

# Las garantías constitucionales: restricción o fortalecimiento

Ramiro Avila Santamaría\*

## Contenido

Notas

### **Introducción.-**

¿Restringir o fortalecer las garantías constitucionales?

Este es un dilema que ha estado en el debate nacional desde que se creó el amparo constitucional.

Por un lado, parecería que la práctica de los órganos estatales y los comentarios de los medios de comunicación<sup>(1)</sup> resuelven el dilema por la restricción, como se demostrará más adelante.

Por otro lado, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y la doctrina tienden al fortalecimiento y a la expansión de las garantías constitucionales.

Para tener más elementos de juicio, sugerimos contextualizar histórica y teóricamente los argumentos que podrían sustentar la restricción o el fortalecimiento de la garantía.

En primer lugar, describiremos de forma esquemática el modelo liberal que sustenta el estado de derecho. En segundo lugar, describiremos el modelo social que propugna el estado social de derecho o estado constitucional democrático. En este punto concluiremos que la restricción es propia del modelo liberal y el fortalecimiento del modelo social. En tercer lugar, analizaremos la garantía en el sistema jurídico ecuatoriano, tanto desde su regulación como desde su funcionamiento a través de la jurisprudencia. Finalmente, sugeriremos algunas reformas jurídicas siempre que se mantenga la definición de estado social de derecho.

### **1. La garantía en el estado de derecho.-**

El constitucionalista colombiano Carlos Gaviria ha sostenido que el primer paradigma de dignidad humana se desarrolló a partir de la Revolución Francesa<sup>(2)</sup>.

Si entendemos a la dignidad como el principio por el cual se trata a los seres humanos “de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control”(3), sin duda alguna los protagonistas de la revolución francesa tenían muy clara la voluntad de un grupo de personas y tenían conciencia del control de otro grupo al que estaban sometidos.

El *establecimiento* de esa época estaba conformado por la aristocracia. La aristocracia, en Europa, acumulaba y concentraba el poder en una sola sede: el estado nacional soberano.

En el siglo XVIII, después de una evolución y pugna de poderes de varios años, otra clase social emergió: los burgueses(4).

El régimen feudal que se basaba en la tenencia de la tierra, perdió vigencia con el apareamiento del mercado. La tierra dejó de ser un elemento vinculado con la subsistencia y pasó a ser un bien que podía apropiarse y venderse. Así como la tierra, se podía vender la fuerza de trabajo. Aparece por primera vez el excedente, éste se intercambia, se vende a través del dinero (valorado en oro) y un grupo humano –los burgueses- lo acumula.

Dos poderes, entonces, chocan. Quienes detentan el poder político y quienes detentan el poder económico. El poder que sustenta el establecimiento de la época y el poder emergente.

La crisis de poder, para la burguesía, se solucionaría con un esquema político que implique limitar el poder aristócrata y la protección de los intereses gremiales de la nueva clase emergente. Este esquema político fue el estado de derecho.

El estado de derecho, entonces, fue la solución a la crisis política del siglo XVIII. Crisis política, como lo demostraría la historia, que no fue solucionada en la Revolución Francesa y tampoco fue pacífica por muchos años(5).

#### 1.1. La limitación del poder:

¿Cómo limitar el poder aristócrata? Dividiéndolo. La *separación de poderes* será un principio básico del estado de derecho. Un poder se dedicaría a administrar el estado y otro poder a regularlo. En estricto sentido, no existirá en el modelo un poder judicial, que se limitará a ser “la boca de la ley”.

El otro principio básico es el de *legalidad*.

Rousseau desarrolló la teoría de la voluntad general de la ley. Por esta teoría, que creó uno de los mitos más fuertes en el imaginario jurídico, la ley era la manifestación de la soberanía popular y debía primar sobre todo poder.

El administrador del estado se convierte en un ejecutor de la ley y el judicial en un intérprete de la voluntad del legislador. El legislador determina, pues, todo.

Crea, dispone, moldea, suprime derechos. Todos los poderes y todas las personas están sometidas a la ley.

El principio de legalidad es harto atractivo, porque rompe el paradigma del rey que hace el derecho, al del derecho que hace al rey, del gobierno de la autoridad arbitraria, al gobierno de la leyes predeterminadas generales y abstractas.

El principio de legalidad tenía repercusiones prácticas que efectivamente limitaban la arbitrariedad. Por ejemplo, por la reserva de ley, no podía crearse impuestos, no podía crearse leyes penales. El principio de legalidad lograba uno de los deseos más grandes de la clase burguesa: la seguridad jurídica, saber a qué atenerse.

El impacto del principio de legalidad, que aún hoy lo vivimos y lo aprendemos sistemáticamente, afectó a la teoría política y a la teoría del derecho.

En términos políticos el parlamento o el congreso es el poder que tiene la representación soberana y que primará (con variaciones presidencialistas en el algunos países como el nuestro) frente a otros poderes.

En términos jurídicos, la hermenéutica jurídica obligará que los abogados y abogadas interpreten, apliquen y discutan sobre la letra de la ley. La manifestación de esta forma de concebir el derecho se manifestará en el formalismo jurídico. La validez de una norma tendrá como límite la interpretación general y obligatoria del legislador. Mientras no se declara inválida, será obligatoria y tendrá que aplicarse.

La escuela jurídica que tendrá un papel protagónico será el positivismo jurídico, encabezado por Kelsen en el sistema continental europeo y Hart en el sistema anglosajón.

Finalmente, aunque sería motivo de discusión en otro espacio, el poder se concibe y se blinda hacia dentro de los Estados y hacia fuera. El concepto que inmuniza de la injerencia externa se denominaría soberanía nacional y que garantizaría el uso de la fuerza para el cumplimiento de las decisiones de los poderes en lo interno, a través de la policía, y en lo externo, a través de los ejércitos.

## 1.2. La protección de intereses:

El lema de la revolución francesa fue igualdad, libertad y fraternidad. Pero ese lema, para ser comprendido, debe ser contextualizado en esta fase de concepción del primer paradigma de dignidad.

La igualdad fue sustancial para los burgueses y formal para quienes no lo eran. Se crea el concepto de *ciudadanía*, tanto así que la primera declaración de derechos humanos, que se incorporaría formalmente a la Constitución francesa en 1991, se llamaría “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano”.

Dos restricciones evidentes en la concepción de igualdad. Una: el hombre y no la mujer. Dos: el ciudadano y no el no ciudadano. ¿Quiénes son ciudadanos? Basta recurrir al concepto de ciudadanía de las constituciones ecuatorianas del siglo XIX para determinar el concepto excluyente. Sólo pueden ser ciudadanos, y por tanto representar la soberanía, las personas que son hombres, mayores de edad, que tienen educación y propiedad. En suma, los burgueses.

La libertad sería concebida como la autonomía, que exigía del Estado abstención de actuar y respeto a la inmunidad de las personas (de los burgueses). Por esto, al estado se le conoció también como estado gendarme.

La fraternidad también debía ser concebida en términos burgueses.

Quizá el principio rector de toda la organización estatal será la propiedad privada. La propiedad fue concebida en la revolución francesa como un derecho natural que debía ser protegido, si era vulnerado, y que no debía estar sujeto a intromisiones indebidas (inmunidad).

El estado en general y las garantías en particular, estarán diseñadas para proteger estos principios.

La persona concebida y protegida por el estado es el individuo.

1.3. La garantía en el estado de derecho:

El concepto jurídico por excelencia que refleja el ideario liberal se llama el *derecho subjetivo*.

El derecho subjetivo es un concepto que tiene algunos elementos: (1) un titular, que tiene que ser un individuo con capacidad jurídica para obligarse; (2) el título debe ser demostrado a través de un documento o por disposición de la ley; (3) el obligado es una persona particular que tiene absolutamente determinada la obligación; (4) el juez es el garante de la obligación y es quien la determina en un caso concreto, pudiendo hacer uso de la fuerza pública.

Todas las hipótesis posibles sobre lo que le puede suceder a la propiedad están recogidas en dos códigos: el civil y el penal.

En el Código Civil, monumento por excelencia del estado y de la ideología liberal, encontramos algo parecido a lo que sería hoy en día la Constitución política del un estado. Tenemos un libro que contiene las formas de interpretación de la ley y restringe por completo las fuentes del derecho a una sola fuente válida: la ley. Normas, por otro lado, que dado el carácter de generalidad no serán reformadas con el tiempo (el título preliminar). Otro libro que determina quiénes son capaces (los burgueses. No serán capaces por mucho tiempo los niños, las mujeres, los indígenas y otros grupos) y cuándo una persona es realmente persona (libro primero). Un libro sobre los bienes y como se lo dispone, usa o goza (libro segundo). Un libro que resuelve el problema de los bienes después de la muerte (libro tercero). Y finalmente un libro que resolverá las formas de acordar la voluntad de las personas con

respecto a los bienes (libro cuarto). En suma, una persona es considerada por el ordenamiento jurídico siempre que sea propietaria.

El Código Penal tendrá las sanciones más drásticas para quienes atenten contra la propiedad: les privará del bien por excelencia para disponer la propiedad, la libertad para disponer del tiempo: la cárcel.

El juez y sólo el juez, que no se meterá con los otros poderes por la separación de ellos, tendrá la función de aplicar la ley entre particulares. Esta es la principal garantía. La administración de justicia al servicio de la ley y, a través de ella, de los propietarios.

#### 1.4. La crisis del estado de derecho:

La crisis del estado liberal, que según unos el modelo nunca se aplicó y según otros nunca ha dejado de aplicarse, puede abordarse histórica y conceptualmente desde muchas perspectivas, que no las podríamos abordar en este ensayo.

Basta decir que en el siglo XX, siglo de profundos cambios, por un lado hay un desarrollo impresionante de la técnica al servicio de la guerra, que ocasiona la mayor cantidad de muertos de toda la historia de la humanidad; y, por otro lado, emergen nuevos actores excluidos del modelo liberal, en particular los obreros, los campesinos, las mujeres, los afrodescendientes y las poblaciones indígenas.

Gaviria llamaría a esta nueva crisis la lucha por el segundo paradigma de libertad.

El paradigma de estado de derecho no sólo que no atiende los intereses de las clases emergentes sino que puede hasta desconocerlos en absoluto. El principio de soberanía nacional y el principio de legalidad ocultan profundas injusticias. Luigi Ferrajoli ha afirmado que gran parte de las injusticias que se han cometido en la humanidad es por respetar la ley. Tras el mito del legislador infalible, se escondían intereses particulares.

Por todas estas razones, el poder legislativo tenía que tener límites y estar sometido a control de otro órgano. Esta será una de las características fundamentales del paradigma de la garantía en el estado social de derecho.

## **2. La garantía en el estado social de derecho.-**

Norberto Bobbio, sostuvo que en medio de tanta oscuridad en la historia de la humanidad, la concreción de los derechos humanos es el avance civilizatorio más significativo del siglo XX.

En la primera mitad del siglo XX comienzan a introducirse los derechos sociales, con particular énfasis el derecho al trabajo, en los ordenamientos jurídicos, fruto de toda la ideología comunista que comienza a trascender tanto en las luchas sociales como en las reformas legales.

Cuando en 1948 la Organización de Naciones Unidas expidió la Declaración Universal de Derechos Humanos, que años más tarde sería parte integrante de la Carta Internacional de Derechos Humanos y pasaría a formar parte del derecho consuetudinario, estableció los principios rectores que conducirían el quehacer de la comunidad internacional y de los estados nacionales.

Los derechos humanos se vincularán a las autoridades y limitarán los poderes públicos.

No es casual que nuestra Constitución recoja principios como aquel de “el máximo deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos” (6)

### 2.1. La limitación del poder:

Si en el modelo liberal existían, desde el análisis orgánico-político del estado, dos poderes, y éstos tendían a convertirse en un renovado absolutismo de estado (legislativo), la limitación del poder fue una necesidad histórica.

La función de administración de la justicia, que era una mera aplicadora de normas jurídicas, tenía que encontrar la justicia en la norma jurídica, sea esta una ley o un principio constitucional. El legislador tendrá que dejar de ser el intérprete oficial, único y general de la ley.

El poder judicial controla no solo los conflictos entre particulares sino también los excesos de los otros poderes. Este poder judicial deberá tener atribuciones de control de constitucional a través de cada uno de sus jueces (control difuso).

El Tribunal Constitucional, en los modelos europeos continentales, de los que Ecuador es tributario, será el máximo organismo que controlará la adecuación de las actividades de todo poder público a la Constitución. El poder legislativo, en este modelo, debe estar sometido al Derecho y a este órgano novedoso pero de vital importancia. El poder administrativo, de igual modo, está sometido a control jurisdiccional. Así mismo, en esta secuencia, el tradicional poder judicial, que resuelve problemas entre pares, también es proclive de violar los derechos fundamentales.

### 2.2. La protección de intereses:

La propiedad, la libertad y la igualdad formal, dejarán de ser los únicos intereses protegidos. Los intereses que se protegen son los que se conocerá como derechos humanos o derechos fundamentales. La teoría caracterizará al conjunto de derechos como integrales e indivisibles.

Si antes los intereses considerados generales eran los de una clase que ostentaba el poder, ahora son los de todas las personas, con o sin poder, en igualdad de condiciones y sin discriminaciones. Los derechos humanos son, pues, universales.

### 2.3. La garantía en el estado social de derecho:

El concepto de derecho subjetivo, que era restrictivo a demostrar la titularidad y que eran eminentemente individuales, se torna en una camisa de fuerza que no logra permitir que los otros derechos (los sociales, colectivos y difusos) puedan ser justiciables. La noción de derecho subjetivo evoluciona hacia la noción de derecho fundamental. De la protección civil y penal a la protección constitucional.

El concepto de derecho fundamental, a diferencia del derecho subjetivo, no tiene la estructura de una norma hipotética (hipótesis de hecho y una consecuencia que normalmente era una sanción, impuesta por un juez). Los derechos fundamentales son normas éticas. Las normas establecen un fin a realizarse. El obligado, el contenido de la obligación y la limitación del derecho y la forma de cumplir con la obligación, no están y no podrían estar contempladas en la norma. El juez es creador.

Las normas éticas, en forma de derechos fundamentales, las encontramos en la parte dogmáticas de las constituciones.

Con estos breves conceptos, podremos ubicar al amparo constitucional en el Ecuador y proponer algunas modificaciones.

### **3. La garantía judicial en el Ecuador: estado legislativo de derecho.-**

La estructura del Estado actual responde al modelo liberal. Las garantías constitucionales actualmente reconocidas en la Constitución son un perfeccionamiento del Estado liberal de Derecho, que no son suficientes para avanzar al Estado constitucional o social de Derecho.

Demostremos esta afirmación.

#### **3.1. El órgano que decide:**

El poder judicial, en particular el órgano de control de Constitucionalidad, está sometido al poder legislativo.

El sometimiento se manifiesta de varias maneras: (1) la conformación, la duración, la cesación, en cuanto a lo institucional; (2) la limitación para controlar los actos de los otros poderes del Estado, en cuanto a sus competencias.

(1) El TC es conformado mediante ternas de varios gremios. Los vocales del TC apenas duran cuatro años(7). Finalmente, el Congreso puede remover a los integrantes del Tribunal Constitucional a través de un juicio político(8).

El TC está expuesto a recibir presiones de quienes proponen y de quienes pueden disponer de sus cargos, lo que compromete desde el origen y por la terminación, la independencia de sus cargos.

El control del legislativo y, por tanto, la sumisión del TC está configurada. En otras palabras, el modelo liberal pensado en que el juez debe ser “boca de la ley” (boca del legislativo) está presente. En otras palabras, este es “el modelo tradicional de la Función Judicial, que consiste meramente en aplicar reglas jurídicas pre-determinadas a los casos concretos –de constitucionalidad abstracta o de amparo-, y en cuya elaboración el propio juez no cumple ningún papel”(9).

(2) El poder judicial está exclusivamente reservado para resolver los conflictos entre particulares. Por la teoría de la división de poderes, el poder judicial no puede inmiscuirse en otros. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional tendrá limitados poderes frente a otros poderes, aún cuando en el ejercicio de estos poderes se pueda violar derechos humanos. Así, ante el Ejecutivo no podrá impugnar actos de gobierno(10), ante el legislativo no podrá interpretar con carácter general y obligatorio las normas constitucionales(11), ante el judicial “no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”(12).

Finalmente, y para enfatizar en la debilidad de la figura del Tribunal Constitucional, “las Fuerzas Armadas tendrán como función fundamental (...) la garantía de su ordenamiento jurídico”(13).

Por otro lado, en la primera instancia, los jueces que conocen la acción de amparo son los jueces que, como tarea principal, resuelven temas propios del modelo liberal: asuntos civiles, penales y administrativos.

La formación, experiencia y aplicación del derecho de un juez que aplica la ley como principal fuente del derecho, que interpreta las normas de acuerdo al Código Civil y Código Penal y que simplemente deduce la solución del caso de la hipótesis de la ley, no es suficiente para solucionar los conflictos jurídicos con relevancia constitucional. En otras palabras, el juez de primera instancia no tiene el tiempo ni el perfil profesional adecuado.

El Hábeas Corpus, por su lado, está en sede política local: la alcaldía. Urge judicializar este recurso, que funciona bien si es que la víctima es afín al partido político del alcalde, y funciona muy mal si sucede lo contrario.

### 3.2. El diseño de la garantía

**a. El objeto de la protección de la garantía:** todos los tratadistas de derecho constitucional ecuatoriano coinciden que el objeto de la garantía constitucional es el derecho subjetivo del accionante(14).

La teoría del derecho subjetivo es propia del derecho positivo. Un derecho es subjetivo cuando existe un titular del derecho y puedo identificar al obligado. Debe existir “un respaldo jurídico a la realización por el obligado del deber correlativo al derecho”(15). La obligación debe estar expresamente en la ley y la labor del juez es determinarla. Entonces, cuando alguien demuestra ser titular de un derecho y existir un destinatario de la obligación, la garantía surte efecto.

La obligación, definida en la ley o los contratos, precede al derecho. Se podría decir, en términos lógicos, que si hay derecho, entonces hay obligación. Si no hay obligación, entonces no hay derecho.

Esta teoría aplicada al derecho civil o al derecho penal, no tiene inconveniente alguno, porque en los códigos están contemplados casi todas las hipótesis posibles y las formas tradicionales de interpretación resuelven los problemas (subsunción).

En la práctica, existen derechos que no se adecuan a la teoría clásica del derecho subjetivo y, por tanto, no podrían ser exigibles. Por ejemplo, los derechos sociales y los derechos colectivos; piénsese en un desabastecimiento de vacunas en una zona rural, donde nadie conoce sobre su titularidad de derechos, ni sobre las obligaciones del Estado y peor sobre el amparo. Mucho más, cuando los estándares del TC exigen vulneración directa a los derechos de los accionantes(16)

## **b. Regulación (17)**

La legitimación activa:

Los derechos sólo pueden ser exigidos por el ofendido o perjudicado. La acción de amparo “no puede realizarse respecto de quien no ha justificado su derecho”(18). Excepcionalmente podría un agente oficioso interponer la acción siempre que justifique la imposibilidad del afectado y ratifique en tres días.

Las personas jurídicas, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, es titular de derechos fundamentales, y tienen legitimidad para interponer acciones constitucionales(19).

En cuanto a derechos colectivos y comunitarios, se requiere un representante legitimado de la colectividad y se debe demostrar que el acto afecta al grupo.

En relación a los derechos difusos, parecería que sólo cabe esta hipótesis cuando existe una vulneración al derecho al medio ambiente sano(20).

La legitimación activa es restrictiva. Sólo pueden presentar las personas afectadas, los representantes y, en limitados y excepcionales casos, cualquier persona.

Requisitos de la petición:

**Persona de la que emana el acto o incurre en omisión:** sólo el Estado puede violar las libertades de las personas. Los particulares sólo si son concesionarios, delegatarios o personas que prestan servicios públicos, puesto que de esta forma actúan a nombre del Estado. Sin estas categorías, los particulares sólo pueden violar derechos si es que se trata de un derecho difuso(21).

El Constitucionalista Hernán Salgado ha reconocido que “hay países que reconocen el amparo contra particulares con mayor amplitud, mientras que el nuestro es bastante limitado”(22).

**La demostración de la existencia del acto:** la Constitución ni la Ley establecen normas sobre las pruebas o de la fase de introducción de pruebas. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha realizado interpretaciones restrictivas. Por un lado, sólo tratará de los actos contenidos en la petición o demanda(23), por otro, el peticionario debe demostrar la existencia de acto ilegítimo(24).

**La inminencia del daño grave:** el daño tiene dos calificativos que hacen que el amparo sea restrictivo. Por un lado, tiene el daño que ser inminente y esto ha sido interpretado como una vinculación temporal -no procede en casos donde el daño se ha consumado(25), han transcurrido más de tres meses(26) o que el daño sea eventual o remoto(27)-. Se afirma que la inminencia y el daño grave “se diluyen con el paso de los meses (no hablemos de años), es decir, pierden su fundamento real y, en este contexto, la acción de amparo pierde su razón de ser”(28). Por otro lado, el daño debe ser grave, esto es que la acción u omisión produzca un efecto grande, cuantioso o casi permanente(29).

La garantía judicial protege, por tanto, no todas las violaciones de derechos humanos que se producen sino las que, subjetivamente apreciadas, reúnen requisitos que son altos.

Esta regulación tiene sentido cuando existen otros procedimientos de conocimiento, en el que se puedan tratar violaciones de derechos que sean leves y remotas o consumadas. Pero estos procedimientos, salvo los casos de derechos patrimoniales o penalmente protegidos, no existe. Entonces, la regulación se torna restrictiva.

**Requisitos formales:** para que proceda la acción de amparo se requiere juramento de no haber presentado otra demanda, patrocinio de abogado, y que sea por escrito. La ausencia de cualquiera de estos requisitos provocaría que el juez inadmita la causa o la rechace.

**Improcedencia de amparo:** no cabe por decisiones judiciales, legalidad del acto, derechos protegidos por otras garantías (como el hábeas corpus), actos de carácter general, actos de naturaleza contractual, actos de gobierno.

Naturaleza del amparo:

El amparo es eminentemente cautelar. A través del amparo sólo se toman medidas de carácter provisional para prevenir o cesar la violación de un derecho humano, por lo que se toman medidas urgentes de seguridad, que no son definitivas. “A la acción de amparo no le cumple resolver el fondo del asunto controvertido”(30).

Consecuentemente, el amparo no es una acción declarativa ni tampoco un proceso de conocimiento(31). Suspende un acto, pero no podría anularlo.

Suspende un acto, pero no podría repararlo integralmente. Suspende un acto y obliga a la víctima de violación de derechos a acudir a otros procedimientos para que el Estado declare su derecho y a otros procedimientos más para que le repare parcialmente su derecho violado.

Competencia:

La competencia ordinaria la tienen los jueces civiles, las Cortes Superiores, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal. Territorialmente donde nazca o se consuma el acto u omisión violatorio de derechos. Extraordinariamente, pueden conocer, fuera de los días y horas hábiles, los juzgados y tribunales penales.

Trámite:

La Constitución y la LOCC sólo regulan la vía cautelar, puesto que no está prevista la vía de conocimiento o de fondo. Por esta razón, en el procedimiento sólo hay los siguientes pasos: presentación de la petición, sorteo, calificación, citación, la audiencia pública, la resolución, la apelación, la resolución del TC y el cumplimiento por parte del juez de primera instancia.

En el trámite, en la práctica, existen algunas irregularidades. En la calificación por cuestiones de mera forma, los jueces suelen inadmitir las acciones e incluso hay situaciones en las que se “rechaza de plano la acción”, sin consideración a los hechos o a la violación que se hace referencia(32). La citación suele hacerla el propio interesado en la causa. En la audiencia pública no cabe, salvo discrecionalidad del juez, el derecho a la réplica; muchas veces no se encuentra el juez presente. El trámite suele durar, como todo procedimiento en el Ecuador, más tiempo del previsto en la Constitución y la ley.

El trámite y la sacralidad de las formas es tan importante que el archivo suele ser una prioridad. Si no se señala el lugar de la citación del funcionario público (aunque sea muy público), si no se justifica la postergación de la audiencia, si no se asiste... y se declara el archivo sin que sea posible presentar la petición nuevamente. No importa, otra vez, la gravedad de los hechos ni los derechos humanos implicados.

Reparación:

El juez puede aceptar o denegar el recurso. En caso de aceptar el recurso, la mayoría de resoluciones simplemente “conceden el amparo” sin señalar explícitamente las medidas adecuadas para reparar la violación. Parecería que la sola facultad es suspender definitivamente el acto.

En tanto en el proceso cautelar no se declara la violación de un derecho, no cabe, por tanto, indemnizaciones y peor formas integrales de reparación. La indemnización no cabe mediante amparo: “resulta improcedente la petición de indemnizaciones mediante acción de amparo, pues, por una parte, vista su

naturaleza cautelar, no pueden realizar este tipo de determinaciones en esta sede...”(33).

¿Cómo se repara una violación de derechos humanos? Pensemos, por ejemplo, un caso de tortura, de detención arbitraria, de falta de atención adecuada en un hospital público. ¿Cuál es la vía ordinaria para reclamar atención psicológica, atención médica, prevención de tortura?

Según el Código de Procedimiento Civil, cuando una demanda no tuviere un trámite específico, se seguirá un juicio ordinario. Pero en un juicio ordinario el juez tiene que buscar la hipótesis contemplada en una norma. Y si la norma no tiene hipótesis, como es el caso de lo derechos humanos, ¿qué resuelve el juez?

Cumplimiento:

La ley dispone que el cumplimiento de la resolución del juez debe ser inmediato.

Sin embargo, qué sucede si el responsable por la acción y omisión no cumple.

“Los jueces de instancia ante quienes se interpusieron las acciones de amparo, se limitarán a ordenar a la autoridad o funcionario público contra quien se haya dirigido la acción, el cumplimiento de la decisión final adoptada en el procedimiento de amparo, previniéndole de los efectos de su incumplimiento. Esta atribución legal no le faculta a disponer el cumplimiento de obligaciones que deben ser previamente declaradas por el Juez competente, mediante el procedimiento previsto en la ley...”(34).

De la interpretación de la Corte Suprema de Justicia se desprenden las siguientes consecuencias:

- (1) Los efectos del incumplimiento son dos: acciones civiles y penales. Las acciones civiles son daños y perjuicios y, por su naturaleza, desvirtuarían la ejecución de una resolución en un procedimiento cautelar.
- (2) La acción penal de desacato no cabría por ser una resolución y no una sentencia. Aunque se señala que podrían existir otros tipos penales<sup>35</sup>, no deja de ser una acción ineficaz porque su resultado no es el cumplimiento de la resolución sino la investigación penal sobre el hecho y los responsables.
- (3) Parecería que quien tiene poder de ejecutar es un juez que sigue un proceso declarativo.

En suma, la acción de amparo se torna ineficaz.

**c. Naturaleza:** el recurso es subsidiario porque la administración de justicia provee de recursos ordinarios para la solución de los casos: contencioso administrativo, penal, civil, laboral, cautelar.

#### 4. La garantía judicial en el estado social de derecho: Los estándares ideales e internacionales.-

##### *El órgano que decide*

El órgano que decide sobre los derechos fundamentales debe tener tres características, sin las cuales el modelo carecería de eficacia: independencia, imparcialidad y sujeción al Derecho.

La **independencia** judicial<sup>(36)</sup> se define frente a los otros poderes (externa), como una manifestación del principio de división de poderes, y frente a otras instancias del mismo poder (interna). Esta independencia “no debe entenderse como separación de la sociedad, no como cuerpo separado de toda forma de control democrático”<sup>(37)</sup>.

La **imparcialidad** se define frente a dos o varios sujetos procesales que intervienen en la sustanciación de la causa.

La **sujeción al derecho** se refiere a un aspecto cualitativo del ejercicio de la administración de justicia. La actividad judicial, en particular sus manifestaciones a través de resoluciones y sentencias, tienen que estar sometidas al Derecho (no exclusivamente a la ley ni tampoco a la aplicación mecánica de las normas, sino racional y motivada).

En consecuencia, el máximo órgano constitucional está sobre los poderes del Estado, sobre las partes en conflicto y bajo los derechos fundamentales.

Si el órgano constitucional no tiene la facultad de interpretar con carácter general las normas del ordenamiento jurídico, entonces no es totalmente independiente, si los actores son políticos en funciones podrían incidir en sus resoluciones y estarían sujetos a la interpretación última del Congreso.

En cuanto a los jueces de primera instancia, una reforma seria y consistente con un estado social de derecho demanda precisamente lo contrario al modelo liberal: jueces a tiempo completo y con perfil especializado. Esto es, debería existir en cada cantón jueces constitucionales de primera instancia, dedicados a resolver todas las acciones que resuelvan violaciones a los derechos fundamentales: amparo, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y acción de protección judicial.

##### *El diseño de la garantía*

**a. El objeto de la protección de la garantía:** queda claro y sin lugar a dudas que el titular del derecho violado tiene acción para ser protegido judicialmente. Podría pensarse que el concepto de derecho subjetivo puede ser útil.

Sin embargo, dada las múltiples situaciones en las que pueden existir violaciones a los derechos humanos y la necesidad imperiosa que esas

violaciones sean corregidas y para que a futuro no vuelva a suceder, se debe prever situaciones en las que otra persona que no sea el titular del derecho subjetivo, pueda plantear la acción.

En algunas legislaciones esto se llama interés -social, colectivo o difuso-. Algunos doctrinarios, para conciliar el concepto restringido del derecho subjetivo, y para ampliarlo a la relaciones entre el Estado y las personas, lo denominan derecho público subjetivo(38).

En un Estado social, no importa tanto quien es el titular del derecho (sino cuando se trate de repararlo) cuanto la existencia de una violación, que, en un estado social, resulta intolerable.

Todo derecho fundamental, positivo o natural, reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales y hasta en la ley secundaria(39), es objeto de protección judicial, no sólo los derechos subjetivos. “En el fondo, nos hallamos ante categorías jurídicas netamente diferentes(40) (...) parece difícil que el derecho subjetivo pueda ser instrumento adecuado para asegurar las variadas exigencias que se deducen de los distintos valores expresivos de la centralidad de la persona(41)”. Conviene desechar el concepto de derecho subjetivo, que es restrictivo y con denotación individual, por el concepto amplio de derechos humanos o derechos fundamentales, que es extensivo y con denotación social y también individual.

El concepto que amplía la visión individualista del derecho subjetivo, es la idea de solidaridad. Cualquier violación de un derecho afecta a la efectividad no sólo del sistema jurídico sino también del sistema político, que se combinan en la concepción del Estado Social de Derecho.

En cuanto al modo si no hay obligación, no hay derecho; el ejercicio de la garantía podría ser el mecanismo para que, existiendo un derecho, el juez modele la obligación.

En el ejercicio y justiciabilidad de los derechos sociales se puede apreciar esta afirmación. ¿Cuál es la obligación del Ministerio de Salud en relación a brindarme terapias de quimioterapia cuando tengo un cáncer terminal? (ver resolución Corte Sudáfrica, Steiner)

La preponderancia de la inmunidad y de la autonomía, se relativizan en un Estado Social de Derecho. Se requiere intervención estatal. De acuerdo con la teoría de Alexy sobre el campo de acción, todos los derechos, para ser efectivos, están integrados por un conjunto de situaciones positivas y negativas, sin distinguir si son derechos civiles o sociales(42).

En el Estado liberal o legislativo, que define los derechos en la ley, nunca podría violar lo que no reconoce; en cambio, en el Estado Social, cuando los derechos son anteriores al Estado, el poder legislativo puede entrar en mora frente a las personas o los derechos reconocidos internacionalmente.

Este punto se aclarará más aún con el estudio de la legitimidad de personería.

## **b. Regulación.-**

### *La legitimación activa*

La violación de los derechos humanos no es una cuestión que sólo compete al titular de los derechos. Si el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, el conocimiento de las violaciones a los derechos, por consecuencia, le debe importar con carácter prioritario.

A través de quién conoce el Estado de una violación a los derechos, pues, es secundario. Luego, existe una especie de *actio populares*(43).

Por ello, tienen legitimación activa cualquier individuo, grupo de personas u organizaciones, sin necesidad de que sean víctimas de la supuesta violación. Así lo dispone la Convención Americana de Derechos Humanos(44).

El acceso a la protección nacional es crucial para cumplir la finalidad del Estado en la protección de derechos. Los formalismos, propios de la teoría del derecho subjetivo relacionado con la propiedad, pueden ser un obstáculo para la intervención del Estado.

La única salvedad a la regla sería el caso en que la persona explícitamente, y por razones relacionadas con los derechos (intimidación, por ejemplo), manifieste su voluntad de no solicitar la tutela efectiva de sus derechos.

### *Requisitos de la petición*

**Persona de la que emana el acto o incurre en omisión:** cualquier funcionario del Estado, cualquier persona, delegataria o no -actos impropios(45)- del Estado; cualquier persona particular, natural o jurídica, aún si actúa sin la aquiescencia del Estado(46).

**La demostración de la existencia del acto u omisión:** este aspecto tiene relación directa con la naturaleza del recurso en cuanto a ser cautelar o de conocimiento. Parecería que, por ser cautelar y sumaria, no requiere de fase probatoria. Esto ha provocado que en la gran mayoría de los casos, el TC no tenga pleno conocimiento de los hechos que está resolviendo.

El amparo debe prever una fase probatoria y reglas sobre las pruebas, conforme a los estándares internacionales. Por ejemplo, si la prueba está bajo el control del Estado y éste no la suministra, debe admitirse la afirmación del peticionario.

**El daño:** para que exista protección judicial simplemente hay que demostrar que existe un derecho violado. Así como en los mecanismos internacionales de protección, deben existir dos procedimientos. Uno cautelar, en el cual se traten asuntos emergentes, sin el cual se podría ocasionar un daño irreparable; otro de conocimiento en el cual se determine la violación del derecho, el alcance del derecho, la responsabilidad del agente y la reparación.

Las vías ordinarias no son suficientes y tampoco, desde una perspectiva histórica, estuvieron diseñadas para conocer y reparar derechos humanos.

**Requisitos formales:** cualquier requisito formal no puede obstaculizar el objetivo de la protección. No hay que olvidar que, en un estado garantista, las formas son una garantía más en beneficio de las personas. Si bien el juramento pretende no tener dos resoluciones diferentes sobre el mismo asunto, no puede ser una solemnidad sustancial y debe subsanarse (por ejemplo, pidiendo el juramento el momento de la audiencia o completando la petición).

En cuanto al patrocinio de un abogado, si el Estado debe proveer de uno. Pero tampoco podría no conocer una violación por falta u omisión del Estado, que convertiría a la acción una violación más a la tutela efectiva.

**Procedencia del amparo:** siempre que exista una violación de derechos, no importa la forma del acto cabe el amparo. Desde esta perspectiva, no tiene relevancia la distinción que hace el sistema jurídico entre actos de carácter general, como la ley, o con fuerza de cosa juzgada, sentencia.

#### *Naturaleza del amparo*

Los procesos específicos, a nivel internacional, para proteger derechos humanos que han sido violados por parte del Estado, tienen dos naturalezas que se complementan y que nunca se oponen: (1) cautelar y (2) declarativa, de conocimiento o de fondo, como quiera llamárselo.

El procedimiento cautelar cabe cuando hay un daño grave e inminente que, de no haberlo, podría ocasionar un daño irreparable. A nivel internacional esto suele llamarse medida cautelar, medida provisional o acción urgente. La característica de este procedimiento es que es sumario y sencillo. El procedimiento cautelar operaría antes del proceso de fondo, durante o después, basta que exista el peligro de daño irreparable. La forma como se manifiesta lo dispuesto por el juez es una resolución.

El procedimiento de conocimiento, sin dejar de ser un procedimiento “sumario y preferente” -en particular si se compara con los procedimientos ordinarios-, tiene como finalidad declarar la violación de un derecho, determinar al responsable de la violación (para que opere el principio de repetición), reparar adecuada, integral y definitivamente la violación y establecer un mecanismo de seguimiento de lo resuelto. La terminación del proceso es a través de una sentencia.

#### *Competencia*

Para conocer exclusivamente sobre las garantías constitucionales, tienen competencia los jueces constitucionales de primera instancia y el Tribunal Constitucional de última instancia.

Todos los jueces tienen competencia para aplicar la norma constitucional y para conocer, cuando una de las partes lo invoque, la violación de un derecho

durante un proceso. El juez constitucional podrá conocer de la violación del debido proceso sólo si el peticionario demuestra que, a pesar de haber invocado la violación de un derecho, el juez ordinario hizo caso omiso.

#### *Trámite:*

En el proceso cautelar, el trámite sería igual al establecido en la Constitución. En el proceso de conocimiento, existiría una audiencia oral en la que las partes, anticipando la prueba, presenten el respaldo para los hechos y las argumentaciones.

No se podría inadmitir una petición por razones de forma. La citación la haría la función judicial. Todo el proceso sería absolutamente respetuoso del debido proceso. Cada fase procesal debería contar con plazos razonables.

#### *Reparación:*

La reparación en derechos humanos es integral. El principio rector es volver las cosas al mismo estado anterior a la violación de los derechos humanos. Si esto no es posible, el juez debe tener la amplitud suficiente para resolver el caso de forma adecuada y total. Uno de los aspectos es la cuantificación monetaria, otra es el impacto personal y social de la violación, la obligación de prevenir que a futuro pueda suceder otra vez la violación.

Por un momento pensemos, por ejemplo, en el caso Tibi contra Ecuador. En este caso, de un ciudadano francés que fue detenido arbitrariamente, torturado, injustamente inculcado, privado de acciones judiciales eficaces, la Corte Interamericana resolvió: el Estado ecuatoriano debe pedir disculpas en Ecuador y en Francia, reconocer la responsabilidad de la violación, investigar y sancionar a los responsables, pagar por daño psicológico y material, devolver lo decomisado en las mismas condiciones que cuando le privaron de libertad (joyas, objetos personales y automóvil).

¿Qué procedimiento en el Ecuador puede satisfacer el derecho a una reparación adecuada? El procedimiento civil no es adecuado. El procedimiento cautelar a penas suspende actos y no repara. El proceso penal sólo sanciona y con suerte indemniza.

En Ecuador no existe a menos que se cree un procedimiento específico para resguardar, proteger y promover los derechos humanos.

#### *Cumplimiento:*

El cumplimiento es la fase determinante para saber si una acción judicial es eficaz. En otras palabras, es el termómetro para medir si la Constitución es letra muerta o si puede alterar la realidad.

El juez debe estar dotado de todos los poderes que sean necesarios para que su resolución sea acatada: amonestación, multa, destitución, encarcelamiento.

En cuanto a las resoluciones judiciales, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que, a pesar de normas jurídicas que lo prohíben, se puede revocar decisiones judiciales, de modo excepcional, cuando se demuestre que existen violaciones de derechos, puesto que existen “decisiones judiciales, que con el ropaje de sentencias, son en realidad auténticas vías de hecho”(47).

## 5. Reformas normativas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: sugerencias.-

### a. El órgano que decide.-

- Reforma del Art. 284 sobre la interpretación generalmente obligatoria del Congreso sobre la Constitución. El único órgano que puede interpretar con fuerza vinculante sobre el alcance de la Constitución es el Tribunal Constitucional.
- Reforma del juicio político, Art. 130 (9) a magistrados del Tribunal Constitucional. Sólo pueden ser depuestos por un órgano disciplinario independiente e imparcial y después del debido proceso, que podría ser una comisión de disciplina, parecido a las funciones del Consejo de la Judicatura.
- Reforma sobre el garante del ordenamiento jurídico, Art. 183, desplazar a las Fuerzas Armadas por el Tribunal Constitucional.
- Deben crearse jueces especializados con competencia exclusiva para que conozcan todas las garantías constitucionales.

### b. El diseño de la garantía.-

- Todo derecho fundamental, positivo o natural, reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales y hasta en la ley secundaria(48), es objeto de protección judicial, no sólo los derechos subjetivos.

### c. Regulación.-

- **La legitimación activa:** *actio popularis*: tienen legitimación activa cualquier individuo, grupo de personas u organizaciones, sin necesidad de que sean víctimas de la supuesta violación.
- **Persona de la que emana el acto o incurre en omisión:** cualquier persona, pública, privada, natural o jurídica.
- **La demostración de la existencia del acto u omisión:** existirá una fase probatoria en la fase de conocimiento y, por la urgencia, no será necesaria en la fase cautelar.
- **El daño:** para que exista protección judicial simplemente hay que demostrar que existe un derecho violado, en los procesos de conocimiento. Si existe la posibilidad de un daño que requiera intervención urgente, el daño tendrá que ser grave e inminente.
- **Requisitos formales:** existirán requisitos formales para garantizar el debido proceso y la seguridad, pero no serán consideradas más

importantes que la consecución de la justicia. La falta de abogado no es responsabilidad del peticionario sino del Estado garantista.

- **Procedencia del amparo:** siempre que exista una violación de derechos, no importa la forma del acto cabe el amparo.
- **Naturaleza del amparo:** cautelar y de conocimiento o fondo.
- **Competencia:** los jueces constitucionales de primera instancia y el Tribunal Constitucional de última instancia. Todos los jueces ordinarios tendrán competencia para aplicar, en procedimientos sumarios y preferentes, la violación de un derecho mientras sustancian las causas. Requisito previo para acudir a la competencia constitucional.
- **Trámite:** En el proceso cautelar, el trámite sería igual al establecido en la Constitución. En el proceso de conocimiento, existiría una audiencia oral en la que las partes, anticipando la prueba, presenten el respaldo para los hechos y las argumentaciones.
- **Reparación:** la reparación será integral y tendrá que ser eficaz. El juez tendrá un abanico de posibilidad para adecuar la reparación a cada caso en función de cada derecho y persona.
- **Cumplimiento:** los jueces constitucionales tendrán la obligación de establecer mecanismos de seguimiento del cumplimiento de sentencias y de coerción. Sólo podrá cerrarse un caso cuando se haya cumplido a cabalidad la sentencia.

#### **d. Cultura jurídica.-**

Claudia Escobar sostiene que Ecuador y Colombia tienen diseños normativos constitucionales similares y que, a pesar de ello, el desarrollo jurisprudencial es diametralmente opuesto. Por un lado, el Tribunal Constitucional “ha asumido el papel de “legislador negativo”, instaurando un sistema “débil” de control constitucional”(49) y, por otro lado, la Corte Constitucional ha asumido el papel de activista judicial que ha establecido un sistema fuerte de control constitucional.

El estado social de derecho exige jueces que ejercen el control constitucional, que sean activistas. Sin éstos, cualquier reforma normativa está condenada al fracaso.

\* Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); Máster en Derecho, Columbia Law School, Nueva York. Docente de las Universidades Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador y PUCE.

1. El Comercio, "el amparo es un caótico comodín", 5 de marzo de 2007, p. 7
2. Carlos Gaviria, "El Estado social de derecho y la presión política para el cambio", conferencia dictada el 6 de marzo de 2007, en las Jornadas de debate nacional *Los temas de la constituyente del enfrentamiento a la propuesta*, Universidad Andina Simón Bolívar, 6 al 8 de marzo de 2007.
3. Carlos Santiago Nino, "El concepto de derechos humanos", en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, p. 46.
4. Ver para mayor referencia sobre estos procesos históricos y la relevancia para el Estado y el Derecho Juan Ramón Capella, *Fruta Prohibida*, Editorial Trotta, pp. 95 en adelante.
5. De hecho, pocos años más tarde, en 1805, Napoleón se corona emperador y, a pretexto de difundir los ideales de la Revolución Francesa, realizará una de las más grandes guerras de conquista en el siglo XIX. Se restauró la monarquía y en 1848, en la revolución de las comunas, se intentará otra vez instaurar un régimen de estado de derecho.
6. Constitución Política del Ecuador, Art. 16.
7. Constitución Política del Ecuador, Art. 275.
8. Constitución Política del Ecuador, Art. 130 (9).
9. Claudia Escobar García, "Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial", en *Revista Foro*, Revista de Derecho, N. 6, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2006, p. 9
10. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Resolución de 27 de junio de 2001, R.O. N. 378 de 2 de julio de 2001, y Resolución de publicada el R.O. dN. 559 de 19 de abril de 2002.
11. Constitución Política del Ecuador, Art. 284.
12. Constitución Política del Ecuador, Art. 95, inciso 2.
13. Constitución Política del Ecuador, Art. 183.
14. Ver Hernán Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 80; Rafael Oyarte, op. Cit. p. 114.
15. Manuel Peña Freire, op. Cit., p. 128.
16. Tribunal Constitucional, Pleno, Resolución 046-2001-TP, en Rafael Oyarte, op. Cit., p. 118.
17. En términos normativos, seguiré –en lo posible– el orden expuesto por Rafael Oyarte en su libro sobre la acción de amparo: Rafael Oyarte Martínez, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Andrade y Asociados, Abya-Yala, Quito, 2006.
18. Tribunal Constitucional, Pleno, Resolución N. 0401-2004-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 32.
19. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N 809-2002-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 45.
20. Constitución Política del Ecuador, Art. 91; Ley de Control Constitucional, Art. 48. Ver también, Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0222-2004-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 50.
21. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución n. 0793-2003-RA; Primera Sala, Resolución N. 349-RA-01, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 72.
22. Hernán Salgado Pesantes, *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*, Fortalecimiento a la Justicia Constitucional en el Ecuador, Serie 5, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 77.
23. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0135-2004-RA. Rafael Oyarte, op. Cit., p. 73.
24. Tribunal Constitucional, Segunda Sala, Resolución N. 230-99-RA. Rafael Oyarte, op. Cit., p. 73.
25. Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución N. 333-RA-01-I.S., citado por Rafael Oyarte, op. Cit., 127.
26. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0463-2003-RA; Resolución N. 0487-2003-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 128.
27. Tribunal Constitucional, Resolución N. 020-RA-00-I.S., citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 127.
28. Hernán Salgado Pesantes, op. Cit., p. 81.
29. Tribunal Constitucional, Resolución N. 001-RA-99-I.S., citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 125.
30. Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución N. 438-2000-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 169.
31. Tribunal Constitucional, Pleno, Resolución N. 0363-2002-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 178.
32. Corte Suprema de Justicia, Resolución, Art. 2.
33. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0334-2003-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 51.
34. Corte Suprema de Justicia, Resolución N. 3 interpretativa de los artículos 55 y 58 de la Ley de Control Constitucional, R.O. N. 693 de 29 de octubre de 2002, citado por Rafael Oyarte, op. Cit., p. 220.
35. Código Penal, Art. 249 y Art. 251, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 219.
36. Ver Normas mínimas sobre la independencia judicial, aprobadas por la Asociación Internacional de Abogados en su 19ª Conferencia Bienal, celebrada en Nueva Delhi en octubre de 1982. Proyecto de declaración sobre la independencia e imparcialidad de la judicatura, los jurados y los asesores y la independencia de los abogados, conocida también como Declaración Singhvi (E/CN.4/Sub.2/1988/20/Add.1). Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura.
37. Bergalli R., *Estado democrático y cuestión judicial*, citado por Pécés Barba, op. Cit. p. 518
38. Ver Manuel Peña Freire, op. Cit., p. 132.
39. Ver teoría del bloque de constitucionalidad.
40. Manuel Peña Freire, op. Cit., p. 129.
41. Manuel Peña Freire, op. Cit. p. 131.
42. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Fundamentales, Madrid, 1986, p447, citado por Manuel Peña, op. Cit., p. 157.
43. Diego Rodríguez Pinzón, "Jurisdicción y Competencia en las peticiones individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2000, p. 5.
44. Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 44. El Protocolo Opcional del Pacto de Derechos civiles y políticos y el sistema europeo de protección de derechos exigen que el peticionario sea una víctima.
45. Particular que presta servicios públicos sin concesión estatal, como servicios de transporte, salud o educación. Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución N. 0233-2002-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. 82.
46. "El Estado debe cumplir a cabalidad su finalidad última de servir a la persona humana, no sólo respetando los derechos fundamentales de las personas, sino protegiéndolos de cualquier violación, provenga ésta de la actividad administrativa así como de actos de los particulares como tales", Rafael Oyarte, op. Cit., p.85.
47. Claudia Escobar García, op. Cit. p. 17. Para sustentar su afirmación, se basa en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana C-543 (1992), T-193 (1993), T-321 (1994), SU-961 (1999), SU-014 (2001), T-1001 (2001), T-705 (2002), T-852 (2002), T-701 (2004).
48. Ver teoría del bloque de constitucionalidad.
49. Claudia Escobar García, op. Cit. p. 23.