elementales del accionante.

Que el acto administrativo emanado de autoridad pública competente, en este caso la Comisión de Recursos Humanos del Concejo Nacional de la Judicatura, se ha dado en base a la aplicación de un reglamento, este no puede estar por encima de los preceptos constitucionales vigentes respetando los elementales principios como lo es el del debido proceso, estableciendo en primer lugar las causales por las cuales se inició el sumario administrativo, para luego en base a estas causales determinar la infracción cometida luego de lo cual podía haber sido sancionado.

En consecuencia por las motivaciones expuestas el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro.- 3 con sede en Cuenca **acepta en forma parcial la presente demanda, ordenando se restituya al actor al Cargo de Juez Primero de la Niñez y la Adolescencia de Loja, en el término de diez días de ejecutoriado este fallo.-** No ha lugar a las restantes pretensiones presentadas por el actor por las motivaciones antes expuestas.

Como podemos apreciar dentro del presente proceso pese haber interpuesto anteriormente la acción de amparo, la vía correcta para la interposición de un reclamo administrativo es la que está dada en el Recurso Subjetivo de Plena Jurisdicción, que es el medio procesal idóneo para que, cuando se haya violentado mediante un acto administrativo un derecho, este sea reparado por esta vía legal.

Se han señalado sus diferencias y se ha demostrado doctrinariamente que los diferentes autores citados mantienen una correcta diferenciación entre estas dos figuras jurídicas y que cada una mantiene su propio procedimiento cuando es requerida su interposición. El problema radica esencialmente en la errada aplicación del amparo a los actos administrativos, lo cual amerita una cabal interpretación antes de su aplicación.

2.4 CONCLUSIONES DEL ESTUDIO DE CASOS.-

Del estudio de casos propuesto podemos realizar las siguientes conclusiones las cuales se derivan del análisis de los casos indicados anteriormente:

Las Acciones de Amparo planteadas por los accionantes han sido interpuestas con anterioridad a la inserción del proceso Contencioso Administrativo, por lo que, al no tener una acogida favorable de la acción planteada los accionantes optaron por plantear la acción contencioso administrativa de esta forma realizar el reclamo utilizando los mecanismos legales que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa prevé.

Cuando nos referimos al Amparo hoy llamada acción de protección no podemos concebir la concepción de esta, como una acción de carácter residual, sino remediativa o restaurativa de los derechos Constitucionales de las personas, las mismas que por la aplicación de actos ilegítimos emanados desde una autoridad pública resultaron vulnerados y violentados sus derechos fundamentales.

Uno de los principales argumentos que a mi parecer existen en el planteamiento del presente problema de investigación radica en que, existe una mala aplicación del amparo hoy llamada acción de protección al momento de su interposición debido a que la Ley ha contemplado varios procedimientos que creo deberían ser primeramente aplicados y que creo son viables al momento de pedir la suspensión o cesación del acto que se lo reputa como ilegítimo.

En los casos detallados se puede colegir que en primera instancia se ha planteado la acción de amparo, para luego optar por la interposición del recurso subjetivo de plena jurisdicción a también conocida como la acción contencioso administrativa.

De esto podemos deducir que nunca se optó por aplicar o interponer en primera instancia la acción administrativa antes detallada sino que se hizo uso de la acción de amparo como medio más rápido y eficaz para el resarcimiento de los Derechos que según los accionantes fueron vulnerados.

Personalmente creo que los interponentes de esta acción no clarifican en primera instancia la concepción procesal de lo que implica un acto administrativo, porque como podemos apreciar en los casos planteados todos están derivados y relacionados a la interposición de actos administrativos derivados de autoridad pública y que goza de competencia para realizar una “declaración de voluntad dirigida al establecimiento de relaciones jurídicas concretas” (Jorge Zavala Egas).

BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, Samuel, El proceso constitucional de amparo, en *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Jurista Editores, Lima-Perú, 2003, pág.329.

Aragón Reyes, Manuel, “*Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

Ávila Santamaría Ramiro, Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Revista Aportes Andinos. Programa Andino de Derechos Humanos. Quito - Ecuador

Benalcázar, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Fundación Andrade y Asociados. Primera edición, 2007 Quito-Ecuador.

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

Berenice Pólit Montes de Oca. El Amparo Constitucional su aplicación y Limites. Editorial Corporación Editora Nacional. Quito Ecuador. 2006

Bobbio Norberto. El Estado de Derecho y Democracia (The rule of law and the rule of democracy) Traducido por Richard Bellamy. Cambridge. Polit Press. 1987.

Calix Hernández, Jacobo. **El Amparo en la nueva Ley de Justicia Constitucional**. <http://www.ciprodeh.org.hn>

Cassagne, Juan Carlos. *El Acto Administrativo*. Editorial Abeledo – Perrot 1981. Buenos Aires – Argentina.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2008. Quito – Ecuador.

Cueva Carrión, Luís. EL AMPARO, teoría, práctica y jurisprudencia. Editorial Cueva Carrión. Cuarta edición. Quito – Ecuador.

Cueva Carrión, Luís. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección.* Ediciones Cueva Carrión, Primera edición. Quito-Ecuador. 2009.

Diez, Manuel María. *El acto administrativo en estudios sobre el acto administrativo.* Editorial Civitas. Madrid - España, 1982,

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.

Ferrajoli, Luigi. “*La Democracia Constitucional*”, en Courtis, Christian (compilador) *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo.* Editorial Civitas 5ta. Edición, Madrid España 1974

García Falconí, José. *La acción de Amparo.* Editorial Edino - 2007. Guayaquil – Ecuador. Pp.

Grijalva, Agustín, Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, “*Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional*”, Quito-Ecuador, 2008.

Letner, Gustavo. Artículo sobre, *Legítima defensa contra actos ilegítimos de las autoridades y funcionarios públicos.* Organización Unidos por la Justicia. Buenos Aires - Argentina.

Morales Tobar, Marco. *La Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador* en revista La Justicia Constitucional en la Actualidad. Corporación Editora Nacional. Quito – Ecuador 2002.

Ordóñez Espinoza, Hugo. *Los efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad.* Pudeleco editores. Quito –Ecuador,

Oyarte Martínez, Rafael. *La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina.* Fundación Andrade y Asociados. 2da. Edición. 2006. Quito-Ecuador.

Padilla, José. Sinopsis del Amparo, México, Fondo de Cultura Económica, FCE.

Penagos, Gustavo, *El acto administrativo*, Ediciones Librería del Profesional, Quinta Edición, Tomo I, 1992.

Pérez Royo, Francisco. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1995. Madrid -España

Prieto Sanchís, Luis. “*Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*”, Editorial Trotta, Madrid, 2003

Salgado Pesantes, Hernán. *La Justicia Constitucional en la actualidad*. Corporación Editora Nacional. Quito Ecuador 2002

Sagués, Nestor. *Justicia Constitucional y Control de Ley en América Latina. en La Justicia Constitucional en la Actualidad..* Corporación Editora Nacional. Quito-Ecuador

Sayagués Laso Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ma. Edición Fundación de Cultura Universitaria 2002. Montevideo Uruguay.

Vázquez Turbay, Camilo *Derecho Constitucional*, tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. Julio 2004. Pp.66

Zavala Egas, Jorge; **Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador**; Primera Edición. Editorial Edino. Año 1997

Zavala Egas, Jorge. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Edino 2005. Guayaquil – Ecuador.