



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y SALUD
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

**“LESIONES ECONÓMICAS CAUSADAS AL MUNICIPIO DE SALINAS EN EL
PERIODO 2009-2010 EN APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y
PROPUESTA DE DISEÑO DE UN CENTRO DE MEDIACIÓN PARA
SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES
PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES.”**

TESIS DE GRADO

Previa a la obtención del Título de:

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

**Autor: VÍCTOR HUGO LÓPEZ LAINEZ
TUTOR: AB. HÉCTOR RAMOS RICARDO**

LA LIBERTAD-ECUADOR

2011

**UNIVERSIDAD ESTATAL
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y SALUD
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

“LESIONES ECONÓMICAS CAUSADAS AL MUNICIPIO DE SALINAS EN EL PERIODO 2009-2010 EN APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y PROPUESTA DE DISEÑO DE UN CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES.”

TESIS DE GRADO

Previa a la obtención del Título de:

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

**AUTOR: VÍCTOR HUGO LÓPEZ LAINEZ
TUTOR: AB. HÉCTOR RAMOS RICARDO**

LA LIBERTAD – ECUADOR

2011

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios por haberme dado la fortaleza y paciencia para culminar con éxito mi carrera profesional.

“De manera que si un hombre tiene fe, es necesario que tenga esperanza; porque sin fe no puede haber esperanza.”, Moroni 7:42

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Estatal Península de Santa Elena, por su labor de educar a la sociedad, en un enfoque académico y espiritual, a los docentes de la Carrera de Derecho, quienes con su conocimiento me ayudaron en mi desarrollo profesional.

De manera especial al Ab. Héctor Ramos Ricardo, quien supo apoyarme y guiarme en la ejecución de este proyecto.

TRIBUNAL DE GRADO

Ab. Carlos San Andrés R.

DECANO DE LA FACULTAD

Dr. Tito Ramos V.

DIRECTOR DE CARRERA

Ab. Héctor Ramos Ricardo

PROFESOR-TUTOR

Ab. Francisco Céleri L.

PROFESOR DEL ÁREA

Ab. Milton Zambrano Coronado, M.Sc.

SECRETARIO GENERAL - PROCURADOR

UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y SALUD
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO

“LESIONES ECONÓMICAS CAUSADAS AL MUNICIPIO DE SALINAS EN EL PERIODO 2009-2010 EN APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y PROPUESTA DE DISEÑO DE UN CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES.”

Autor: Víctor H. López Laínez

Tutor: Abg. Héctor Ramos Ricardo

ÍNDICE GENERAL

	PÁG
PORTADA	I
APROBACIÓN DEL TUTOR	II
DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
TRIBUNAL DE GRADO	V
TÍTULO DEL TEMA	VI
ÍNDICE GENERAL	VII
ÍNDICE CAPÍTULOS DE TESIS	VIII
ÍNDICE DE ANEXOS	IX
INTRODUCCIÓN	2
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	8
JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA	9
OBJETIVO GENERAL	10
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
RELACIÓN ENTRE VARIABLES	12
HIPÓTESIS	13

Capítulo I	Pág.
Fundamentación teórica	
1.1. La Protección en los casos de derechos vulnerados en la historia Constitucional del Ecuador.	
1.2 Análisis de la transición de los derechos en las Constituciones de 1830 a 1845 o Constituciones híbridas.	
1.3. Transición de los Derechos en las Constituciones de 1845 y de 1998, o el estado de derecho legal.	
Fundamentos legales	
1.4.- El Control de Constitucionalidad	
1.4.1.- Distinciones conceptuales entre control constitucional y control de la constitucionalidad.	
1.4.2.-Tipos de estado y modelos de control de la constitucionalidad; el estado de derecho legal (revolución francesa y la separación de poderes.)	
1.4.3.- Etapas de Estado Constitucional y Estado de Derecho Constitucional.	
1.4.4.- La Acción de Amparo un precedente de la acción constitucional ordinaria de protección.	
1.4.5.- Jurisprudencia y derechos fundamentales	
1.4.6.- Características de la Acción Constitucional ordinaria de protección y desarrollo del proceso de la acción constitucional ordinaria de protección.	
1.5.- Análisis del control de la Constitucionalidad en la Carta Magna Ecuatoriana del 2008 a través de la aplicación de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.	
Capítulo II	
2.1.- Marco Metodológico.	
2.2.- Aplicación de Entrevista y de la Encuesta y tabulación de resultados	

2.3.- Aplicación de la Acción de Protección en los casos de derechos vulnerados en el Municipio del Cantón Salinas.

2.4.- Uso del método de la ponderación para los resultados de las sentencias en los casos de acción de protección.

Capítulo III

Propuesta

3.1.- Propuesta de Diseño de un Centro de Mediación para Solución Alternativa de Conflictos entre las Instituciones Públicas y los Particulares

3.2.- Finalidades de la Mediación

3.3.- Objetivos del Programa

3.4.- Estructura del Centro

3.5.- Del Directorio

3.6.- Del Director

3.7.- Del Subdirector

3.8.- Árbitros, Mediadores y Secretarios Arbitrales

3.9.- Especializaciones Iniciales

Conclusiones

Recomendaciones

Anexos

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más profusamente discutidas en la Teoría del Derecho durante las dos últimas décadas es la distinción entre reglas y principios. Conviene subrayar, antes de continuar, que tanto unas como otros tienen en común la característica de ser normas jurídicas, esto es, enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas, si bien, como veremos, presentan significativas diferencias, en especial, atendiendo a su forma de aplicación y al modo en que es posible resolver situaciones de contradicción entre ellas. Por otra parte, como señala Zagrebelsky, *“por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios”* –aunque la Constitución también contiene reglas, al tiempo que pueden encontrarse principios jurídicos fuera de ella–.

No obstante, este tema no es pacífico, sino que, muy al contrario, ha dado lugar a una gran polémica doctrinal respecto a cuáles sean las características de cada una de estas clases de normas o sobre los criterios de distinción; es más, hay quienes critican esta distinción.

Por el contrario, aparece en la realidad que los principios, los valores y los derechos no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad.

Ambos, principios y reglas, sólo son relevantes para el Derecho como Derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores jurídicamente habilitados, los incorpora al sistema. Ambos son pues, normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción del mecanismo del Derecho.

En este trabajo estamos interesados en los denominados *“conflictos trágicos”*; conflictos que, en la literatura filosófico-moral, se conocen como *“dilemas*

morales". Aunque todavía no resulta del todo claro cuándo un conflicto es "genuinamente" trágico, suele aceptarse que tal cosa ocurre cuando: el conflicto no tiene resolución racional posible, por ejemplo porque los valores o principios contendores son considerados mutuamente inderrotables o incomparables o el conflicto podría ser resuelto eligiendo uno de los principios, pero esta elección entrañaría un posible sacrificio o pérdida moral.

El punto es que si hay conflictos trágicos genuinos se podría activar una tesis en virtud de la cual se sostenga el carácter limitado de la racionalidad.

Ambos problemas pueden ser solucionados si se reconoce la existencia de los principios jurídicos. En efecto, la existencia de éstos demuestra que el juez no goza de discrecionalidad ni siquiera en aquellos casos en los que hay oscuridad, vaguedad o ausencia de reglas aplicables, ya que siempre va a poder recurrir a un principio del Ordenamiento Jurídico. De este modo, no existe discreción judicial, sino que para cualquier caso que se plantee, el sistema jurídico, compuesto por reglas y principios, ofrece una respuesta.

Por ello, y ante lo mediano e introductoriamente expuesto se hace imprescindible una solución alternativa o pacífica de tales conflictos (entre los particulares y las instituciones del Estado), buscando a aquellos que, preparados para tales arbitrios o mediaciones se conglomeran o prestan sus servicios y conocimientos en centros especializados.

Planteamiento y Formulación del Problema.

Planteamiento

En el contexto de la organización constitucional de un Estado, en su sentido actual, el poder no está por encima del derecho, sino que se somete a él; el Derecho no sólo es obra del poder, sino limita al mismo, basado en los

principios del Estado Social y Democrático de Derecho y en el papel preponderante de la jurisdicción constitucional como garantía territorial de la primacía de la Norma Suprema.

El control de las normas que pertenecen al sistema jurídico se ha de realizar a través de las reglas y proposiciones jurídicas de derecho Constitucional.

El fundamento que proporciona la juridicidad a las normas deviene imprescindible de los contenidos axiológicos de la Constitución que perfilan su teleología.

Toda reforma constitucional implica un cambio que trae consigo lógicamente una modificación del contenido del texto constitucional, lo cual genera que la Norma Fundamental deje de ser idéntica a su formulación inicial, lo que no significaría reemplazarla, ni desde el plano formal ni material, porque de ser de este modo, se originaría un novel constructo constitucional.

El interés permanente de este trabajo, radica precisamente en que cualquier solución a la cuestión que plantea requiere acudir a la misma esencia del Derecho Constitucional.

En efecto, defender la posibilidad de que ciertos preceptos del texto constitucional sean inconstitucionales, implica entender el concepto de Constitución como algo diferente, al menos en parte, del simple conjunto de preceptos jurídicos escritos en dicho texto.

La Constitución para ser considerada como tal, precisa consagrar junto a los derechos estatuidos, un conjunto de garantías tanto para su propia vigencia como para poder preservar su real supremacía.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 84 llama garantías normativas genéricas aquellas que consagran este último precepto, a saber: el carácter vinculante de la Constitución, por medio del cual ella se ubica sobre toda actuación normativa del legislador o resolución de carácter administrativo y judicial (art. 424-426).

Además debe también dejar establecido un cauce propio a través del control de constitucionalidad, para ejercer su supremacía debidamente con control efectivo sobre el sistema de normas; ejerciendo tal potestad por medio de un organismo independiente y con suficiente fuerza jurisdiccional, provisto de capacidad para nulificar y deslegitimar las decisiones de los órganos de potestad estatal (legislativo, ejecutivo y judicial), en aquellas ocasiones cuando éstas vulnerasen expresas disposiciones constitucionales, bien por fallas u omisiones en su procedimiento formativo; o bien, especialmente, por producir violaciones restrictivas o alteraciones en los derechos individuales o grupales de los ciudadanos/as; o en aquellos que corresponden a las colectividades formales e informales.

Sin embargo, ello no supone necesariamente suscribir tesis iusnaturalistas, sino solamente encontrar un fundamento a esa superioridad de ciertos valores fundamentales (estén o no en la Constitución Formal) sobre los preceptos constitucionales escritos.

“La estabilidad de una Constitución depende, ante todo, de en qué medida es capaz de satisfacer su función integradora respecto de la comunidad constituida por ella. Y es que por muy completa que fuese su defensa jurisdiccional, esta no sería capaz de garantizar por sí misma la estabilidad de una Constitución en la que se encontrase ausente aquella función. Pero, a la inversa, la ausencia de defensa jurisdiccional de una Constitución con verdadera eficacia integradora no tendría que ser necesariamente contraproducente.” (Otto Bachof – ¿Normas constitucionales inconstitucionales?)

Además, mantiene que la posibilidad de que un tribunal fuera competente para privar de validez a una norma constitucional sólo puede afirmarse cuando una norma contradice de manera tan evidente los principios fundamentales generalmente reconocidos en la ley moral que debe negársele al mismo legislador su intención de dejarse guiar por la justicia como parámetro de la disposición legal. Por tanto, una norma de la Constitución conceptualmente no puede encontrarse en contradicción con la Constitución misma.

Esto se establece mediante la comparación entre el nuevo principio y el plasmado en la Constitución inicial, con la finalidad de verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá en todo acto de reforma constitucional, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

¿Cuándo procede la acción constitucional ordinaria de protección?, pregunta que surge de la misma normativa constitucional, equivalentemente la respuesta, el art. 88 de la Constitución de la República, determina que ésta:

“...tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en sus artículos 40, 41 y 42 determina:

“Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos...”

Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra...

Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede..."

Válido sería, realizar un somero análisis de las situaciones que se proponen en las normas citadas, a saber, procedencia e improcedencia de la acción de protección, situaciones que se analizarán oportunamente en este trabajo.

En el Gobierno Municipal de Salinas, en la administración del Ab. Vicente Paul Borbor Mite, mediante oficio No. 00106-GDJ-GMS-2010, sección Auditoría, de la Contraloría General del Estado, Dirección Provincial de Santa Elena, se determinó que en la Municipalidad al 30 de junio del 2010, mantenía 724 empleados, es decir, 153 con nombramientos, 285 ocasionales, 190 obreros y 96 profesores que prestan sus servicios en Escuelas y Colegios Fiscales, se verificó la existencia de personal que no se asignó sus funciones, deberes y atribuciones, lo que permitió un exceso de servidores en la institución, debido a que no se elaboró un distributivo a base de un diagnóstico, de acuerdo al requerimiento de cada departamento; se incumplió lo dispuesto en los artículos 77 numeral 2, literal a) de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y el 87 literal s) del Reglamento Orgánico Funcional de la Corporación; desde el año 2009, fecha en que se posesionó la nueva administración, un gran número de empleados, fueron separados de sus labores, algunos de ellos, quienes prestaban sus servicios por medio de contratos ocasionales, presentaron ante el Juez de Garantías Constitucionales, la correspondiente Acción de Protección, todas en su mayoría fueron declaradas improcedentes en esta primera instancia, más al acudir al Recurso de Apelación (algunas en la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, otras por el correspondiente sorteo, correspondió su conocimiento a una de las salas de la Corte de Justicia del Guayas), los funcionarios cesados, estas fueron declaradas con lugar y las sentencias del Juez de primer nivel fueron

revocadas, ordenando el reintegro a sus funciones y la cancelación de los valores que por su separación habían dejado de percibir. Se considerarán para este estudio el caso de algunos jefes departamentales que debieron haber presentado su renuncia con la entrada de la nueva administración, ante su negativa a renunciar tuvieron que ser cesados y aplicarse lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que a continuación se transcribe:

“Art. 175.- Los directores, jefes departamentales, procurador síndico y tesorero, que son funcionarios de libre nombramiento y remoción concluirán sus funciones en la misma fecha del alcalde. Sin embargo, podrán ser removidos por éste, cuando así lo amerite, observando el procedimiento de ley.”

Formulación del problema:

¿Mejorando la comprensión de la aplicabilidad de la acción de protección, relacionada con la cesación forzada de sus labores a empleados municipales del Cantón Salinas, se podría solucionar la problemática laboral municipal mediante la creación de un Centro de Mediación para Solución Alternativa de Conflictos entre las Instituciones Públicas y los particulares?

Justificación e importancia del tema:

En el Control de la Constitucionalidad, deben distinguirse diferencias conceptuales entre Control Constitucional y Control de la Constitucionalidad, el Derecho Procesal Constitucional es una nueva ciencia dentro del universo jurídico; su objeto consiste en investigar la forma idónea de posibilitar esta transformación: formular las categorías fundamentales, las leyes generales y crear los medios tecno-jurídicos adecuados a su esencia transformadora.

La jurisdicción constitucional está regulada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así lo dispone el art. 1 que, en forma textual determina:

“Art. 1.-Objeto y finalidad de la ley.- Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.”

Uno de los fines de la jurisdicción constitucional es el control de la constitucionalidad de las leyes, Hans Kelsen enseñó:

“No solo los actos administrativos individuales son susceptibles y necesitan de un control judicial, sino también las normas generales de los reglamentos, y especialmente las leyes, sin otra diferencia sino que el control de los primeros se refiere a su legalidad, y el de las segundas, a su constitucionalidad. Este control incumbe a la jurisdicción constitucional, cuya función es tanto más importante para la democracia cuanto que el mantenimiento de la Constitución dentro del proceso legislativo representa un interés eminente para la minoría, para cuya protección se han ideado los preceptos sobre quórum, mayoría cualificada, etc. Por esto si la minoría debe tener asegurada su existencia y eficacia políticas, tan valiosas para la esencia de la democracia, si no ha de estar expuesta a la arbitrariedad de la mayoría y si la Constitución no ha de ser una lex imperfecta, o sin sanción, debe concederse a aquélla la posibilidad de apelar directa o indirectamente a un tribunal constitucional, es decir, esa minoría debe tener derecho al acceso a la jurisdicción constitucional.”

Aporte Científico

Por lo expuesto, el aspirante a Abogado de la República del Ecuador, realiza una: **“Investigación sobre la constitucionalidad de las acciones de protección iniciadas contra el Gobierno Municipal de Salinas, y de las sentencias subidas en grado por el Recurso de Apelación para ante el inmediato superior.”**, con la finalidad de determinar, si es constitucional la

admisibilidad de este tipo de garantía jurisdiccional, siendo los actores de libre nombramiento y remoción o que prestan sus servicios por medio de contratos ocasionales, y demostrar la necesidad e importancia de lograr una solución pacífica de conflictos por medios alternativos de justicia.

Objetivos:

- Objetivo General:

Demostrar la necesidad de la implementación de un Centro de Mediación para Solución Alternativa de Conflictos entre las Instituciones Públicas y los particulares, en el Municipio del Cantón Salinas.

- Objetivos Específicos:

- Estudiar varias de las Constituciones del Ecuador, y determinar el avance positivo alcanzado para garantizar el respeto a los derechos fundamentales.
- Determinar indicadores de admisibilidad constitucional ante la propuesta de acción constitucional ordinaria de protección.
- Promover la inteligenciación sobre las competencias jurisdiccionales de control en proporción con las normas constitucionales.
- Diagnosticar el estado actual del Gobierno Municipal de Salinas, ante las sentencias dictadas en su contra por los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena.

- Analizar la eficacia de la Creación de un Centro de Mediación para Solución Alternativa de Conflictos entre las Instituciones Públicas y los particulares.

RELACIONES ENTRE VARIABLES

VARIABLE DEPENDIENTE	VARIABLE INDEPENDIENTE	VARIABLE INTERVINIENTE
<u>Lesiones económicas causadas al Municipio de Salinas en el periodo 2009-2010</u>	<u>Aplicación de la acción de protección</u>	<u>Centro de Mediación para Solución Alternativa de conflictos entre las Instituciones Públicas y los Particulares</u>
153 empleados con nombramientos	105 acciones de protección planteadas en contra de la municipalidad.	Solución rápida a conflictos.
96 profesores	105 ex empleados reintegrados	Justicia para ambas partes.
190 obreros	2 ex jefes departamentales reintegrados	Beneficios para los intervinientes.
285 empleados ocasionales	1 ex jefe departamental no reintegrado	Solución efectiva.
Fideicomisos contraídos por la Municipalidad	Sentencias que ordenan el pago de lo no percibido durante la separación del trabajo.	Prestar asesoría a otros centros de arbitraje y mediación que así lo requieran.
\$12.000.000,00 de déficit	Sentencias que no ordenan el pago de los valores dejados de percibir.	Mantener, fomentar y celebrar acuerdos tendientes a estrechar relaciones con organismos e instituciones, nacionales, interesadas en el arbitraje y la mediación y los demás métodos alternos de solución de conflictos.

HIPÓTESIS.-

Con la creación de un Centro de solución alternativa de conflictos entre particulares e Instituciones Públicas, se logrará resolver de manera pacífica cualquier controversia laboral entre la Institución y el funcionario, sin que se afecte a los intereses de las partes.

Preguntas Científicas.

1.- ¿Qué doctrinas se consideran para el control de la constitucionalidad y de lo constitucional?

2.- ¿Qué principio existe y cuál es su finalidad, que tienda a proteger de manera especial a ciertos individuos, grupos o sectores de la sociedad, que por razones culturales, históricas, congénitas, biológicas, políticas, entre otras, se encuentran en un situación de desventaja en relación con los demás integrantes del sistema jurídico – social.?

3.- ¿Qué es el principio de intangibilidad dentro del núcleo esencial de los derechos fundamentales, y qué posiciones básicas para la existencia de los individuos naturales o jurídicos reconoce?

4.- ¿Qué normas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano tienen un particular valor en comparación con las otras, y que debido a las temáticas que regulan no tienen un nivel de jerarquía constitucional pero que superan el nivel de las leyes ordinarias?

5.- ¿Cuáles son las distintas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (invalidas)?

CAPÍTULO I

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

1.2. LA PROTECCIÓN EN LOS CASOS DE DERECHOS VULNERADOS EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

Conforme lo señala la historia, y cabe mencionarlo, la instauración del *amparo*, nace en tiempos remotos de aquella gran nación, a saber, la Roma imperial, con el llamado interdicto *Homine libero exhibendo*; o, en España: *los cuatro procesos forales aragoneses* de manifestación de las personas, aprehensión, inventario y juris firma; y en Inglaterra, con el *Habeas Corpus* que, más tarde pasó a los EEUU.

En la Historia del derecho colonial americano, se reconoce la existencia del amparo de dicha época, y, algunos tratadistas nos enseñan sus características y su definición: como por ejemplo:

“El amparo colonial es una institución procesal que tiene por objeto la protección de las persona en sus derechos, cuando éstos son alterados o violados por agraviantes, que realizan actos injustos de acuerdo con el orden público existente, y conforme al cual una autoridad protectora, el virrey, conociendo directamente, o indirectamente como presidente de la Real Academia de México, de la demanda del quejoso agraviado, sabe de la responsabilidad del agravante y de los daños actuales y/o futuros, que se siguen para el agraviado y dicta el mandamiento de amparo para protegerlo frente a la violación de derechos sin determinar en este la titularidad de los derechos violados, y solo con el fin de protegerlos de la violación”¹

En el libro **LECCIONES DE AMPARO** de Alfonso Noriega, el autor manifiesta que en el Archivo General de la Nación de México personalmente ha encontrado 532 casos de amparo pertinentes a esta etapa histórica.

¹ Andrés Lira González, mexicano

En lo que respecta al Ecuador, el Amparo, surge en la década de los 90, sin embargo en 1968 nace el primer eslabón referente a esta figura jurídica., sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza:

“El derecho de demandar el amparo jurisdiccional sin perjuicio del deber que incumbe al poder público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes”.²

A esta norma constitucional le antecede el Proyecto de Constitución Política elaborado por la Corte Suprema de Justicia, el cual establece que el Estado tiene la obligación de reconocer a sus habitantes el derecho de disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Posteriormente en el registro Oficial No. 176 de 26 de abril de 1993 se publica el Estatuto Transitorio del Control Constitucional expedido por la Corte Suprema de Justicia, basándose en la facultad que le concedió la Disposición Transitoria Vigésima de las reformas a la Constitución Política publicadas en el suplemento del Registro Oficial No. 93 de 23 de diciembre de 1992, en este cuerpo legal se concibió al Amparo, el que violentaba disposiciones constitucionales vigentes a la fecha por lo que la Corte Suprema de Justicia así lo reconoció en sus fallos.

El Ejecutivo a fin de reformar la Constitución, envió un proyecto de reformas al Congreso Nacional, basado en la Consulta popular del 28 de agosto de 1994, en las que incluía la creación constitucional del Amparo, siendo promulgadas en el Registro oficial No. 863 de 16 de enero de 1996.

² Constitución de 1967, Art: 28, numeral 15

El 8 de abril de 1997 se da inicio al Proyecto de Ley del Control Constitucional que contenía los procedimientos para las garantías constitucionales. Este proyecto es aprobado por el Congreso el 7 de mayo de 1997, pero fue objetado parcialmente por el Presidente interino Fabián Alarcón Rivera, el 6 de junio de 1997 y luego de tramitar las objeciones, el Congreso Nacional aprobó la Ley de Control Constitucional, la que fue publicada en el Registro Oficial No. 99 de 2 de julio de 1997. Posteriormente la Asamblea Constituyente de 1998 reemplazó el anterior texto constitucional y reformó tácitamente la Ley de Control Constitucional en muchas de sus disposiciones. La última Constitución publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, incluye las reformas anteriores.

Es importante señalar que antes que la Asamblea Constituyente de 1998 corroborara la figura del Amparo Constitucional en el Ecuador, no existía una cultura legal- constitucional, ya que la sociedad ecuatoriana daba mayor valía a las normas estatutarias, reglamentarias, ordenanzas y resoluciones, que a los principios constitucionales propiamente dichos.

Por este motivo la Asamblea redimió el valor del Derecho Constitucional y dio al Amparo una fuerza revolucionaria, ya que permutó los procedimientos para formular los reclamos a los derechos fundamentales violentados por autoridad pública alguna, modificando la cultura de la fragosidad y aplazamiento de la justicia por un proceso rápido, sumario y preferente, así como también se somete, no respeta el fuero de la referida autoridad, ya que igual puede ser solicitado el jefe de una Unidad Administrativa, un Director Provincial, un Alcalde, un Ministro e inclusive el Presidente de la República.

La Corte Suprema, luego de suscitarse dudas en la aplicación de la Ley de Control Constitucional, en su Resolución publicada el 27 de Julio del 2001, establece el propósito del Amparo en la Constitución

"La acción de amparo es cautelar y tiene por objeto proteger los derechos subjetivos de las personas afectadas por actos administrativos ilegítimos de una autoridad pública, o por actos administrativos ilegítimos de las personas que presten servicios públicos por concesión o delegación de una autoridad pública, si en tales actos violan sus derechos consagrados en la Constitución Política o en un Tratado o Convenio Internacional vigente, o por la conducta de personas particulares cuando violen los derechos comunitarios, colectivos o difusos, especificados en los Arts. 83 al 92 de la misma.

También procede el Amparo cuando por omisión de la autoridad que por norma expresa tenga la obligación de realizar un acto, se pueda causar o sé este causando daño a un derecho subjetivo".³

Así mismo la Ley de Control Constitucional establece que 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, y que frente a cualquier atentado que provenga de acto ilegítimo de cualquier 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, que harán cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos, así mismo podrá ser objeto de amparo la falta de expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, cuando dichas omisiones causen o puedan causar de igual manera un daño inminente.

Efectivamente la esencia o fin del recurso de amparo instituye la tutela efectiva de los derechos fundamentales dentro del estado de Derecho

Correcto es resaltar que los derechos fundamentales son los propios a todo ser humano, constituyéndose en el fundamento o base sobre la que se levanta la sociedad civilizada para constituir su desarrollo, y sin ellos es imposible la convivencia de la raza humana, siendo éstos irrenunciables e inalienables.

³ Registro Oficial No- 378 -27 de Julio del 2001- Resolución Art-1

Por tal razón los derechos fundamentales constan en nuestra Constitución, pero además están consignados estos derechos en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, es decir, deben haber sido ratificados por el Estado ecuatoriano.

En razón de ello es necesario manifestar que es función del Amparo el cumplimiento en la no trasgresión de los derechos y garantías constitucionales por parte de quienes ejercen la autoridad pública, para proteger los derechos constitucionales, poner freno a las trasgresiones que se estén produciendo y reparar los daños causados.

En síntesis el fin del Amparo es proteger a las personas de los actos u omisiones ilegítimos provenientes de una autoridad pública, que en muchos de los casos cae en el plano del abuso o exceso de poder, entendiéndose con ello que el campo de acción de esta figura jurídica no se enmarca en el cumplimiento o no de las funciones de un empleado público ni tampoco el de vigilar la conducta de los particulares, ya que de ello se encarga la justicia ordinaria a través de los órganos judiciales respectivos.

*"La razón de ser del amparo muestra que su cometido no es la vigilancia judicial del desempeño de los funcionarios, o de las conductas de los particulares, sino de proveer un remedio justo y adecuado contra la violación de los derechos o garantías reconocidos en la Constitución, leyes y tratados."*⁴

Los derechos individuales son protegidos por la acción de amparo, conjuntamente con el de los colectivos, contemplados constitucionalmente y en instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes.

Aquí nos encontramos con una ampliación del amparo individual o clásico, una extensión que involucra a dos elementos, los derechos afectados o restringidos

⁴ Oswaldo Alfredo Gozaini

y los sujetos legitimados para su interposición, que tienen relación (actualmente) con la defensa de los derechos del medio ambiente y del consumidor.

En relación con el primer punto nos encontramos frente a los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva o comunitaria, se refieren al término comunidad o de colectividad, el que implica derechos colectivos en caso de titularidad colectiva, como en los derechos difusos donde no es necesario la existencia de titularidad de derechos para su reclamación, ya que pertenecen a toda la sociedad (colectividad).

Pertinente sería entonces realizar la siguiente reflexión, que la Constitución protege los intereses de la comunidad, a través del amparo o protección colectiva, frente a la amenaza de intereses de grupo -generalmente estos intereses son de índole económico- consecuentemente el interés comunitario se encontraría resguardado en la misma forma por los derechos colectivos como por los difusos.

La Constitución ecuatoriana determina los principios de aplicación de los derechos de la siguiente manera:

“Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”⁵

El referido título manifiesta sobre los derechos colectivos y presenta seis dispositivos: 1) de las personas, 2) de las comunidades, 3) de los pueblos, 4) nacionalidades, 5) de los colectivos, y 6) de la naturaleza.

⁵ Constitución de la República del Ecuador, Título II, De los Derechos, Cap-1, Art-10

Los límites entre lo difuso y lo colectivo no son tan claros, algunos tratadistas los diferencian considerando que los intereses colectivos son aquellos pertenecientes a un grupo de personas que se han organizado e identificado, mientras que en los intereses difusos el número de personas es indeterminado y no se encuentra organizado como tal.

Entre los derechos difusos que se encuentran en la Constitución podemos mencionar los siguientes: el derecho a una Calidad de vida, el derecho a la defensa del medio Ambiente, el derecho de los pueblos al desarrollo y a la explotación de sus propios recursos, el derecho de los pueblos a la paz, a la integración regional, el derecho a la defensa del consumidor.”

Por tanto los derechos colectivos, son comunes a todas las personas por lo que buscan el contentamiento del interés común de todas sus secciones, y conjuntamente con estos derechos subyace una serie de intereses difusos, cuyo quebrantamiento afecta a la ciudadanía en su totalidad o por lo menos a una importante parte de la misma, sin desechar la posibilidad de que se presenten afectados particulares como derivación de haber sufrido un daño directo en sus personas o en sus pertenencias.

Los intereses o derechos difusos no se disponen en cabeza de un sujeto determinado, sino que se hallan difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias. Estas características de índole constitucional, plantean una grave dificultad de tipo procesal en lo que hace a su tutela jurisdiccional. Lo que se busca es determinar - cuando no se puede invocar un interés legítimo o un derecho subjetivo, basado en transgresiones que afecten los derechos sociales, políticos, culturales o económicos de las personas - quién está habilitado para accionarlos ante la justicia.

El amparo o protección colectiva es un instrumento de particular utilidad para posibilitar la apertura de la justicia a la defensa de intereses difusos.

Una figura jurídica de este tipo debería constituir un instrumento capaz de intervenir en los desbordes o abusos que, a nivel de la vigencia de los derechos fundamentales y en particular, del principio de igualdad, presenta el debilitamiento de las estructuras sociales estatales. Al mismo tiempo, la consagración del amparo o protección colectiva debería servir para fortalecer a la colectividad (sociedad civil), por lo que a continuación señalamos que:

“En el Ecuador la acción de amparo constitucional ha sido concebida para proteger los derechos de la persona humana, es decir de la persona natural, nuestro constituyente no incluyó de modo expreso en el amparo a las personas jurídicas, como lo hacen otras legislaciones; cuando se establece en el Art. 95 de la Constitución que el “representante legitimado de una colectividad” puede proponer el amparo, la expresión “colectividad” no debe ser tomado como sinónimo de persona jurídica sino que hace referencia a una agrupación unida por lazos específicos como son los pueblos indígenas y negros, para quienes la Constitución utiliza la antedicha expresión al consagrar sus “derechos colectivos” en el Capítulo V del Título III (artículos 83 a 85) de la ley Suprema”.⁶

1.2 ANÁLISIS DE LA TRANSICIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS CONSTITUCIONES DE 1830 A 1845 O CONSTITUCIONES HÍBRIDAS.

Abordaremos un análisis de la institución del amparo en el Ecuador en forma completamente funcional; de manera expresa se manifiesta a nuestra normatividad legal en la década de los 90; no obstante, doctrinarios, estudiosos del derecho y quienes realizamos la presente investigación hemos sostenido que ésta institución jurídica (*actualmente llamada acción de protección*) esta

⁶ Resolución No.-396-99-RAII. S 7 de Septiembre de 1999.

incluida en el historial de todo el sistema constitucional ecuatoriano, debido a que muchas de las constituciones anteriores prescribían que los ciudadanos ecuatorianos tenían derecho para presentar “*descontentos*” ante los representantes del poder público: “***reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública***”.

Expresiones como esta y otras similares que utilizaban nuestras constituciones instituían reconocimientos muy ambiguos, generales y vagos y no establecían ni la más pretérita referencia del autentico recurso o acción de protección; en la forma como inicialmente fue instituido en México.

Con la ley fundamental de 1967 fue cuando por primera vez en la historia de las Constituciones ecuatorianas, el Amparo apareció llamado por su legítimo nombre, tal antecedente histórico no debe tomarse como que esta institución no tenga referencias más distantes en la conformación del procedimentalismo constitucional del Ecuador.

Por supuesto que existen, ya que las instituciones, entre ellas las jurídicas, no se conciben en el decurrir de tan sólo 24 horas, sino que son el efecto de miles de ejercicios mentales, debido a la maduración histórica, conseguida únicamente a lo largo del transcurso del tiempo para ser.

La historia demuestra que hemos adquirido las experiencias suficientes (no sólo propias también las ajenas) para permitirnos una opinión jurídica renovada y además personalizada para este cambio, sin duda positivo para el avance de la sociedad ecuatoriana, hacia los ideales de la libertad, de la justicia y de la equidad.

Era imposible que a un legislador del pasado ecuatoriano se le hubiese ocultado o escabullido de la mente la idea de que no bastaba con proclamar derechos y libertades, y además que era obligatorio, y/o forzoso, de algún modo, tutelar su vigencia y asegurar su ejercicio. La norma que los declara tenía que ser seguida por la que los garantizara, o al menos por la que anunciara que se los garantizaría:

que se los protegería, para que viviesen, para que fuese realidad y no acabasen en mera letra muerta.

La imagen fundamental generadora de la institución del amparo –al menos es lo que se ha pretendido en el país- no es otra que ésta: el Estado garantiza la realidad y vigencia de los derechos y libertades que la misma proclama, y reconoce el derecho de las personas a demandar que se los respete. Aquella premisa se encontraba ya implícita pero equívocamente dicha, en la primera Carta Magna Ecuatoriana, de 1830 se establecía que todo ciudadano puede reclamar sus derechos ante la autoridad pública, sin olvidarse del respeto debido a la autoridad.

El antecedente Constitucional más próximo y directo del amparo (acción de protección), ya llamado por su nombre, se encuentra en la Carta de 1945, con la cual se crea en el Ecuador el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya inspiración y modelo fue el Tribunal de Garantías Constitucionales de la República Española. Una de las atribuciones que poseía este tribunal ecuatoriano, para algunos la más importante, es la mencionada a continuación:

Conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las Leyes.”⁷

Se comprendería mejor esta disposición si se tiene presente que las “quejas” a que la constitución se refiere serían ya “recursos o acciones de amparo o de protección”, aunque, en la práctica –y esto de una manera muy personal- unos “recursos” que, por el abuso que se ha hecho de ellos -un abuso propiciado por la ausencia de normas claras en la legislación secundaria que los regulase adecuadamente, en esta parte me refiero a la LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL - han caído en el país en cierto grado de descrédito, al menos para las instituciones de carácter gubernamental, como lo demostraremos más adelante en el presente estudio.

⁷ Constitución de 1945, Art. 160 numeral 5

En adelante denominaremos al amparo tal como nuestra actual constitución lo reconoce ACCIÓN DE PROTECCIÓN, lo que hace que sea más indispensable que nunca que en el Ecuador realmente se instituya la acción de protección, como el amparo verdadero, cabal, eficiente y razonado.

Aquella norma se adopta con ligeros cambios, en la Carta de 1967, donde constituye de ordinal 3 al art. 220 y luego a la de 1978, donde le fue otorgado el numeral 3 del artículo 141, y continúa vigente con las reformas que brevemente analizaremos. La corta existencia de las Constituciones de 1945 y 1967, por una parte, y la falta de una verdadera ley que regule el control constitucional -al menos en aquella década- en el país, impidió que, a partir de la referencia constitucional a las “quejas”, se desarrolle, perfeccione y consolide, y en consecuencia opere con idoneidad y eficacia, el amparo o acción de protección.

Posterior al año de 1967, los dos proyectos de Constitución sobre los que se votó en el referéndum del 15 de enero de 1978 (“Proyecto de Nueva constitución Política” y “Proyecto de Constitución de 1945 Reformada”), contuvieron disposiciones relativas a la acción de protección, a la que en ambas se le llamaba “quejas”. Como es sabido, en aquel referéndum triunfó el proyecto de Nueva Constitución Política que se convirtió en la Constitución de 1978.

Ahora distingamos, de los textos constitucionales a los que hice referencia inicialmente y desde aquel de la Carta de 1830 hasta el texto de la de 1845. A continuación se reproducirán las disposiciones que en las diferentes Constituciones Ecuatorianas han sido antecedentes de señal alguna de amparo, medida que formalmente se agrega al Constitucionalismo Ecuatoriano en la Carta de 1929.

CONSTITUCIÓN DE 1830.- “Art. 36.- la responsabilidad del Jefe del Estado también se contrae con los delitos siguientes:... 3. Por abuso del poder contra las libertades públicas y captar votos para su elección”.

“Art. 66.-todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, representar al Congreso y al Gobierno cuando considera conveniente al bien general; pero ningún individuo ni asociación particular podrá abrogarse el nombre de pueblo, ni hacer peticiones en

nombre de pueblo colectando sufragios sin orden escrita de la autoridad pública. Los contraventores serán presos y juzgados conforme a las leyes”.

CONSTITUCIÓN DE 1835.- “Art. 90.- los magistrados, jueces y empleados son responsables de su conducta en el ejercicio de sus funciones; y no puede ser destituidos sino en virtud de sentencia judicial, ni suspenso sino por acusación legalmente admitida”.

“Art. 93.- nadie puede ser preso o arrestado sino por la autoridad competente a menos que no sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez. Dentro de doce horas, a lo más, del arresto de alguna persona expedirá el juez una orden firmada en que se expresen los motivos de la prisión, y si debe estar o no incomunicado el preso, a quien se le dará copia de esta orden. El juez que faltare a esta disposición y el alcalde que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria”.

CONSTITUCIÓN DE 1843.- “Art. 52 son atribuciones de la Comisión Permanente:.. 1.- Velar sobre la observancia de la Constitución y las Leyes dirigiendo al Poder Ejecutivo; bajo su responsabilidad en el caso de omisión, las reclamaciones correspondientes, hasta por segunda vez, dando cuenta al Congreso de su próxima reunión;... 8.- recibir y preparar para el Congreso, los recursos de queja, que se interpongan contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia”;

CONSTITUCIÓN DE 1845.- “Art. 126.- todo ciudadano puede reclamar ante el Congreso, o Poder Ejecutivo, las infracciones de la Constitución y de las Leyes”.

CONSTITUCIÓN DE 1929.- “Art. 117.- son atribuciones y deberes de consejo de Estado: 1º.- velar por la observancia de la Constitución y de las leyes; y, especialmente, de las garantías constitucionales, excitando, para el efecto, en el caso necesario, al Poder Ejecutivo a los Tribunales de Justicia o a cualquier otra autoridad”.

1.3. TRANSICIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS CONSTITUCIONES DE 1845 Y DE 1998, O EL ESTADO DE DERECHO LEGAL.

*Todo ciudadano puede reclamar ante el Congreso, o Poder Ejecutivo, las infracciones de la Constitución y de las Leyes”.*⁸

⁸ Constitución de 1845, Art. 126

Una recurrente y muy obstinada confusión terminológica, originada probablemente por la marcada tendencia de los constitucionalistas ecuatorianos de aquel entonces, la masa de ellos infundidos aún por las tesis de nula igualdad, impudicia y una hermandad mentirosa, conservadores in extremis, aficionados al mero inventario de palabras y frases y, sobre todo, sin mayor pilar académico que el egoísmo, tratando de imitar lo que los egipcios llamaban KOKAUBEAM (que interpretado significa “Pilar de Equilibrio”) es el causante de la equivocada utilización del marbete “infracciones”, tanto para los fenómenos que se observan en el nivel de abstracción que conocemos como “las infracciones de la constitución y de las leyes”, como en la del verbo “reclamar” que entre sus sinónimos se encuentra invitar, es decir, que si el legislador no se creía invitado a la defensa de derechos y garantías simplemente no lo hacía.

La Reforma Constitucional de 1995

Al instante de su efímera presencia en la Constitución de 1967, el nombre del amparo (acción de protección) desapareció del rango constitucional en la legislación ecuatoriana durante mas de cuarto de siglo, pues no fue sino hasta 1993 cuando la Corte Suprema de Justicia, con la autoridad que le dio la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley No. 20, publicada en el Suplemento No. 93 del Registro oficial del 23 de diciembre de 1992, expidió el Estatuto Transitorio del Control Constitucional, (promulgado en el Registro Oficial No. 176 de 26 de abril de 1993), en el cual se instauró la “demanda de amparo”, y con ello se establecieron las pautas necesarias para el ejercicio del derecho de amparo, en la forma en que se había referido la Constitución de 1967.

A la postre al orientarse en 1994 el proceso de cambio global de la Constitución, el Ejecutivo integró una comisión para que formulase un proyecto de reformas a la Carta Magna Fundamental. Esta comisión cumplió el cargo y entregó su proyecto al Presidente de la República, quien lo aceptó y, con reformas, lo remitió al Congreso Nacional para que este lo tramitase dentro de los términos aprobados en la Consulta Popular del 28 de agosto de 1994. El Art. 42 del proyecto enviado por el Ejecutivo al Congreso mediante oficio No. 94-5278-DAJ-T.1444, de 04 de

octubre de 1994, dirigido por el Presidente de la República al Congreso Nacional dedica un artículo, relativamente amplio, al amparo, de los derechos, deberes y garantías, de la primera parte de dicho proyecto, el párrafo que allí se propone señalaba lo siguiente:

“Art.... toda persona podrá acudir ante los jueces de amparo o, en su falta ante el juez de lo civil y requerir la adopción de medidas urgentes destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales consagrados en el artículo 19 de esta Constitución y que pueda causar un daño inminente y grave o irreparable. Para este efecto no habrá inhibición del juez que debe conocer del recurso, no obstarán los días feriados, ni podrá alegarse fuero de ninguna especie. El procedimiento será sumario.

El juez convoca de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de 24 horas y al mismo tiempo, de encontrar fundado el recurso, podrá ordenar la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

Dentro de las 48 horas siguientes el juez dictara su fallo, el cual será de inmediato cumplimiento, sin perjuicio de que pueda ser apelado, sin efecto suspensivo, ante el Presidente de la Corte Superior respectiva”⁹

La conceptualización utilizada en aquella época de los inicios de la era constitucional ecuatoriana era discriminatoria para los derechos de los grupos vulnerables no reconocidos en aquellos tiempos, hablando claro de los primeros días de la República, afortunadamente el derecho ha evolucionado.

Por lo tanto, se hace valedero el siguiente pensamiento: la jurisprudencia excede sus límites donde, sin una concreta habilitación, esto es, sin leyes que respalden lo reconocido, hablando de garantías, quiere ir más allá en la interpretación y la aplicación del derecho válido, sin contar con el sustento jurídico legal.

⁹ Constitución, Título II, Parágrafo II, De los Derechos, deberes y garantías

FUNDAMENTOS LEGALES

1.4.- EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1.4.1.- DISTINCIONES CONCEPTUALES ENTRE CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

Necesario se hace el que distingamos entre control Constitucional y control de la Constitucionalidad, empezaremos con este segundo tema, para iniciar el análisis de este capítulo.

El Control de la Constitucionalidad es el mecanismo jurídico creado, por el cual se asegura el cumplimiento de las normas constitucionales y se invalidan las normas de rango inferior que no hayan sido hechas en proporción con aquellas.

El control de la constitucionalidad tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional, esto es que la Constitución de un país, en este caso el Ecuador, es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse las de valor inferior, entendiéndose por tales a las leyes dictadas por la Asamblea, los decretos y demás resoluciones dadas por el Poder Ejecutivo o por entidades autárquicas y las sentencias y demás resoluciones de los jueces.

La Constitución posee carácter de Norma Suprema, y por lo tanto, su cumplimiento ha de estar garantizado por el ordenamiento jurídico en su funcionamiento cotidiano. Asegurar que no se viole la norma constitucional con los actos de los poderes constituidos es el Control de la Constitucionalidad.

Frente a lo expuesto, debemos señalar que este es otro aspecto que evidentemente deja una impronta que diferencia al control de la Constitucionalidad con respecto al control Constitucional,

“No se trata de un simple ajedrez semántico. Mientras el primero (Control Constitucional) puede ser efectuado por varios órganos, dependiendo de la arquitectura constitucional vigente en cada sociedad, el segundo (Control de la Constitucionalidad) está única y exclusivamente destinado al Tribunal o Corte Constitucional con efectos erga omnes (control concentrado) o a los

jueces en general para un caso específico (control a posteriori o lo que la escuela liberal se empeña en denominar control difuso).¹⁰

Teniendo claro que es el control de la Constitucionalidad, pasemos a analizar el control Constitucional, el cual puede ser efectuado “por varios órganos, dependiendo de la arquitectura constitucional vigente en cada sociedad”.

Por control constitucional entonces, se debe entender al control, que ciertos órganos, en razón, del propio contenido del documento constitucional, realizan sobre bienes, servicios y actividades de funcionarios estatales.

“La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.¹¹

El Art. 212 de la Constitución nos indica que dentro de las funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley, están las de: 1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos público; 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado...”

Es la Contraloría quien efectúa el control constitucional, porque su propósito, su visión, misión y las acciones que elabora están encaminadas a recaer sobre una materia muy diversa al campo de acción de la Corte Constitucional.

En otras palabras, encontramos en el artículo precedente, una guía general emitida para la Contraloría General del Estado, orientada a promover una

¹⁰ Msc. Pedro Javier Granja

¹¹ Constitución de la República, Art. 211

adecuada administración de los recursos públicos y a determinar el correcto funcionamiento administrativo de las entidades y organismos del sector público ecuatoriano, con el objeto de buscar la efectividad, eficiencia y economía en la gestión institucional.

1.4.2.- TIPOS DE ESTADO Y MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD; EL ESTADO DE DERECHO LEGAL (REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA SEPARACIÓN DE PODERES.)

Dentro de este tema, tenemos que ubicar principalmente el tipo de Estado que establece la Nueva Constitución, un Estado garantista de derechos, derechos personales legalizados, reconocidos y garantizados, lo cual permite que sean eficaces, derechos susceptibles de ser judicializados, justiciables, presentándose con una lucha constante para conseguir la garantía y defensa de dichos derechos.

Por eso partimos de tres clases de Estado.

- Estado de Legalidad, que es la primera forma de Estado, se consolida en el siglo XIX de acuerdo a dos posiciones de la ley bajo la ley. Legislativa: Primacía en el Parlamento quien genera la ley. Ley de organización: se reduce a solución lógica.
- Estado Social: Este tipo de Estado surge en Europa, orientado a satisfacer los derechos de las clases sociales, especialmente la trabajadora, la ley pierde centralidad, el Ejecutivo pasa a ser el poder dominante, su mandato y realización depende de condiciones económicas del Estado, el juez juega un papel coadyuvante.
- Estado de Mercado: es aquel cuya función es estrictamente de carácter privatizador.

Consecuentemente, al aparecer estos cambios de Estado se forma el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se crea interacción entre Estado y sociedad, donde se lleva a efecto las políticas públicas.

Lo que determina una supremacía y valor normativo de la constitución, de los derechos fundamentales los cuales son el centro de todas las comunidades internacionales lo que obliga al Estado a aplicar y ejecutar dichos derechos.

La constitucionalización los califica a nivel de derechos fundamentales, derechos integrados, consolidando la legislación para atender requerimientos de grupos específicos tratando de respetar siempre los derechos humanos.

El concepto de ley se mantiene, pero se expande a los campos normativos, la Constitución los asume como éticos, a aquellos que establecen valores; y jurídicos cuya responsabilidad es de ser justiciables.

Las disposiciones son de un máximo interés, los derechos fundamentales se diferencian en términos de formulación a las normas legales en que ésta manda, prohíbe y permite, fuera de este cuadro no hay mas normas constitucionales. Actualmente determinan el ordenamiento jurídico estableciendo la estructura jurídica vigente, las normas sujetan a todos los poderes del Estado, y a los particulares. Asume el conjunto de principios de aplicación de los derechos.

La Constitución se preocupa de hacer un análisis sobre este tema y formas de discriminación al detallar cada caso, busca corregir los problemas de marginación de grupos específicos que se presentan dentro de la sociedad en todos los ámbitos.

Presenta alternativas a favor de estos derechos, no es un Estado indiferente, neutral o impávido, opta por intervenir cuando las sentencias requieren un mandato de constitucionalidad.

Como poder público expresa, como debemos aplicar la norma, desarrollar capacidades interpretativas, constituye obligaciones constitucionales de acuerdo a la constitución.

Tutela, protege, nos presenta varios mecanismos para asegurar el derecho de las personas.

En este punto debemos diferenciar los tipos o clasificar las formas de control de la constitucionalidad:

a. Según la admisión

Positivos: son aquellos que explícitamente en el texto constitucional, o tácitamente en el Derecho Constitucional consuetudinario, admiten la existencia de control.

Negativos: son los que no admiten el control de constitucionalidad pese a tener necesidad de él por ser su Constitución del tipo rígido.

b. Según los órganos de control

Judiciales (o con fisonomía judicial): aquellos cuyo control se encarga a tribunales, pertenecientes o no al Poder Judicial. Esta variante se subdivide en tres: a.- Difuso (o desconcentrado): cualquier juez puede realizar la verificación de constitucionalidad, b.- Concentrado (o especializado): es el sistema ideado por Kelsen. Algunos países la han implementado exactamente como él propuso; otros ubicaron al Tribunal Constitucional dentro del Poder Judicial. Otros países quedaron a mitad de camino otorgando la función del Tribunal Constitucional a un órgano ordinario del Poder Judicial, sea a la Corte Suprema o a una sala de ella llamándola "Sala Constitucional", c.- Mixto: aquel que intenta compaginar las ideas del sistema difuso y del concentrado, así, por ejemplo, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos *inter partes*, pero en ciertas acciones especiales, generalmente reservadas a ciertos órganos (Presidente, Fiscal General) van directamente al Tribunal Constitucional cuya sentencia será *erga omnes*. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad, d.- No judiciales: En algunos países la desconfianza por la judicatura (conservadora, no electa popularmente) ha hecho que se entregue el control de constitucionalidad a otros entes. Entre ellos:

* Poder Legislativo: Es el mismo Parlamento quien controla, o él a través de un órgano suyo. Se trata principalmente de naciones que sostienen la doctrina del

"centralismo democrático" donde el órgano más representativo del pueblo (Poder Legislativo) es quien concentra mayor poder, prevaleciendo sobre los demás.

* Poder Ejecutivo: normalmente el Ejecutivo puede vetar cuando considera que una ley sancionada es inconstitucional, este es el control de constitucionalidad propio, suyo. Pero también ha existido algún sistema donde era el Ejecutivo el órgano de control frente al cuestionamiento.

* Electorado: se han estructurado algunos sistemas bajo la idea de la democracia directa en los cuales es el pueblo quien decide si determinada norma coincide o no con los lineamientos constitucionales. Un sistema, denominado "*apelación popular de sentencias*", prevé que, cuando el Tribunal Superior declara inconstitucional una norma, el 5% del electorado puede exigir que se someta a referéndum la decisión del tribunal. Otro ha previsto que mediante consulta popular se derogue una ley por considerarla inconstitucional.

c.- Órganos sui generis

Incluiremos bajo este acápite a órganos que, o no se estructuran como tribunales, o su forma de integración es especial, o fundan el control en principios extrajurídicos, o su método de control es novedoso.

- El Consejo de la Revolución portugués: estuvo integrado por el Presidente de la República y oficiales de las fuerzas armadas. Podía declarar la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, tenía también a su cargo el control de la inconstitucionalidad por omisión.

- El Consejo de los Custodios iraní: está conformado por seis teólogos designados por el Ayatollah y seis juristas musulmanes. Antes de la sanción controlan los proyectos de ley comparándolos con los principios sociorreligiosos del Islam y con la Constitución.

- El Consejo Constitucional francés: inscripto dentro de los sistemas de control especializado, preventivo, abstracto y limitado. Lo componen todos los ex-presidentes de la República y nueve miembros más: tres designados por el presidente, tres por el presidente del Senado y tres por el de la Asamblea Nacional (Cámara de Diputados).

- La Corte Constitucional ecuatoriana: Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.

El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley. (Art. 434 ConsE.)

d.- Según los límites estatales

Nacional: los órganos del control son órganos propios del Estado controlado.

Internacional: los países firmantes de ciertos convenios internacionales se han sometido a la jurisdicción de ciertos tribunales supranacionales que pueden desvirtuar lo sentenciado por el Poder Judicial Nacional, pues sus sentencias definitivas son obligatorias para los estados. Y así puede ocurrir cuando derechos consagrados en la Constitución están también resguardados por el tratado.

e.-Según la formación de los jueces

Letrados: en la mayoría de los sistemas. Algunas constituciones con sistema concentrado exigen una altísima formación profesional, lo que, sin duda, redundará en beneficio de la independencia y capacidad de los magistrados.

Legos: en algunos sistemas se admite que los jueces legos (no abogados) realicen el control en las jurisdicciones donde no hay jueces letrados.

Mixtos: otros regímenes mezclan juristas con legos. Algunos lo hacen en búsqueda de mayor conciencia social de los jueces, otros para lograr especialistas en otra materia considerada de importancia.

f.-Según el momento

Preventivo: el control se efectúa antes de la sanción de la ley, sobre el proyecto. O bien, sobre la ley pero antes de su promulgación. En el caso del Consejo Constitucional Francés el control es preventivo, se ejerce antes de la promulgación. En algunos casos obligatoriamente (leyes orgánicas, reglamentos de las cámaras) y en los demás casos, sólo a petición de parte, siendo los únicos legitimados el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.

Reparador: después de que la norma entró en vigencia.

Mixto: Se puede controlar antes y después de que la norma se sancione. En algunos sistemas el Presidente de la República puede reclamar al Tribunal Supremo el control de un proyecto, si esto no ocurrió, el tribunal puede controlar la norma reparadoramente. Otro da el control preventivo al Tribunal Constitucional y el reparador a la Corte Suprema.

g.- Según el modo de impugnación

Abstracto: el impugnador no se halla en una relación jurídica donde se vea afectado por la norma inconstitucional. Aquí se utilizan las acciones populares o las acciones declarativas puras (o abstractas) de inconstitucionalidad.

Concreto: está legitimado únicamente cuando hay una relación jurídica donde alguien se ve lesionado por la norma inconstitucional en un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple. Las vías de acceso a la jurisdicción son diversas: acción declarativa concreta de inconstitucionalidad, acción de amparo, demanda incidental, juicio ejecutivo o sumario, entre otros.

h.- Según la posibilidad de acceso

Condicionado: hay un órgano pre-seleccionador de los casos que llegarán al órgano controlador de la constitucionalidad.

Incondicionado: todos los casos pueden llegar al órgano máximo de control, aunque haya instancias previas.

i.- Según los sujetos legitimados

Restringido: sólo los sujetos taxativamente enumerados pueden excitar el control. Así en Francia donde los legitimados son: el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.

Amplio: está legitimado todo aquél que tenga un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple, afectados por la norma inconstitucional.

Amplísimo: está legitimada cualquier persona, se vea o no afectada.

j.- Según la cobertura

Total: todo acto, ley y omisión, del Estado y de los particulares, están sujetos al control.

Parcial: sólo una porción del mundo jurídico está sometida al control.

k.- Según la facultad de decisión

Decisorios: el controlador invalida la norma. Hay tres variantes:

- Inter partes: sólo para las partes y respecto al asunto de la sentencia.
- Erga: todos los habitantes quedan exentos de respetar la norma declarada inconstitucional. Otra posibilidad es que la norma embrionaria quede preventivamente abolida, con efectos absolutos, e incluso sin recurso alguno contra la decisión, como en Francia.

- Intermedio: El Tribunal Constitucional puede meritar el caso y decidir inter partes aut erga omnes.

No decisorios: en estos sistemas el órgano de control emite pronunciamientos que no invalidan la norma cuestionada sino que transmite una recomendación al órgano encargado de dictarla y abrogarla (doctrina del paralelismo de competencias).

I.-Según la temporalidad de los efectos

Ex nunc: los efectos no son retroactivos.

Ex tunc: los efectos son retroactivos.

Entonces, debe de entenderse que el control de la constitucionalidad involucra la facultad de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con normas de jerarquía superior, para hacer prevalecer a éstas sobre aquellas.

"En la administración de justicia la tensión entre la legitimidad y la positividad del derecho se aborda y se resuelve, en lo que a contenido se refiere, como el problema de una decisión correcta (legitimidad) a la vez que consistente (positividad). Pero la misma tensión vuelve a producirse, no ya en el nivel de los contenidos, sino en el nivel pragmático de las decisiones judiciales, porque las exigencias ideales, a que está sujeto el procedimiento argumentativo, han de ser puestas en consonancia con las restricciones impuesta por la necesidad fáctica de regulación"¹²

Esta posición está avalada por Francisco Laporta en "Imperio de la Ley y Seguridad Jurídica" cuando nos afirma que tanto por lo que se refiere a la calificación de los hechos o por lo que se refiere a la interpretación de la solución normativa, la actividad de aplicar las normas ha de estar constreñida por unas exigencias de racionalidad interna que son las únicas que pueden avalar que la premisa normativa así construida esté justificada o sea válida.

¹² J. Habermas: "Facticidad y Validez"

Esta conclusión trae consecuencias políticas, jurídicas y sociales que no se pueden desconocer.

En primer lugar se actualiza una mayor cantidad de conflictos entre órganos de un mismo orden normativo; segundo, se requieren formas más complejas para entender los potenciales conflictos o acuerdos entre los órganos de un mismo orden jurídico; tercero, se suscitan más conflictos entre diversos órganos jurídicos o entre los órganos de ellos; y cuarto, se requiere de mejores estudios para llegar a la comprensión de los acuerdos necesarios para que diversos órdenes jurídicos puedan arribar a cierto tipo de alianza.

Es necesario, en esta materia, analizar que el Poder Estatal es uno solo y que goza de atribuciones exclusivas y otras compartidas. En ese entendimiento no se puede desconocer que la competencia legislativa reside en el Poder Legislativo, si bien los otros poderes pueden hacerlo en el marco exclusivo de su jurisdicción o en el supuesto de cuestiones delegadas o cuya premura impida el dictado de una ley, por lo que no se le podría dar a otro poder, en este caso el Judicial, la facultad de legislar y derogar "erga omnes" una norma que hubiese cumplimentado la totalidad de los mecanismos constitucionales previstos para su dictado.

La Revolución Francesa, fue un proceso social y político acontecido en Francia entre 1789 y 1799, cuyas principales consecuencias fueron el derrocamiento de Luis XVI, perteneciente a la Casa Real de los Borbones, la abolición de la monarquía en Francia y la proclamación de la I República, con lo que se pudo poner fin al Antiguo Régimen en este país.

Aunque las causas que generaron la Revolución fueron diversas y complejas, éstas son algunas de las más influyentes: la incapacidad de las clases gobernantes —nobleza, clero y burguesía— para hacer frente a los problemas de Estado, la indecisión de la monarquía, los excesivos impuestos que recaían sobre el campesinado, el empobrecimiento de los trabajadores, la agitación intelectual alentada por el Siglo de las Luces y el ejemplo de la guerra de la Independencia

estadounidense. Las teorías actuales tienden a minimizar la relevancia de la lucha de clases y a poner de relieve los factores políticos, culturales e ideológicos que intervinieron en el origen y desarrollo de este acontecimiento.

Una consecuencia directa de la Revolución fue la abolición de la monarquía absoluta en Francia. Asimismo, este proceso puso fin a los privilegios de la aristocracia y el clero. La servidumbre, los derechos feudales y los diezmos fueron eliminados; las propiedades se disgregaron y se introdujo el principio de distribución equitativa en el pago de impuestos. Gracias a la redistribución de la riqueza y de la propiedad de la tierra, Francia pasó a ser el país europeo con mayor proporción de pequeños propietarios independientes. Otras de las transformaciones sociales y económicas iniciadas durante este periodo fueron la supresión de la pena de prisión por deudas, la introducción del sistema métrico y la abolición del carácter prevaeciente de la primogenitura en la herencia de la propiedad territorial.

Napoleón instituyó durante el Consulado una serie de reformas que ya habían comenzado a aplicarse en el periodo revolucionario. Fundó el Banco de Francia, que en la actualidad continúa desempeñando prácticamente la misma función: Banco Nacional casi independiente y representante del Estado francés en lo referente a la política monetaria, empréstitos y depósitos de fondos públicos. La implantación del sistema educativo —secular y muy centralizado—, que se halla en vigor en Francia en estos momentos, comenzó durante el Reinado del Terror y concluyó durante el gobierno de Napoleón; la Universidad de Francia y el Institut de France fueron creados también en este periodo.

Todos los ciudadanos, independientemente de su origen o fortuna, podían acceder a un puesto en la enseñanza, cuya consecución dependía de exámenes de concurso. La reforma y codificación de las diversas legislaciones provinciales y locales, que quedó plasmada en el Código Napoleónico, ponía de manifiesto muchos de los principios y cambios propugnados por la Revolución: la igualdad ante la ley, el derecho de habeas corpus y disposiciones para la celebración de

juicios justos. El procedimiento judicial establecía la existencia de un tribunal de jueces y un jurado en las causas penales, se respetaba la presunción de inocencia del acusado y éste recibía asistencia letrada.

La Revolución también desempeñó un importante papel en el campo de la religión. Los principios de la libertad de culto y la libertad de expresión tal y como fueron enunciados en la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano francés, pese a no aplicarse en todo momento en el periodo revolucionario, condujeron a la concesión de la libertad de conciencia y de derechos civiles para los protestantes y los judíos. La Revolución inició el camino hacia la separación de la Iglesia y el Estado.

Los ideales revolucionarios pasaron a integrar la plataforma de las reformas liberales de Francia y Europa en el siglo XIX, así como sirvieron de motor ideológico a las naciones latinoamericanas independizadas en ese mismo siglo, y continúan siendo hoy las claves de la democracia. No obstante, los historiadores revisionistas atribuyen a la Revolución unos resultados menos encomiables, tales como la aparición del Estado centralizado (en ocasiones totalitario) y los conflictos violentos que desencadenó.

De manera muy personal, consideramos de trascendental importancia incorporar a este estudio, un resumen del Discurso de Robespierre del 7 de febrero de 1794, leamos con reverencial atención:

“La democracia es un Estado en el que el pueblo soberano, guiado por leyes que son de obra suya, actúa por sí mismo siempre que le es posible, y por sus delegados cuando no puede obrar por sí mismo.

Es, pues, en los principios del gobierno democrático donde debéis buscar las reglas de vuestra conducta política.

Pero para fundar y consolidar entre nosotros la democracia, para llegar al reinado apacible de las leyes constitucionales, es preciso terminar la guerra de la libertad contra la tiranía y atravesar con éxito las tormentas de la Revolución; tal es el fin del sistema revolucionario que habéis organizado.

Pero ¿cuál es el principio fundamental del gobierno democrático o popular, es decir, el resorte esencial que lo sostiene y que le hace moverse? Es la

virtud. Hablo de la virtud pública, que obró tantos prodigios en Grecia y Roma, y que producirá otros aún más asombrosos en la Francia republicana; de esa virtud que no es otra cosa que el amor a la Patria y a sus leyes.

Pero como la esencia de la República o la democracia es la igualdad, el amor a la patria incluye necesariamente el amor a la igualdad.

En verdad, ese sentimiento sublime supone la preferencia del interés público ante todos los intereses particulares, de lo que resulta que el amor a la patria supone también o produce todas las virtudes, pues ¿acaso son éstas otra cosa sino la fuerza del alma, que se vuelve capaz de tales sacrificios? ¿Y cómo podría el esclavo de la avaricia o de la ambición, por ejemplo, inmolar su ídolo a la Patria?

Por una consecuencia del mismo principio, en los Estados aristocráticos, la palabra «patria» sólo tiene algún significado para quienes han acaparado la soberanía.

Así, todo aquello que sirva para excitar el amor a la patria, purificar las costumbres, elevar los espíritus, dirigir las pasiones del corazón humano hacia el interés público, debe ser adoptado o establecido por vosotros; todo lo que tiende a concentrarlas en la abyección del yo personal, a despertar el gusto por las pequeñas cosas y el desprecio de las grandes, debéis eliminarlo o reprimirlo. En el sistema de la Revolución francesa, lo que es inmoral es impolítico, lo que es corruptor es contrarrevolucionario. La debilidad, los vicios, los prejuicios, son el camino de la monarquía.”¹³

El mayor valor de una democracia es poder elegir a los que gobiernan y tener libertad para decir lo que pensamos; pero, sobre todo, lo fundamental es que no haya abusos ni injusticias por parte de los gobernantes.

Para evitar que esto ocurra, en las democracias se produce la separación de poderes; es decir, existen tres organismos políticos diferentes, llamados poderes, en nuestro país se les conoce como funciones del estado, que se controlan unos a otros:

- El que hace las leyes, el Parlamento, Asamblea, Congreso, con sus diputados o parlamentarios, conocido como poder (función) legislativo.
- El que las aplica, el Gobierno, llamado poder (función) ejecutivo.
- El que vigila que se apliquen bien y administra justicia, compuesto por los jueces, que forman el poder (función) judicial.

¹³ Robespierre

Un Estado que divide en este sentido sus facultades y funciones es menos susceptible de caracterizarse por procedimientos tiránicos o dictatoriales que aquel cuyas distintas potestades se encuentran asumidas por un número menor de instituciones responsables. La separación de poderes es, en teoría, el principal garante del que ha sido denominado Estado de Derecho, cuya esencia es el “imperio de la ley”, y suele ser sinónimo de sistemas o regímenes políticos basados en comportamientos democráticos.

Esta doctrina fue desarrollada durante siglos. Uno de los primeros filósofos que teorizaron sobre ella fue el inglés James Harrington, quien, en su obra *Oceana* (1656), describió un sistema político utópico basado en la división de los poderes públicos. John Locke expuso un tratamiento más detallado de la misma en el segundo de sus *Tratados sobre el gobierno civil* (1690). En sus páginas, el filósofo inglés manifestaba que los poderes legislativo y ejecutivo son conceptualmente diferentes, aunque pensaba que no siempre es necesario separarlos en instituciones políticas distintas; no distinguía, en cambio, el poder judicial. El actual concepto de la separación de poderes fue definido por el teórico francés Charles-Louis de Montesquieu en uno de sus principales ensayos, *El espíritu de las leyes* (1748), donde ya quedaba descrita la triple división (él no usó el término “separación”) que desde entonces se convirtió en el eje fundamental de la mayoría de las constituciones contemporáneas.

Entonces llegamos al Estado de Derecho, fórmula relativamente reciente en el Derecho Constitucional, con la que se quiere significar que la organización política de la vida social, el Estado, debe estar sujeta a procedimientos regulados por ley.

El concepto de Estado de Derecho culmina una larga evolución histórica cuyos inicios se pueden situar en los orígenes mismos del Estado constitucional. Es (conceptual y práctico) el resultado final de la suma de una serie de elementos que han surgido en un proceso de lucha y que han supuesto la ampliación de su base

material. Tres momentos fundamentales se pueden distinguir en su formulación hasta alcanzar el sentido que tiene en la actualidad.

En el primer momento se luchó para que el Estado, personificado en el monarca y en las instituciones en que se fundamenta (burocracia, ejército y aristocracia), se sometiera en el ejercicio del poder a formas jurídicas bien establecidas, reglas generales, dadas con el consentimiento de la representación de la sociedad (en el Parlamento), discutidas y públicas. En esta primera acepción supuso ya el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos: libertad civil, igualdad jurídica, independencia del poder judicial y garantía de la propiedad.

En un segundo momento, el Estado de Derecho implicó también la extensión del control judicial a la actividad administrativa. A finales del siglo XIX se produjo un fuerte debate en torno a esta cuestión, que cristalizó con el desarrollo de la administración contencioso-administrativa, encaminada a romper la impunidad del Estado ante sus propias acciones.

El tercer momento se inició después de la I Guerra Mundial. El concepto de Estado de Derecho pasó a incluir la legitimación democrática del poder del Estado, que también tiene que estar sometido a norma jurídica.

Por tanto, el Estado de Derecho supone el reconocimiento de los derechos personales (imperio de la ley), la responsabilidad del Estado y la legitimación democrática del mismo.

REVALORIZACIÓN DEL DERECHO.

Ante las ostensibles dificultades de los procedimientos para que puedan cumplir con su función y dada la imperiosa necesidad de demarcar el futuro con normas, queda pendiente la siguiente pregunta ¿Qué genera la desconfianza en el derecho? En tal sentido nos introduciremos en las consecuencias de aquello que

damos en llamar desutilización o “deflación del derecho”, para posterior a ello indagar sobre la revalorización del derecho.

La hipótesis aquí planteada es que se origina una deflación del derecho o, para expresarlo de otro modo, su desutilización. Con esta expresión se señala la situación en la cual el derecho, como medio de *aseguramiento de expectativas*, pierde atracción, puesto que se reduce la motivación originada en el uso afirmativo de éste tipo de recurso. Se trata de un proceso mediante el cual se comprueba que la confianza en el derecho no puede actualizarse porque las expectativas prometidas no se confirman.

Entonces, en esta remarcada y notoria desconfianza hacia un derecho que en efecto demuestra no servir como resguardo (para las personas naturales y jurídicas), es la legitimación del mismo sistema democrático y de derecho la que se ve perjudicada, ello en tanto se apoye la idea – de la legitimación - que ella se logra gracias al funcionamiento de procedimientos específicos. Esto por ser así, la desconfianza hacia el derecho, nos presenta ahora el panorama de la conexión entre ambas dimensiones: las posibilidades de los procedimientos para producir una disposición orientada a la aceptación de decisiones vinculantes encuentran su límite en una desconfianza que, lejos de ser un “estado de ánimo” de la población cristalizado en los hechos, es una densa estructura de expectativas cuyo principio se remonta a hechos traumáticos que obstruyeron al derecho.

Estas estructuras adoptan configuraciones singulares y suelen ser denominadas relaciones clientelares, mafiosas, redes de favores. Sus peculiaridades se desprenden del tipo de confianza que actúa como medio: las expectativas ya no se aferran a una confianza abstracta y sistémica como el derecho, sino en una confianza de tipo personal que unge al nivel de la interacción una gravitación especial cuando se trata de observar el fenómeno de generación de normas. Uno de los caracteres más evidentes de estas estructuras son sus horizontes

temporales de corto plazo ya que las normas que entran en vigor se fijan situacionalmente; es decir, predomina la situación por sobre la generalización.

Esto no significa, sin embargo, que necesariamente aquello que ha de esperarse normativamente se estipula por completo en cada situación; como muestran ciertos estudios, aquello que se concierta normativamente en situaciones de interacción puede permanecer en el tiempo (candados constitucionales). Éstas constituyen tanto un espacio de eventualidad de aquello que habrá de esperarse normativamente como de verificación constante de la validez de dichas normas. Vale la pena reiterar que esto es posible, pues ante la falta de estabilización por parte del sistema de derecho, se crean otros mecanismos que adoptan esa función. Afirmativamente hablamos de “inclusión/exclusión” la que se transforma en una cambiante directriz, la violación de las normas recién descritas se pagan con la exclusión y esto significa tanto perder la posibilidad de ser reconocido como persona, como aumentar en exceso los niveles de inseguridad de expectativas. La exclusión es el lugar del no-suceso sea este material o formal.

De lo descrito en este último apartado puede desprenderse que el déficit en la aplicabilidad del derecho conduce a que éste último deje de ser una garantía de las expectativas en caso de frustración y a que se formen estructuras que pretenden asumir esta tarea.

Entonces para contestar a la pregunta ¿Qué genera la desconfianza en el derecho?, debemos responder que esta responde a causas intelectuales lo que provoca la desvalorización de las leyes y de su desprecio práctico, por quienes depositan su confianza y expectativas en ellas.

A lo largo de la historia se han presentado e impuesto decisiones que han erosionado e incluso invalidado el prestigio de las leyes. Cuando la legislación ha sido abundante sin necesidad, o con excesivo reglamentarismo, con derogaciones o cambios muy seguidos, ello le ha restado autoridad, situación por la que Nuestro

lindo Ecuador ha pasado gracias a “*generosos legisladores*”. También ha sucedido esto, por supuesto, cuando el legislador ha defecionado, y servido a intereses particulares en perjuicio del bien común, y tanto más cuando ha instituido leyes francamente opresivas, recordemos las constituciones anteriores las cuales señalaban que el ciudadano común podrá “***reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública***”..

Exentamente del contenido de las diversas leyes, lo cierto es que el desprestigio contemporáneo de los legisladores en el Ecuador y en forma generalizada e incluso globalizada, ha sido el resultado de sus conductas censurables, apetito de riquezas, irresponsabilidad en el voto de leyes “por bloque” o por orden del jefe del partido, obsecuencias con el Poder Ejecutivo, esto también ha contribuido al demérito de la ley en el ánimo de los administrados.

Pero también ciertas concepciones acerca de la ley civil, pueden influir negativamente en el respeto por las reglas jurídicas. Sería obviamente un error afirmar la identidad total del orden moral y el orden jurídico. Ya los antiguos advirtieron que no todo lo que es permitido en el derecho es honesto (Non omne quod licet honestum est). En verdad existen varios deberes morales que no constituyen imperativos jurídicos, e incluso con respecto a algunos de ellos no sería razonable que se convirtiesen en imperativos jurídicos; y también hay conductas mandadas por el derecho positivo que no son exigidas por ninguna regla moral.

Veamos,

1) Al respecto, la doctrina y prédica de la separación entre lo moral y lo jurídico, o de la distinción conceptual total entre lo moral y lo jurídico, lleva a la desvalorización de la ley.

Por consiguiente, hay que decir que entre lo moral y lo jurídico hay solamente distinción parcial.

Ahora bien, la supuesta separación o la distinción total entre ambos órdenes normativos, que muchas veces se afirma, no sólo es un error, sino que además lleva a consecuencias prácticas desastrosas. Por una parte socava el imperio de las exigencias fundamentales de la moralidad en las instituciones y en las decisiones jurídicas; pero también de otra parte, en cuanto se dice que una cosa es lo jurídico y otra cosa es lo moral, tal resitúa o despoja a las leyes positivas de su autoridad y prestancia, ya que no se las reputa obligatorias para el comportamiento del hombre honesto.

Previstos como dos ámbitos normativos netamente distintos, aunque se admitan vinculaciones entre ellos, la consecuencia práctica no puede ser otra que la más arbitraria libertad para fijar autoritativamente el contenido del derecho en el momento de su institución legislativa y la indiferencia con respecto a la justicia del resultado en el momento de su aplicación judicial. Pero también de aquel yerro teorizante se procede a otra consecuencia tan importante como la anterior: la formación de una conciencia moral macilenta con respecto a los deberes impuestos por la legislación, concebida ésta como un producto convencional de la sociedad, o como una técnica social del gobernante para lograr ciertos objetivos sociales o sectoriales, indiferente para la moralidad.

En síntesis, la doctrina de la separación viene así a quitar eficacia en la vida social, tanto a los imperativos éticos, como a los preceptos jurídico-positivos.

2) Otra causa, también de índole intelectual, de la devaluación de la ley civil en el pensamiento contemporáneo, está en la desorbitada idea de libertad, puesta como fin último o desiderátum primordial del hombre, en lugar de concebirse la libertad como útil medio para la consecución de los bienes humanos, sean singulares, sean comunes.

La ley limita la libertad, y entonces se ve como un mal. El asumir, aunque sea de manera implícita, la libertad exterior de las acciones como el bien supremo del ser humano, genera una concepción de la ley como “mal necesario”, o sea un mal necesario para evitar otros males mayores, los males que resultarían de la falta de leyes, o sea de la anarquía

“Toda ley es un mal, pues toda ley es una violación de la libertad”.¹⁴

Y ello también es capaz de alimentar la actitud interior de desprecio de las leyes y la conducta exterior de violarlas. Como aplicación de lo dicho, puede mencionarse la concepción de Werner Goldschmidt¹⁶, quien califica lo dispuesto por la ley civil como algo que de suyo siempre entraña injusticia. De conformidad con el léxico creado por este autor, los “repartos” de “potencia” e “impotencia” se distinguen en “repartos autoritarios” (los realizados por alguien que tiene autoridad sobre los beneficiarios) y “repartos autónomos”, y los primeros son menos valiosos que los segundos, pues –según Goldschmidt- siempre están intrínsecamente viciados de injusticia, por el mero hecho de ser impuestos a los individuos.

Al respecto, hay que señalar:

- a) Que el término “autoritario”, usualmente es entendido en el sentido de exceso o abuso de la autoridad, por lo cual es un vocablo que porta una carga emotiva desfavorable, y por tanto predispone a una conclusión desaprobatoria de la cosa a la cual se aplica (en este caso, Goldschmidt lo aplicó a las disposiciones del legislador).
- b) La insólita tesis de Goldschmidt en la que afirma que el legislador, por el solo hecho de dar la ley, comete una injusticia, proviene de la falsa premisa que asume explícitamente: que el principio supremo de justicia es el respeto de las libertades individuales;

¹⁴ Bentham

*“El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad”.*¹⁵

De acuerdo con esto, la ley civil es un mal, aunque sea un mal necesario, porque la libertad es el máximo bien.

Esta evolución característica de los tiempos modernos acaba a menudo en nuestros días en verdadera rebeldía de la libertad personal contra toda pretensión de la sociedad de imponer obligación o coacción alguna.

Para finalizar este tema debemos incluir que a la revalorización del derecho como instrumento de integración social, se la ha reconocido como la positivación de los derechos humanos, la cual ha abierto espacios institucionales que permiten a los sujetos sociales convertirse en sujetos de derecho, dando instrumentos para su exigibilidad y consecuente vigencia; por esta razón, los marcos jurídicos se reconocen como instrumentos que pueden ser efectivos para revertir la desigualdad real. Por consiguiente, el derecho se visualiza como un mecanismo de integración social que fomenta el establecimiento de normas de convivencia legales sometidas a la libre argumentación y contra argumentación, contribuyendo así, al desarrollo e internalización de una cultura democrática.

De otro lado, ha permitido entender que el derecho puede ser considerado como un espacio y como un marco de lucha social, en el que los sujetos sociales pueden vigilar y exigir el cumplimiento de sus derechos. El Enfoque de derechos humanos también permite comprender que el derecho no sólo es una norma legal, sino fundamentalmente una norma social, cuya observancia es conveniente para todos los ámbitos de la sociedad. Finalmente, la revalorización del derecho ha incentivado el surgimiento de enfoques críticos acerca de las leyes vigentes y del funcionamiento de la administración de justicia, como por ejemplo el acceso a la

¹⁵ Goldschmidt

justicia, los modelos procesales, la autonomía y recursos de la Rama judicial y el papel de los jueces, entre otros.

1.4.3.- ETAPAS DE ESTADO CONSTITUCIONAL Y ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

El Estado Constitucional tiene separados los poderes o funciones del estado y está subordinado al ordenamiento jurídico-constitucional. Además reconoce y garantiza los derechos de las ciudadanas y los ciudadanos. Este estado constitucional pasó por distintas etapas antes de llegar a lo que conocemos y actualmente nos envuelve. Hubo una etapa de estado liberal de derecho, una etapa de estado democrático y una etapa de estado social. Estas tres etapas no se dieron de manera pura, además se produjeron en circunstancias peculiares en cada país. Estas tres etapas suponen un proceso evolutivo, un proceso dinámico con respecto a la etapa anterior de forma que en la etapa posterior se dan también las anteriores, o sea en esta se incluyen también las anteriores.

A continuación compartimos las notaciones para poder afirmar que estamos en un modelo de Estado u otro: en primer lugar, la tipología de derechos reconocidos. Así, el reconocimiento de nuevos derechos supone una modificación del modelo de Estado. Los derechos de libertad son los característicos del Estado Liberal, los derechos políticos son los característicos del Estado Democrático y los derechos económicos y sociales son los característicos del Estado Social. Mediante la tipología de Derechos sabemos si estamos ante un modelo de Estado u otro.

Otra clave para saber en qué etapa del Estado estamos es la modificación del rol del Estado para con el soberano. El paso de un Estado abstencionista a un estado que promociona los Derechos.

En tercer lugar, la legitimación del poder y la mayor universalización del sufragio. A partir de los Derechos reconocidos y garantizados, de los poderes públicos y del

sufragio es cómo podemos saber en qué tipo de Estado nos encontramos en la actualidad. El avance que se produce en el modelo de Estado es consecuencia y es el resultado de cambios en los modelos económicos, por ejemplo, del paso de un modelo económico burgués o liberal a la intervención del Estado en la economía. De la evolución de los modelos sociales. Del paso de una preeminencia de la burguesía a la aparición de los movimientos obreros y también de unos cambios en los planteamientos ideológicos.

ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

El Derecho Político tiene entre sus ramas al Derecho Constitucional, compuesto por las normas fundamentales que constituyen un Estado. El Derecho Constitucional regula las relaciones entre los poderes públicos y la de estos con los ciudadanos. La materia constitucional abarca todo lo relativo a la forma de Estado, forma de gobierno, derechos fundamentales y la regulación de los poderes públicos.

El poder político es aquel que tiene la fuerza coercitiva para hacer cumplir sus órdenes. Con lo cual se hace lo que solicita mediante su mandato imperativo. Al poder político se le atribuye la violencia legítima, lo que significa que en virtud de esta violencia está llamado al uso de la fuerza en aras de preservar el bien común.

El poder constituyente unifica en la Constitución la estructura de los poderes (funciones) constituidos, su división, relación y las garantías ciudadanas. Consecuentemente, la Constitución por lo tanto tiene un carácter político y jurídico a la vez. Excluye cualquier texto anterior de su misma naturaleza y deja sin efecto cualquier norma posterior de menor jerarquía que la contradiga. Su derogación o modificación supone la rigidez de ser dictada por normas establecidas en ella misma.

Dentro de las letradas clasificaciones tenemos: a) la de la estructura formal que se compone por la soberanía que reside en el pueblo, los poderes constituidos y el enunciado de los derechos fundamentales, y b) la material y la orgánica. La primera con la parte dogmática: los derechos humanos (sustantivos y adjetivos).

La segunda: con la creación de los poderes constituidos y de los poderes constituidos constituyentes. Los principios doctrinales: a) División de los poderes públicos: con la finalidad de lograr un efectivo balance de los mismos y que en ninguno se concentre el poder político. Deben contar con autonomía e independencia. Su objetivo es el control entre iguales, enlazado con la necesaria coordinación que debe reinar. b) Estado de derecho o *ius imperium*: el ordenamiento jurídico rige sobre la sociedad y todos somos iguales frente a la ley. c) Soberanía nacional: que en una democracia republicana reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio. d) Derechos fundamentales: existen en todas las constituciones para garantizar la protección de los ciudadanos frente al Estado. e) Estabilidad constitucional: el carácter debe ser más permanente que temporal. Al garantizar el juego político y la unidad del país una constitución no debe ser alterada por quien detenta el poder para utilizarla de acuerdo a sus fines.

Por ello, para cambiar el texto deben agotarse condiciones que suponen mayorías políticas calificadas, combinadas al sufragio popular a fin de que contenga el nuevo consenso social. f) Supremacía constitucional: todas y cada una de las normas están subordinadas a la Constitución. En caso de contrariarla se produce la nulidad. El objetivo es que exista una sistematización del ordenamiento jurídico, que opera dentro de una gran coordinación. g) Rigidez constitucional: para evitar modificaciones que instrumentalicen el derecho a favor de una parcialidad política o persona en el poder, se debe contar con un gran consenso nacional a fin de evitar eso que Alexis de Toqueville definió como la tiranía de la mayoría. h) Control de la Constitucionalidad: las normas de una Carta Magna deben garantizar el propio ordenamiento jurídico que ella consagra. El control difuso supone que el poder judicial ordinario está llamado a enfrentar a nombre de los ciudadanos cualquier acto jurídico que viole la constitución vigente. El control concreto en

Ecuador lo ejerce la Corte Constitucional, quien es de manera expresa el encargado de velar por la interpretación fiel de la Constitución. Asimismo, en otros países se le atribuye a una sala en particular la función de velar por la constitucionalidad del estado de derecho.

El problema de las coaliciones normativas también está resuelto en el propio texto constitucional. Existen tres principios: 1) Jerarquía de la norma: la Constitución priva sobre todas las demás normas, las leyes orgánicas sobre las leyes ordinarias, y así sucesivamente. El maestro Hans Kelsen estructuró una pirámide en la cual las leyes de mayor importancia, comenzando por la Constitución, que está sola en la cúspide, ocupa el rango superior. Ninguna ley de jerarquía inferior debe contrariar a una de jerarquía superior. En caso de contrariarla se produce la nulidad. 2) Temporalidad: Si hay dos normas que tienen igual rango, la nueva deroga a la vieja de manera expresa o tácita. Es expresa cuando así lo anuncia la nueva norma y tácita cuando la contradice sin afirmarlo. 3) Especialidad: En el supuesto de dos normas con igual jerarquía, la especial prevalece sobre la general y es la que debe aplicarse.

1.4.4.- LA ACCIÓN DE AMPARO UN PRECEDENTE DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL ORDINARIA DE PROTECCIÓN.

En el anteriormente llamado Tercer Bloque de Reformas a la Constitución promulgadas en el Registro Oficial No 863, del 16 de enero de 1996; aquí se incluyó el antecedente de la Acción Constitucional Ordinaria de Protección constando en el texto constitucional.

“Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la ley designe y requerirá la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a mas 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 veinte y cuatro 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

Ahora bien, es con la Constitución de 1998, promulgada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998, que el amparo alcanza la categoría de acción y su configuración o estructuración se detalla en el art. 95 de la anterior Constitución, siendo su contenido el siguiente:

“Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

El juez convocará de inmediato a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

¹⁶ Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 31

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.”

1.4.5.- JURISPRUDENCIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Conocido es por todos los estudiosos del derecho que el término jurisprudencia significa:

“Ciencia del derecho. Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes.”¹⁷

Aunque Justiniano la definió como: *“Divinarum atque humanarum rerum notitia, justī injustique scientia”*, el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto, otros en forma distinta la conciben como: *“el hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren”*, también se llama jurisprudencia a los principios que en materia de derecho se siguen en cada país o en cada tribunal; o el hábito que se tiene de juzgar de tal manera una misma cuestión; y la serie de juicios y sentencias uniformes que forman uso o costumbre sobre un mismo punto de derecho.

¹⁷ Microsoft® Encarta® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation.

Con esta breve explicación demos lectura a la opinión de nuestra actual Corte Constitucional sobre la acción de protección en sustitución a la acción de amparo, y sostienen además que en la nueva normatividad jurídica la naturaleza y esencia de esta se mantienen:

“Ciertamente que en ocasión de la vigencia de la Constitución de la República, la “acción de protección” reemplazó a la figura del ex amparo, acción que si bien ha sido desarrollada, su naturaleza y esencia se mantiene, tanto es así, que mediante esta acción no se puede revisar asuntos de legalidad que en esencia constituyen los actos de naturaleza bilateral o contractual. Al respecto, el art. 50 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de las Corte Constitucional, para el periodo de transición, así lo determina al señalar que no cabe la acción de protección: “a) Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de las cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa...”¹⁸

Y son precisamente estos aspectos de legalidad los que se estudiarán en capítulos posteriores en este estudio, sin embargo, se hace imperiosa la necesidad de que inicialmente se entiendan los orígenes y detalles de la acción de protección.

La acción constitucional ordinaria de protección se ocupa de proteger los derechos de los sujetos cuando son vulnerados por la autoridad pública; se convierte en una disputa entre un sujeto y la autoridad y su herramienta es esta acción constitucional, que, una vez accionada rechaza y detiene de forma frontal el abuso de una autoridad estatal.

Y es que la Constitución del Ecuador de 2008, es en esencia garantista, crea una serie de acciones jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos, como son: la Acción de Protección, la Acción de Hábeas Corpus, la Acción de Hábeas Data, la Acción por Incumplimiento, la Acción de Acceso a la Información Pública y la Acción Extraordinaria de Protección.

¹⁸ Suplemento del Registro Oficial No 97 de 29 de diciembre del 2009, pág. 74.

Cierto es que la Constitución del Ecuador de 1998 reconocía algunas garantías constitucionales como la Acción de Amparo, el Hábeas Corpus o el Hábeas Data; no obstante, la falta de conocimiento, voluntad política o cultura jurídica para aplicar normas constitucionales, de derecho internacional o de jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos, trajo como consecuencia que en varios casos, los jueces de instancia o el propio Tribunal Constitucional, continuarán aplicando normas internas de derecho civil, administrativo, penal u otras.

Al respecto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José en su artículo 25 de Protección Judicial, señala:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

El numeral 1 del artículo 25 de la Convención, señala la obligación internacional de los estados partes a contar con un recurso rápido, sencillo y efectivo que ampare a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, contra actos violatorios a los derechos fundamentales, para la defensa y protección de los derechos reconocidos en las respectivas constituciones, leyes internas o en la propia Convención. Esta obligación de los estados, incluye el contar con jueces o tribunales competentes para su conocimiento, trámite y resolución, así como la ejecución de las sentencias en su integralidad.

DERECHOS FUNDAMENTALES

En lo que tiene que ver con el objeto del Amparo en la Constitución (la protección de los derechos fundamentales), la Corte Suprema de Justicia, el 27 junio del 2001 expidió la Resolución publicada en el Registro Oficial No. 378 de 27 de julio del 2001, por haberse presentado una serie de dudas en la aplicación de la Ley de Control Constitucional, en el Art. 1 establece:

"La acción de amparo es cautelar y tiene por objeto proteger los derechos subjetivos de las personas afectadas por actos administrativos ilegítimos de una autoridad pública, o por actos administrativos ilegítimos de las personas que presten servicios públicos por concesión o delegación de una autoridad pública, si en tales actos violan sus derechos consagrados en la Constitución Política o en un Tratado o Convenio Internacional vigente, o por la conducta de personas particulares cuando violen los derechos comunitarios, colectivos o difusos, especificados en los Arts. 83 al 92 de la misma. También procede el Amparo cuando por omisión de la autoridad que por norma expresa tenga la obligación de realizar un acto, se pueda causar o sé este causando daño a un derecho subjetivo".

Por tanto el objeto o fin del recurso de amparo se constituye en la tutela efectiva de los derechos fundamentales dentro del estado de Derecho, a excepción de la libertad personal y del derecho a obtener información sobre sí mismo o sobre los bienes, ya que estos temas tienen que ver con los recursos de Hábeas Corpus y Hábeas Data, respectivamente. Cabe indicar que los derechos fundamentales son los inmanentes a todo ser humano, por el hecho de ser tal, ya que constituyen el fundamento, la base sobre la que se levanta la sociedad civilizada para constituir su desarrollo, y sin ellos es imposible la convivencia humana, es por ello que son irrenunciables e inalienables, por tanto los derechos fundamentales constan en nuestra Constitución pero además están registrados estos derechos en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, es decir ,deben haber sido ratificados por el Estado Ecuatoriano.

DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.

El amparo es una acción o un recurso, dependiendo de la legislación del país de que se trate, que tutela los derechos constitucionales del ciudadano, y del que conoce y falla o bien un tribunal específico como un Tribunal Constitucional, Corte Suprema, o bien un juez tribunal ordinario, o Corte Constitucional en nuestro caso, según lo dispuesto en la legislación procesal de cada país. El amparo cumple una doble función: de protección al ciudadano en sus garantías fundamentales y a la propia constitución al garantizar la inviolabilidad de sus preceptos ya sea por normas generales contrarias a dichos preceptos o por actos de autoridad que vulneren el contenido o los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Según el Derecho procesal de cada país, el amparo puede garantizarse a través de una acción jurisdiccional o a través de un recurso procesal. Como acción, el amparo consiste en proteger, de modo originario iniciando el proceso, todos los derechos diferentes de la libertad física o ambulatoria (estos se encuentran protegidos específicamente por el hábeas corpus). Así como el hábeas corpus garantiza el ejercicio de la libertad física o ambulatoria, el amparo tiende a garantizar cualquiera de los demás derechos fundamentales. De modo que puede recurrir a esta acción quien se vea privado de ejercer cualquiera de los derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, una ley o, en su caso, en tratados internacionales.

Como recurso, el amparo es una garantía procesal añadida para el ciudadano. Si bien cualquier órgano judicial tiene la obligación de hacer cumplir la legislación, cuando se hubiese finalizado la vía judicial ordinaria y el ciudadano estimase que se han vulnerado sus derechos fundamentales podrá interponer un recurso de amparo ante el órgano judicial competente.

El nombre que recibe este recurso en los diferentes estados latinoamericanos varía de país en país, así en Bolivia (antes se denominaba: "Recurso de Amparo"),

Ecuador, Perú y Venezuela se denomina “acción de amparo” o “acción de protección” en Colombia “acción de tutela” y en Brasil “mandato de seguridad”; lo que llevó incluso a pensar que al recurso que se interpone ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se lo podría denominar “amparo interamericano”.

Los que se oponen al criterio de que el amparo sea considerado un recurso, sostienen que un recurso se plantea siempre al interior de un proceso; mientras que el amparo no busca corregir malos procedimientos o realizar una correcta interpretación de las normas vigentes dentro de un proceso o litis, sino busca proteger los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, para fortalecer esta posición se sostiene que los recursos sólo proceden contra autoridades mientras que el amparo procede también contra particulares.

En base a lo anteriormente sostenido, en México Fix Zamudio y Jorge Carpizo sostuvieron que es un juicio, en Argentina Sánchez Viamonte, Linares Quintana sostuvieron que es una acción procesal; mientras que, en España se tiene que la mayoría de los procesalistas sostienen que es proceso sustantivo e independiente.

Por su parte, Bidart Campos indica que hay derechos que protegen otros derechos y se los llama garantías y que entre estas garantías que se constituyen como derechos se encuentra el amparo.

La posición que el amparo es un derecho está fortalecida en el hecho que se encuentra reconocido en los Tratados de Derechos Humanos, cuya existencia no sólo debe ser formal en el texto escrito, sino que debe resultar idóneo para proteger los derechos humanos en la práctica

“...es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que

tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención....”¹⁹

Asimismo el constitucionalista boliviano Boris Wilson Arias López sostuvo en su libro Amparo Constitucional y Habeas Corpus que “...se debe indicar que la dificultad de encontrar una definición de amparo y establecer con precisión su naturaleza jurídica y en consecuencia su esencia, surge en razón a que en cada país tiene una amplitud de protección de los derechos y garantía además de procedimientos totalmente diferentes a los de los otros países. Así por ejemplo, en México es casacional y esto es debido a que en la Corte Suprema se concentra tanto el control de constitucionalidad como el de la legalidad; asimismo, en legislaciones que no admiten que el amparo proceda contra resoluciones judiciales, no puede ser un recurso y es en estos países en los cuales el amparo sobretodo se configura como un proceso”.

1.4.6.- CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL ORDINARIA DE PROTECCIÓN Y DESARROLLO DEL PROCESO DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL ORDINARIA DE PROTECCIÓN.

El artículo 3 de la Constitución de la República en su numeral primero dispone que sean deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”

En la presente norma, por medio del “*efectivo goce*” el Estado ratifica en forma abstracta los derechos a todos los sujetos; es decir, el Estado garantiza tanto el derecho de acción como la acción procesal.

¹⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 25.1

Se hace necesario en esta parte marcar las diferencias entre el derecho de acción y la acción procesal, pues de manera general son confundidos. El primero (el derecho de acción), es el derecho que el Estado confiere a todos sus habitantes en forma general; allí se visualiza la protección abstracta a la que nos referimos, protección común de la que gozan todos los derechos declarados en la Constitución, leyes y tratados de los cuales el Ecuador es suscriptor; se constituye en un derecho público pues por medio de él se realiza la función pública de administrar justicia, y en el presente tema, justicia constitucional. Es la facultad para activar a la función jurisdiccional.

Por su lado, la acción procesal, es de carácter particular, subjetivo, que debe ser ejercido por cada individuo con objeto de que el Estado por medio de sus órganos, confiera al solicitante mediante el reconocimiento, respeto, resarcimiento o cumplimiento, la justicia que le corresponde.

Debe de considerársela de carácter universal, ya que sirve para proteger los derechos reconocidos por la Constitución de todos los habitantes del Estado.

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.²⁰

El “amparo directo y eficaz” de los derechos reconocidos en la Constitución presupone un régimen de las garantías, consultamos un diccionario, por ejemplo, el de la Real Academia de la Lengua, la expresión garantizar se relaciona con la acción de dar garantía, o lo que es lo mismo, con la acción de afianzar, proteger o tutelar algo.

²⁰ Carta Magna Ecuatoriana, Art:88

Cuando pasamos del lenguaje común al jurídico ese “*algo*” que se quiere garantizar se transforma en un algo especializado donde lo que se quiere proteger, tutelar o afianzar son los derechos de las personas y colectividades.

Es decir, que “*Garantismo*” es una expresión relacionada con la garantía de los derechos, que de acuerdo con el léxico jurídico desarrollado en los últimos 20 años el modelo teórico, político y jurídico que se orientará a garantizar o proteger los derechos; de tal manera que una doctrina garantista del derecho sería aquella donde el derecho está constituido por los mecanismos e instrumentos que permiten la defensa de los derechos de las personas frente a la amenaza de agresión del Estado o de otras personas.

Ahora bien, de acuerdo con el tipo de derechos que se quieren proteger o garantizar, aparecen distintos significados o tipos de garantismos: hay garantismo penal, garantismo patrimonial, garantismo social y finalmente garantismo constitucional.

La teoría general del garantismo, pretende rematerializar la constitución convirtiéndola una verdadera norma suprema y a partir de allí disciplinar y vincular todos los poderes públicos y privados y a los particulares a los valores, principios y reglas establecidos en la Carta fundamental.

El garantismo constitucional una teoría política y filosófica basada en la creencia de que ni el derecho ni el Estado son por sí mismos éticamente valiosos, sino que para serlo requieren una justificación externa a partir de la vinculación del quehacer estatal a la realización efectiva y material de los derechos.

El garantismo constitucional también está vinculado a la noción de democracia sustancial que es una forma de leer la democracia donde lo importante ya no es tan sólo quien decide – la mayoría -, sino que se preocupa fundamentalmente por

lo que se decide, o lo que está prohibido decidir a pesar de que la mayoría sea aplastante.

Entonces, la acción de protección es una acción cautelar de los derechos constitucionales, se hace efectiva mediante la correspondiente garantía jurisdiccional.

El carácter sumario, la inmediatez, la celeridad y la preferencia de la acción constitucional ordinaria de protección hacen que ésta sea informal, ya que si no lo fuese, se hallaría en contradicción con las características que anteriormente hemos señalado. Sin su esencialidad la acción perdería su funcionalidad y coordinación ya que todas las características mencionadas guardan relación entre sí, ninguna excluye a otra y, bajo ningún concepto puede ser excluida.

Como acción inmediata y directa su trámite debe poseer celeridad, por tal razón debe ser propuesta en forma inmediata; esto es, tan pronto como ocurra la violación de los derechos constitucionales. Hasta aquí sus características, al menos las más visibles.

DESARROLLO DEL PROCESO DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL ORDINARIA DE PROTECCIÓN.

Para el Dr. Luis Cueva Carrión, en su obra “ACCIÓN CONSTITUCIONAL ORDINARIA DE PROTECCIÓN”, la acción constitucional ordinaria de protección posee una estructura procesal muy simple y sumaria porque frente a ella ninguna complejidad procesal es justificable. Las complejidades procesales caracterizan a los procesos ordinarios para ocultar la cara de la justicia; esta acción, en cambio, está dotada de un procedimiento sumario para evitar que la justicia se enrede en los vericuetos procedimentales, porque fue concebida para proteger los derechos constitucionales que son básicos y esenciales para todo ser humano. Esta acción cautelar se desarrolla en una atmosfera de sencillez procesal sin redes de

sinuosidad que la atrapen, por eso es accesible aún para el ciudadano común que es quien más la necesita.

Por su esencia, el procedimiento para la acción constitucional ordinaria de protección es breve, sumario, sencillo, rápido y eficaz; por esto se prohíbe los incidentes y aún la inhibición del juez.”

La estructura procesal general de la acción de protección es la siguiente:

- a- Presentación de la demanda.
- b- Sorteo de la demanda.
- c- Auto de calificación de la demanda.
- d- Notificación al demandado.
- e- Audiencia Pública.
- f- Práctica de pruebas y designación de comisiones para recabarlas.
- g- Sentencia.
- h- Apelación, e
- i- Trámite y resolución del caso en segunda instancia

COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN ACTIVA.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con relación a la competencia establece:

Competencia.- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley. La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar. La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia. La jueza o juez de turno será competente cuando se

*presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados.*²¹

Entendamos ahora el significado del término competencia, el Diccionario Hispanoamericano del Derecho lo reconoce así: “*Capacidad que tiene una persona o entidad para realizar una actividad determinada o para intervenir en un asunto de interés. Atribución legalmente otorgada, aun juez o tribunal para conocer o dar resolución sobre un hecho específico.*”, en consecuencia una competencia de jurisdicción se podría denominar como la disputa que se genera para decidir qué autoridad debe asumir la responsabilidad para tratar un hecho o situación. Por lo general todo juez ordinario, tiene derecho para entender en todas las causas que ocurren entre las personas que están domiciliadas en el territorio a que se extiende su jurisdicción; a no ser que la persona o la causa sean de las exceptuadas por la ley o privilegio.

Entonces, son los jueces de primer nivel, de cualquiera de las especialidades que existen en nuestra arquitectura jurídica, un juez de lo civil, de lo penal, de lo laboral, entre otras.

*Juezas y jueces de primer nivel.- Compete a las juezas y jueces de primer nivel conocer y resolver, en primera instancia, la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, petición de medidas cautelares; y ejercer control concreto en los términos establecidos en esta ley.*²²

La competencia tal como lo determina el presente artículo se distribuye entre los jueces de la siguiente manera:

- a) Por razón del territorio;
- b) Por el lugar donde se producen los efectos del acto u omisión; y,
- c) Por el turno de los jueces.

²¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 7

²² Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, Art. 167

La competencia territorial, es el derecho que tiene un juez para conocer de una causa que versa sobre intereses propios de su fuero jurisdiccional, por disponer la ley que las circunstancias del caso obligan su juzgamiento bajo el juez con funciones en determinado territorio.

La Constitución lo expresa de la siguiente manera en su Art. 86, Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones, que será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos...”

La competencia por el lugar donde se producen los efectos del acto u omisión, se establece según la generalidad de las normas procesales, significando esto que, es derecho del juez conocer de una u otra causa en razón del lugar en el que se producen dichos efectos que amenazó el derecho, ya que esto perturba e incide sobre los individuos en forma positiva o negativa. Es posible que afecte a un solo sujeto o a varios; de allí que, pueden ser sus efectos: unipersonales, pluripersonales o colectivos.

Por el turno de los jueces, bastará para entender leer el artículo 7 inciso último de la Ley antes referida que indica que la jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados.

En estos casos la acción no es sometida a sorteo sino que por la situación es ingresada directamente al juzgado que está de turno.

La legitimación activa, es la justificación o probanza de la verdad o de la calidad de una cosa, es la habilitación o autorización para ejercer o desempeñar un cargo u oficio, procesalmente es la aptitud personal para poder actuar como parte activa o pasiva en un proceso, determinada por la relación en que se encuentra la persona con el objeto litigioso.

Consiguientemente, la legitimación activa en el ámbito de la jurisdicción constitucional es la capacidad procesal que le reconoce el Estado a una persona natural o jurídica, como asimismo a órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la ley, para actuar en procedimientos jurisdiccionales como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos.

La legitimación activa para accionar varía de acuerdo con la naturaleza del procedimiento (abstracto o concreto) y la configuración de los contenciosos constitucionales, pudiendo clasificarse los grupos legitimados; ellos son, según el art. 48 de las anteriores Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, determinadas autoridades u órganos constitucionales; los jueces ordinarios; las personas que tengan un interés legítimo; cualquier persona (acción popular); y de la Constitución el art. 88 los clasifica de la siguiente manera:

“Acción de protección.- 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 la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”, la negrita y el subrayado no corresponden al texto original.

Por tal razón la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su art. 9 determina que la legitimación activa es aquella en *“que las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) Por el Defensor del Pueblo.*

Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.

En el caso de las acciones de hábeas corpus y extraordinaria de protección, se estará a las reglas específicas de legitimación que contiene esta ley.”, la negrita y el subrayado no corresponden al texto original.

En otras palabras estos son los legitimados pasivos.

1.5.- ANÁLISIS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA CARTA MAGNA ECUATORIANA DEL 2008 A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

La norma aprobada mediante el Registro Oficial No. 52 - jueves 22 de octubre de 2009 SEGUNDO SUPLEMENTO, denominada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por la Asamblea Nacional, de conformidad con las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en su art. 1 estipula:

“Art. 1.-Objeto y finalidad de la ley.- Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.”

Esta ley establece los principios generales de los procesos constitucionales, amplía sus garantías, el control concreto y abstracto de constitucionalidad y las demás competencias de la Corte Constitucional, así como su estructura y organización, como máximo órgano de control y eje de la administración de la justicia constitucional. La presente permite también desarrollar las garantías constitucionales como instrumentos más cercanos para la protección eficaz e inmediata de los derechos, por tanto, el procedimiento debe ser sencillo, rápido y efectivo, a fin de que los ciudadanos que se sientan afectados en sus derechos

constitucionales puedan efectivamente tener la vía idónea para su reparación integral.

La competencia para conocer sobre las acciones que se interpongan para hacer efectivas las garantías previstas en la constitución, según la ley, la tienen los jueces de primera instancia y los fallos podrán ser apelados ante la Corte Provincial, lo cual no resulta ser muy viable, pues, la materia constitucional requiere de conocimientos altamente especializados a fin de garantizar o tutelar efectivamente los derechos constitucionales y por consiguiente la seguridad jurídica; además dichos jueces serán los encargados de ejercer un control permanente sobre todo el ordenamiento jurídico. Se destaca también la posibilidad de apelar entre jueces ordinarios, lo que, según algunos doctrinarios, constituye una garantía de acceso a la justicia, mientras que la Corte Constitucional seleccionará aquellas sentencias que por su trascendencia nacional, novedad o relevancia serán desarrolladas en preferencia jurisprudencial, aquí nos referimos a la Acción Extraordinaria de Protección, acción que no será objeto de estudio en este trabajo.

En materia de garantías constitucionales, sucede en la práctica, por lo que es la oportunidad para que a través de esta tesis se pueda proponer la Creación de Salas Constitucionales que cuenten con personas (jueces) especializados en materia constitucional, y lograr la regulación del ejercicio de las garantías constitucionales.

En esta labor buscamos tratar de determinar el alcance y las posibles normativas de los procesos constitucionales que se encuentran en esta Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, además de un análisis de su aplicación en contra de la Municipalidad del Cantón Salinas, con el objeto de concluir si es positiva la nueva ley, si comprende un avance o un retroceso, y si además cambia o no el marco constitucional en relación a la protección.

PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

Recordemos que el control concentrado de constitucionalidad de la ley existe cuando éste incumbe sólo a un órgano judicial determinado, con exclusión de todos los demás. El control difuso opera, en cambio, cuando puede ejercitarse válidamente por todos los jueces ordinarios, en general, es por tal razón que el art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, otorga a todos los jueces de primer nivel la capacidad para conocer las causas que se les presenten, y a todos ellos les compete la aplicación de los siguientes principios establecidos en el art. 4 de la misma norma La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

1. Debido proceso...
2. Aplicación directa de la Constitución...
3. Gratuidad de la justicia constitucional...
4. Inicio por demanda de parte...
5. Impulso de oficio...
6. Dirección del proceso...
7. Formalidad condicionada...
8. Doble instancia...
9. Motivación...
10. Comprensión efectiva...
11. Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas:
 - a) Concentración...
 - b) Celeridad...
 - c) Saneamiento...
12. Publicidad...
13. Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.
14. Subsidiaridad..."

Daremos ahora su correspondiente interpretación a cada uno de estos principios ajustándolos a la doctrina jurídica ecuatoriana y al conocimiento general del derecho:

El debido proceso.- “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.”; art. 11 numeral 9 Constitución de la República del Ecuador, garantía consagrada de diversa forma las legislaciones estatales, y que además forman parte del Derecho Internacional, consignada en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, arts. 8 y 9. Pretende que en los procesos judiciales se sigan de forma adecuada y conforme a la ley, los procedimientos estipulados, pues se entiende que estos al ser diferentes para cada tipo de litigio protegen el derecho a la igualdad de los procesados atendiendo a sus circunstancias especiales. El debido proceso se integra de diversos elementos, como que el juzgador sea la persona competente para hacerlo y se desempeñe de forma eficaz y eficiente conforme a derecho; que el proceso se ciña a normas previas, expresas y conocidas; que se garantice el derecho a la defensa.

Aplicación directa de la Constitución.- “Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la

Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.”, art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Gratuidad de la justicia constitucional.- “El acceso a la administración de justicia es gratuito. El régimen de costas procesales será regulado de conformidad con las previsiones de este Código y de las demás normas procesales aplicables a la materia. La jueza o juez deberá calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Quien haya litigado en estas circunstancias, pagará las costas procesales en que se hubiere incurrido, sin que en este caso se admita exención alguna.

Las costas procesales incluirán los honorarios de la defensa profesional de la parte afectada por esta conducta. Quien litigue de forma abusiva, maliciosa o temeraria será condenado, además, a pagar al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa.

Estas disposiciones no serán aplicables a los servicios de índole administrativa que preste la Función Judicial, ni a los servicios notariales.”, art. 12 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Inicio por demanda de parte.- Salvo norma expresa en contrario, los procesos se inician por demanda de parte.

Impulso de oficio.- La jueza o juez tiene el deber de impulsar de oficio los procesos constitucionales hasta llegar a su conclusión, salvo en los casos expresamente señalados en la ley.

Dirección del proceso.- La jueza o juez deberá dirigir los procesos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las

acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia.

Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.

Doble instancia.- Los procesos constitucionales tienen dos instancias, salvo norma expresa en contrario.

Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

Comprensión efectiva.- Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte.

Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas:

a) Concentración.- Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

b) Celeridad.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido.

Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

c) *Saneamiento*.- Las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades pueden ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establecen.

Publicidad.- Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente. No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales. Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.

Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional. O en otras palabras “El Juez conoce el derecho.”

Subsidiaridad.- Se tomarán en cuenta los demás principios procesales establecidos en la legislación ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional.

Hasta aquí algunos de los principios que, en la legislación ecuatoriana, han sido aplicados en la formulación de la justicia constitucional.

MÉTODOS Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Revisemos el siguiente artículo del Código Orgánico de la Función Judicial a saber el 6 que dispone que la interpretación integral de la norma constitucional.- Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Pero cuales son estos principios generales de la interpretación constitucional; tenemos varios entre ellos:

- La fuente del derecho.- fundamento del sistema jurídico, en tanto, que base y origen de la estructura normativa, del que se crean, aplican e interpretan las normas jurídicas del orden normativo, tienen su legitimidad en la Constitución y en los tratados internacionales.
- La fuente Hermenéutica.- criterio interpretativo en que impera la adopción de los contenidos que habrán de elaborarse para definir los contornos del sistema jurídico.
- El principio de la Dignidad Humana.- este principio define la condición del hombre en cuanto entidad ontológica y jurídica, que se caracteriza por entrever condiciones que le son inherentes, deducidas de su superioridad y racionalidad frente a las demás situaciones, condiciones o posiciones naturalísticas propias del desarrollo material de los fenómenos físicos y biológicos.
- El principio pro homine.- este principio significa a favor del hombre, planteado dentro del sistema jurídico, que toda decisión jurídica ha de corresponder favorablemente a la dignidad humana de la persona humana y que toda duda que se genere en la dinámica de la producción, aplicación e interpretación del derecho habrá de beneficiar las posiciones iusfundamentales de los sujetos normativos, también conocido este

principio como la Cláusula general de favorabilidad o cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos.

- El principio de la ponderación.- es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan *“que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”* Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades se derivan de enunciados fácticos.

Y es a este último principio – *no debe interpretarse esto como los únicos existentes en la universalidad jurídica para la interpretación constitucional* – al que dedicaremos un justo tiempo para su estudio y comprensión por su actual utilización e importancia.

Carlos Bernal Pulido, en su concepto en líneas superiores anotado menciona que en cuanto a este principio, que lo que se ordena, al no determinarse exactamente lo que debe hacerse, entonces, debe realizarse dentro o en la mayor medida posible ajustadas a las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Para establecer esa *“mayor medida posible”* en que debe realizarse o cumplirse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. Se presenta una colisión entre principios en este uno de los ejemplos más utilizados pero aplicable al caso, cuando los padres de una niña, que profesan cierto culto religioso, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte. Si referimos el presente ejemplo al derecho constitucional ecuatoriano,

observaremos que las disposiciones contenidas en el artículo 66 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece, respectivamente, la libertad de cultos y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, fundamentan un principio que en mayor o menor medida posible permite decidir a los padres, si de acuerdo con sus creencias deben llevar o no a esta hija al hospital. Este principio entra en colisión con los principios del derecho a la vida y a la salud de la niña, establecidos por los artículos 45 y 358 de la Constitución, que ordenan proteger la vida y la salud de los niños en la mayor medida posible. La incompatibilidad normativa se presenta en este caso, porque, del artículo 66 numeral 8 se deriva que está permitido prima facie a los padres de la niña, decidir si la llevan o no al hospital, mientras que de los artículos 45 y 358 ibídem, se sigue que llevar a la niña al hospital, es una conducta ordenada prima facie por los derechos fundamentales.

La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie. Para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos.

Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

Para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

La ley de la ponderación.- Según la ley de la ponderación, *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*.

Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que se pueden identificar claramente: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”.

Es pertinente observar que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de importancia en la satisfacción –del segundo principio–. En adelante nos referiremos a ambos fenómenos como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto.

La doctrina sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”. Así, por ejemplo, la afectación de la vida y la salud de la niña, que se originaría al permitir a los padres religiosos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte. De forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse sólo como media o leve.

Conviene reconocer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda

variable es el llamado “peso abstracto” de los principios relevantes. La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. Así, por ejemplo, eventualmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto para poder ejercer la libertad es necesario tener vida, o como sostiene Joseph Raz, porque la vida es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos. De la misma manera, la jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana.

A lo anterior se agrega una tercera variable, que señalaremos como la variable S. Ella se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto –por ejemplo, permitir que los religiosos padres decidan si llevan o no a la hija al hospital– proyecta sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Así, por ejemplo, la afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija en cuestión deberá considerarse como intensa, si existe certeza de que morirá de no ser ingresada en el hospital. Esta afectación, en cambio, será de menor intensidad, si los médicos no pueden identificar el problema que la aqueja, o no pueden establecer cuáles serían las consecuencias en caso de que no recibiera un tratamiento médico.

A partir de lo anterior, nos preguntamos: ¿cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar, en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro? De acuerdo con la doctrina, esto es posible mediante la llamada “fórmula del peso”.

La fórmula del peso.- Esta fórmula tiene la siguiente estructura:

$$G_{Pi,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Esta fórmula expresa que el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cuociente entre el producto de la afectación del principio Pi en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio Pj en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Se mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala tríadica, de la siguiente manera: leve 2^0 , o sea 1; medio 2^1 , o sea 2; e intenso 2^2 , es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2^0 , o sea, 1; plausible 2^1 , a sea $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso 2^2 , es decir, $\frac{1}{4}$. De este modo, por ejemplo, el peso del derecho a la vida y la salud de la hija de los padres religiosos podría establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa ($IPiC=4$), al igual que su peso abstracto

(¡se trata de la vida!) ($GPI=4$) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte) ($SPI=1$). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media ($WPjC=2$), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse) ($GPjA=2$) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) ($SPjC=1$).

Las cargas de la argumentación.- el tercer elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación. Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($GPI,jC = GPj,iC$).

De acuerdo con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor "*razones más fuertes*". Esto podría interpretarse en el sentido de que, en caso de empate, es decir, cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse a estas últimas. Expresado de otra manera, el empate jugaría a favor de la libertad y la igualdad jurídica. Esto traería como consecuencia, si una medida afectara a la libertad o a la igualdad jurídica y los principios que la respaldan un peso mayor que éstas, entonces, la medida resultaría ser desproporcionada y, si se tratase de una ley, esta debería ser declarada inconstitucional.

No obstante de ello, se permite al intérprete – en una gran medida – hacer "*juicios racionales*" sobre el grado en que están afectados los principios que colisionan en el caso concreto, dicho de otra manera, aquí opera la subjetividad del juez.

También como en el caso de la niña y sus padres que no desean llevarla al hospital, la libertad religiosa no es susceptible de determinarse en abstracto, con base en criterios objetivos, sino que por el contrario, es algo que en principio sólo podría establecer el creyente involucrado y que dependería de su subjetividad.

En general estos casos se presentan cuando lo que está en juego en la ponderación es un margen de libertad o de autonomía que la Constitución ha deparado a un individuo o a un colectivo. En este sentido, se presenta el mismo fenómeno, cuando los objetos que concurren a la ponderación son un derecho fundamental y la autonomía de una comunidad.

Sin embargo, y según la perspectiva sería muy difícil catalogar acertadamente el grado de afectación de la autonomía de la comunidad; pues, como demostraremos, en el caso del Municipio del Cantón Salinas, quienes impusieron su perspectiva fueron los jueces superiores, únicamente valorando el interés individual del accionante por encima del interés colectivo. Perspectivas que, según los criterios varían, pues un juez o jueces respetuosos de la autonomía de las comunidades, hará valer el **punto de vista interno** del afectado.

Por el contrario, un juez o jueces más partidarios de la universalidad de los derechos humanos y de la imposición de los valores de la sociedad mayoritaria, hará prevalecer la visión de ésta última. Es decir, como lo expresó Duncan Kennedy²³, se encaminan, los jueces, a **“la-sentencia-a-la-que-quiere-llegar”**

²³ Professors and Assistant Professors of Law; Carter Professor of General Jurisprudence

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

2.1.- Metodología:

La exploración a ampliar es el tipo de investigación tecno – socio- jurídica, si se compara con otras ramas fundamentales, como el Derecho Civil o el Derecho Penal, esta de una u otra manera, tiene una objetividad pluri-secular, y por ello trata de señalar los fundamentos materiales y procedimentales para la eventual declaración de la inconstitucionalidad de normas constitucionales. Como consecuencia de ello, demostrar los efectos jurídicos adversos a la Municipalidad de Salinas.

El beneficio permanente de esta labor, radica precisamente en que cualquier solución a la cuestión que se plantea requiere acudir a la misma esencia del Derecho Constitucional y del propio concepto de Constitución, y, aunque las posiciones doctrinales se encuentren igualmente divididas, en el presente trabajo se halla representado comparativamente con una mayor intensidad la pretensión de determinar el parámetro de constitucionalidad apoyado en una concepción material de Constitución, y también la de extender la competencia de control jurisdiccional a la adecuación de las normas sólo formalmente constitucionales con el derecho Constitucional Material.

Pero también, dentro del así delimitado concepto de Constitución, resulta necesario distinguir todavía entre la Constitución escrita o Constitución en sentido formal y la Constitución en sentido material.

Además, tal y como lo ha señalado GREWE, puede ser significativa la legalidad de una norma constitucional si el procedimiento de elaboración de la Constitución se encuentra regulado en las normas “preconstitucionales”. El cumplimiento de este proceso se presenta, entonces, como una condición de validez de Constitución.

2.2.- APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA

Entrevista al AB. Vicente Paul Borbor Mite, Alcalde de Salinas.

Pregunta N° 1.-

¿Al asumir la Alcaldía del cantón Salinas, en qué circunstancia económica se encontraba el Municipio?

Respuesta:

Para el pueblo de Salinas era totalmente conocido que el Municipio se encontraba quebrado aún antes de iniciar mi periodo como Alcalde.

Al asumir el cargo, mi primera disposición fue que se realizará un estudio económico sobre la situación del Cabildo. El Ing. William Núñez, Director Financiero en mi administración, me informó, que las arcas municipales se encontraban con un déficit de más de \$12,000.000. y a esto debería sumarse una serie de fideicomisos que gravaban a este Gobierno Seccional. Y en el mes de octubre del 2010, apareció otra nueva deuda por incumplimiento de pago a la CAF por \$13,000.000, oo, total \$25,000.000, oo.

Pregunta N° 2.-

¿Al ver la situación económica del Municipio cuál fue la medida adoptada para en alguna manera, aliviar las cargas impuestas al municipio?

Respuesta:

Analizamos todas las medidas posibles, de conformidad con el informe de la Jefatura de Recursos Humanos y Asesoría Jurídica, en la administración anterior se encontró que se habían suscrito una serie de contratos con personas que, no cumplían con los perfiles requeridos; no se habían completado con las formalidades para su contratación, y los sueldos de los empleados contratados, pese a la omisión de lo antes nombrado y requerido, eran sumamente altos. Por lo que en conformidad con el procedimiento interno administrativo se solicitó prescindir de sus servicios.

Algunos de los cesados eran al inicio de mi administración; Jefes Departamentales, que, si bien estaban encargados ya excedían del tiempo legal para seguir como jefes encargados. Estos por el Ministerio de la Ley asumían la titularidad en el cargo y, por consiguiente, sus partidas presupuestarias cambian.

Pregunta N° 3.-

En primera instancia el juez a quo negó la Acción de Protección a los actores de las acciones de protección. Al subir a los superiores por la apelación interpuesta, estos fueron reintegrados

¿Qué piensa usted que debió haberse hecho para, no sólo evitar su reintegro luego de la cesación, sino que además, evitar que se lesionará aun más la economía municipal, pues aquellos reintegros, significaban pagar dineros que se adeudaban por orden judicial, y con los cuales el Municipio no contaba?

Respuesta:

Pienso que la cesación de aquellos empleados, mediante Resolución del juez de lo civil de Salinas, fue legal y legítima, no hicimos nada que no estuviera permitido por la ley, sólo se los cesó -al menos a aquellos que eran de libre nombramiento y remoción- en virtud de que sus funciones terminaban al mismo tiempo que la autoridad que los nombró a dichos cargos. A los demás por no cumplir con los perfiles, o por no tener los requisitos exigidos para su contratación.

Al no haber agotado los accionantes todas las vías judiciales válidas para resolver este conflicto, no se logró solucionar rápidamente el conflicto. No era el inicio de

una acción jurisdiccional la solución, sino más bien buscar otra alternativa que no dañe aun más al municipio. Esta quizá la posible mediación entre los involucrados. En estos momentos por existir inconsistencias de resoluciones, sentencias, doctrinas, se están sustanciando las acciones extraordinarias de protección ante la Corte Constitucional, quien dirimirá la justicia al pueblo de Salinas.

Preguntas al Ab. Holger Armas Pérez, Juez Encargado del Juzgado Décimo Sexto de lo Civil de Salinas

Pregunta N° 1.-

¿Es la Acción de Protección la última alternativa para la consecución de la justicia y la protección jurisdiccional?

Respuesta:

En realidad debería de ser la última alternativa, sin embargo, es por la rapidez de este procedimiento que gran parte de los abogados acuden a esta vía para la defensa de sus clientes, sin antes haber agotado toda otra alternativa en defensa de los derechos de aquellos que los solicitan. Recordemos que del art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se desprende que este tipo de acciones no procede cuando **“# 3.- Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. # 4.- Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. # 5.- Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.”**,

Esta vía, la jurisdiccional, aun no era la adecuada. Debieron ellos haber acudido, por este acto administrativo, a otros estamentos, tal como el contencioso administrativo.

Pregunta N° 2.-

¿Por qué no admitió la Acción de Protección?

Respuesta:

Porque existen ciertas discordancias en la misma ley, ya que algunos artículos ordenan la no inhibición en el conocimiento de la causa, otros si prescriben la posibilidad de no admitirlas a trámite.

Ante esta situación los jueces somos los que estamos expuestos, y se prefiere, antes que negar la admisión de alguna de las acciones jurisdiccionales, aceptar el trámite y durante el transcurso del proceso, con la aportación de pruebas por las partes, y el estudio, análisis de la causa, mediante la sentencia correspondiente, decidir si es admitida o rechazada la pretensión.

Pregunta N° 3.-

En el caso del Municipio de Salinas ¿Cuáles fueron las razones para que usted rechace las pretensiones de los accionantes?

Respuesta:

El caso del Municipio de Salinas es bastante sui generis. Los accionantes no pudieron demostrar la validez de sus pretensiones. Por esta razón las rechacé.

Al hacer uso del recurso de apelación, y subir a los jueces superiores, la visión de los juzgadores cambia.

Como prueba de ello, tenemos el reintegro de una gran parte de aquellos que fueron cesados, aún a aquellos que eran de libre nombramiento y remoción, excepto a uno; y comenzaron a reintegrarlos a sus puestos de trabajo. Sin embargo observemos lo siguiente: al inicio de esta carrera de reintegros, se ordenaba por la Corte Provincial de Justicia el pago de los valores que habían dejado de percibir los cesados, luego, al parecer, cambiaron su visión de la situación y los restituían sin ordenar expresamente el pago de valores.

Yo solo tenía que hacer lo que ordenaba la Corte por su superioridad jerárquica.

2.3.- APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LOS CASOS DE DERECHOS VULNERADOS EN EL MUNICIPIO DEL CANTÓN SALINAS.

En éste capítulo, daremos inicio al análisis de algunas de las acciones de protección planteadas contra la Municipalidad del Cantón Salinas, que dieron como resultado – en algunos de los casos – la reinserción en sus puestos de trabajo a funcionarios que eran de libre nombramiento y remoción, recordando que en el periodo en que se tomaron estas medidas se encontraba vigente la Ley Orgánica de Régimen Municipal, ahora reemplazada por el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD).

“Conclusión de funciones de funcionarios de libre nombramiento y remoción.- Los directores, jefes departamentales, procurador síndico y tesorero, que son funcionarios de libre nombramiento y remoción concluirán sus funciones en la misma fecha del alcalde. Sin embargo, podrán ser removidos por éste, cuando así lo amerite, observando el procedimiento de ley.”²⁴

Confrontemos o referenciamos este artículo con el art. 48 de La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA), también derogada y reemplazada por la actual Ley de Servicio Público, la cual determinaba:

“Capítulo V; De la cesación de funciones; Art. 48.- Casos de cesación definitiva.- El servidor público cesa definitivamente en los siguientes casos:

- a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada;*
- b) Por incapacidad absoluta y permanente;*
- c) Por supresión del puesto;*
- d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada judicialmente en providencia ejecutoriada;*
- e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento;*
- f) Por destitución; y,*
- g) Por muerte.”²⁵*

²⁴ Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art 175 (ex 192) derogada

²⁵ Capítulo V, Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa-derogada

Nos encontramos ante una situación única, la misma ley determina que cuando el periodo de la máxima autoridad nominadora culmine, también, y de forma automática la de ciertos funcionarios municipales entre ellos, señala la misma norma: *los directores, jefes departamentales, procurador síndico y tesorero*; entendemos quienes son el tesorero, procurador síndico y directores de proyectos municipales, pero al parecer quienes administran justicia tienen una idea o concepto diferente de que es un jefe departamental, sin embargo de ello, su remoción debe ser contemporánea a su autoridad nominadora.

A continuación presentaremos casos puntuales donde se presenta lo anteriormente expuesto; transcribiremos únicamente – *por supuesto que se incluirá en el mismo, el número de la causa con identificación de si es la primera instancia o se encuentra haciendo uso de su derecho de accionar el recurso de apelación como se ha indicado*- la parte pertinente de las sentencias en donde el juez *a quo* niega la Acción de Protección al demandante concediendo la razón al accionado (en este caso la municipalidad de Salinas) y la resolución en donde los Jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena los reintegra a sus jefaturas respectivas, dejando sin efecto la sentencia de primer nivel:

Ejemplo #1

Acción de Protección No 167-2010; Juzgado Décimo Sexto de lo Civil de Salinas.

Actor: LUIS GERSON GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

Cargo antes de su remoción: Supervisor Urbano.

Funciones: Supervisar, vigilar, informar, organizar, el accionar, de cierto número de policías municipales asignados en determinado sector del Cantón Salinas, en este caso en la Parroquia Santa Rosa.

En su escrito de demanda, el mismo que fue calificado mediante providencia de fecha 23 de marzo del 2010.- las 11h40, el accionante sostiene:

“Si yo, en mi calidad de Profesional del Departamento de Justicia, Vigilancia y Policía Municipal [...]”, la negrita y el subrayado no corresponden al texto original.

La “calidad de profesional” a la que se refiere es la de supervisor urbano cuyas funciones, como ya detallamos le facultan a ordenar a sus inmediatos inferiores, es decir, tal como lo establecía el art. 175 de la LORMun, su cargo es el de un *director* de área; es por tal razón que el Abg. Holger Armas Pérez, Juez Temporal encargado del Juzgado Décimo Sexto de lo Civil de Salinas, en su Resolución de fecha 07 de abril del 2010, en su parte pertinente manifiesta:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA declara sin lugar la demanda de Acción de Protección Constitucional, deducida por LUIS GERSON GONZÁLEZ GONZÁLEZ, contra la Muy Ilustre Municipalidad del Cantón Salinas [...] dejando a salvo el derecho que corresponde al actor para acudir a los Jueces Competentes [...]”

Hasta aquí las cosas fluyen de manera correcta; el demandante hace uso de su derecho a la apelación y la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, a la presente acción de protección, signándole el No 207-2010, mediante Resolución notificada en fecha 30 de octubre del 2010, acepta el recurso en los siguientes términos:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta la apelación deducida por LUIS GERSON GONZÁLEZ GONZÁLEZ, y revoca la sentencia dictada el 07 de abril del 2010, las 09h09, por el Juez Temporal encargado del Juzgado Décimo Sexto de lo Civil y Mercantil de Salinas, Abg. Holger Armas Pérez, en consecuencia se declara con lugar la Acción de Protección que dedujo el accionante, disponiéndose la inmediata restitución al ejercicio de sus funciones, que venía desempeñando en la Municipalidad del Cantón

Salinas, debiendo por ende, el Alcalde de dicha municipalidad, bajo la prevención que contempla esta garantía constitucional, expedir la respectiva acción de personal.”

Lo que dio como resultado lo siguiente:

Cargo al que fue restituido por decisión de la corte: Supervisor Urbano, Director de un área.

Ejemplo #2

Acción de Protección No 437-2009; Juzgado Décimo Sexto de lo Civil de Salinas.

Actor: WILLIAM CÉSAR TOMALÁ BAZÁN.

Cargo antes de su remoción: Jefe de Catastros Municipales.

Funciones: Supervisar, vigilar, informar, organizar, actualizar, verificar, el sistema catastral informático en toda la jurisdicción del Cantón Salinas, además de dirigir las labores del personal a su cargo en el Departamento de Catastro, Avalúos y Terrenos.

En su demanda, el mismo que fue calificado mediante providencia de fecha 31 de agosto del 2009,- las 15h40, el accionante sostiene:

“3.6.- De conformidad con la Ley Orgánica de Régimen Municipal [...] disposición que no tiene objeción alguna en tratándose de que el suscrito sea Jefe de Catastros Municipales titular [...].”, la negrita y el subrayado no corresponden al texto original.

Nótese que el accionante se refiere a sí mismo como “*Jefe de Catastros Municipales titular*”, y por tal motivo es que el Juez Temporal Encargado del Juzgado Decimo Sexto de lo Civil y Mercantil de Salinas, Ab. Holger Armas Pérez, en Sentencia dictada el 06 de enero del 2010, las 09h00, declara:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, declara sin lugar la demanda de Acción de Protección Constitucional, deducida por deducida por William César Tomalá Bazán,

contra la Muy Ilustre Municipalidad del Cantón Salinas [...] dejando a salvo el derecho que corresponde al actor para acudir a los Jueces Competentes [...]"

Por la Sentencia dictada el actor hace uso del recurso de apelación y acude ante los jueces superiores de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, calificándola y distinguiéndole con el No 047-2010, resolviendo mediante sentencia de fecha 15 de marzo del 2010, las 08h07, lo siguiente:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta el recurso de apelación interpuesto por William César Tomalá Bazán, revocando en consecuencia la sentencia dictada por el inferior, Abg. Holger armas Pérez, Juez Temporal encargado del Juzgado Décimo Sexto de lo Civil de Salinas, dejando sin efecto, la destitución del cargo de Técnico de Rentas Internas del Gobierno del Cantón Salinas y, en consecuencia se ordena que se reintegre inmediatamente a su puesto de trabajo a William César Tomalá Bazán, con todos sus derechos y obligaciones que tenía antes de ser destituido [...]"

Bien, que sucedió aquí, el actor se presenta a sí mismo como Jefe Departamental, porque recordemos que al apelar todo el expediente es remitido al superior, sin embargo, al parecer a los jueces se les pasó por alto esta pequeña aceptación que de su persona – *relacionada con su cargo en la municipalidad de Salinas* - hace el accionante, finalmente es restituido.

Ejemplo # 3

Acción de Protección No 159-2010; Juzgado Décimo Sexto de lo Civil de Salinas.

Actor: LUIS ENRIQUE TORRES NALL.

Cargo antes de su remoción: Jefe de Informática.

Funciones: Supervisar, vigilar, informar, organizar, actualizar, verificar, el correcto funcionamiento sistema informático computarizado en cada Jefatura Departamental en el edificio de la Municipalidad de Salinas, a más de dirigir las labores del personal a su cargo en el Departamento de Informática.

En su petitorio, el mismo que fue calificado mediante providencia de fecha 10 de marzo del 2010,- las 08h40, el accionante abiertamente manifiesta que venía desempeñando las funciones de Jefe del Departamento de Informática y Tecnología de la Ilustre Municipalidad del Cantón Salinas, cumpliendo a cabalidad con sus funciones y obligaciones desde el 1 de Marzo del 2006 hasta el 7 de Agosto del 2009.

Una vez más, un empleado cesado en sus funciones acepta que es jefe/director de un departamento y/o área, nuevamente se emite la siguiente sentencia.

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, declara sin lugar la demanda de Acción de Protección Constitucional, deducida por Luis Enrique Torres Nall, contra la Muy Ilustre Municipalidad del Cantón Salinas [...] dejando a salvo el derecho que corresponde al actor para acudir a los Jueces Competentes [...]”²⁶

Es declarada sin lugar la demanda de Acción de Protección Constitucional propuesta, de la misma forma el accionante haciendo uso de su derecho a la apelación concurre ante los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena quienes califican su apelación y mediante sentencia determinan: y se le asigna el No 0157-2010, y mediante sentencia de fecha 31 de agosto del 2010, las 08h15, se determina:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, deniega el recurso de apelación propuesto por Luis Enrique Torres Nall, y confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado y dictada el 19 de marzo del 2010, las 08h39, por el señor Juez Temporal del Juzgado Décimo Sexto del Cantón Salinas, Abg. Holger Armas Pérez.”²⁷

Esto en cuanto a los jueces que compartían el criterio del juez inferior, que tal demandante no debía ser restituido a ese cargo; pese a ello se encuentra de la

²⁶ Sentencia, Juzgado XVI de los Civil de Salinas

²⁷ Sentencia, Corte Provincial de Santa Elena

misma providencia el Voto Salvado de uno de los magistrados, demostrando así, que persistía en sus razonamientos – *al menos parcialmente* - el de restituir al funcionario siendo este de **libre nombramiento y remoción**, veamos:

*ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta la apelación interpuesta por Luis Enrique Torres Nall, y revoca la sentencia venida en grado; consecuentemente acepta la Acción de Protección planteada por el recurrente, por lo que se ordena la inmediata restitución al ejercicio de sus funciones de JEFE DE SISTEMAS EN EL DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA Y TECNOLOGÍA DEL MUNICIPIO DE SALINAS*²⁸

Ahora, analicemos lo siguiente; que toda vulneración de los derechos fundamentales por parte del poder público, abra una vía ante tribunales independientes se constituye ciertamente en un postulado fundamental de todo Estado de Derecho, pero, en los ejemplos arriba presentados, la garantía de los derechos aplicables al Estado, tuvieron un papel inferior, al margen de los jueces superiores, y la tutela judicial de los derechos del Estado, fue extraña, cuya vinculación a los presupuestos del Estado de derecho es nula.

2.4.- USO DEL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN PARA LOS RESULTADOS DE LAS SENTENCIAS EN LOS CASOS DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN.

Compete a los jueces, siendo ellos los estudiosos y quienes representan a la ley, detectar tales fallas en el sistema; no pretendiendo una mala interpretación pensando que se debe permitir la vulneración de los derechos fundamentales del individuo, sino por el contrario se busca el respeto a los mismos, pero ello no faculta a las autoridades a vulnerar los derechos del Estado, recordando que existen derechos y obligaciones para ambas partes. Los jueces de segundo nivel debieron hacer uso de la ponderación, teniendo presente que el bienestar

²⁸ Sentencia, Corte Provincial de Santa Elena

colectivo está por encima del bienestar individual, y así, salvaguardar los derechos económicos y autónomos de un Municipio.

Recordemos la fórmula del peso y apliquémosla al caso de la Municipalidad de Salinas,

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

El significado de la simbología es el siguiente:

G_{Pi,jC} = Fórmula del peso: el peso del primer principio Pi en relación con el segundo principio j/Pj, en las circunstancias del caso concreto.

I_{PiC}: Grado de afectación o no satisfacción del primer principio en el caso concreto.

G_{PiA}: Peso abstracto del primer principio.

S_{PiC}: Seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del primer principio.

W_{PjC}: Importancia de la satisfacción del segundo principio también el caso concreto.

G_{PjA}: Peso abstracto del segundo principio.

S_{PjC}: Seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del segundo principio.

El razonamiento, aplicando los valores de la escala tríadica sería: el grado de afectación económica al Municipio de Salinas, si se restituye a sus funciones a empleados de libre nombramiento y remoción, es una afectación intensa, es decir 4 (I_{PiC}=4); se afectarían los derechos del colectivo, se disminuiría la posible obra a realizarse teniendo en consideración el exceso de empleados municipales (presupuesto), los fondos se debilitarían, su peso abstracto sería intenso es decir también 4 (G_{PiA}=4), se trata del colectivo defendido en la Constitución; y la certeza de las premisas expuestas, pues existe la seguridad de un desbalance económico es de 1(S_{PiC}=1), de forma paralela, la satisfacción de los derechos

individuales y fundamentales pueden catalogarse como media frente a los colectivos, es decir 2 (WPjC=2); su peso abstracto, pues se trata de un individuo frente al derecho del colectivo, sería igualmente medio 2 (GPjA=2); y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa ,es decir, 1(SPjC=1), pues es seguro que al no restituirlo se sentirá afectado en su derecho al trabajo.

Entonces, la aplicación de la fórmula proyecta los siguientes resultados:

$$GP_{i,jC} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

Correlativamente, si invertimos los valores dando preferencia al derecho individual el resultado sería el siguiente:

$$GP_{j,iC} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0,25$$

Nota: al invertir los valores también se debe invertir la fórmula de GPjC a GPjiC

De esta forma se establece que el goce de los derechos individuales satisfechos sólo en un 0,25 no justifica la intervención en los derechos colectivos afectados en 4, estos últimos bajo este razonamiento deberían de preceder en el ejercicio de la ponderación.

Contrario a ello, con la restitución de estos empleados se aplicó una **satisfacción intensa** de los derechos individuales, primando la racionalidad en el juicio y las consideraciones ideológicas, haciéndose necesaria una toma de postura por parte del intérprete del caso concreto, sobre aspectos materiales.

De este modo, un juez más individualista, otorgará a la libertad general de acción y a los derechos específicos el peso abstracto más alto, y, a los principios que tengan que ver con la colectividad un peso menor. Lo contrario hará un juez que actúe bajo el prurito de lograr la construcción, la integración y la defensa de la comunidad.

“Una jurisdicción que se “desvincule de su responsabilidad por la esencia jurídica de las normas”, se degrada con ello necesariamente, como mínimo, al nivel del potencial detentador del simple poder.”²⁹

²⁹ Otto Bachoff

CAPÍTULO III PROPUESTA

3.1.- PROPUESTA DE DISEÑO DE UN CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES

Seguramente, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación, es el fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre dos principios (o dos derechos), surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad. No obstante, por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas.

No cabe duda de que, a la hora de aplicar principios, el juez es mucho más protagonista y, por tanto, más libre, en la aplicación de reglas según el modelo tradicional. Y, lo que es más importante, la ponderación no sólo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre principios o derechos, sino que puede recurrirse a ella siempre que el resultado de la aplicación de reglas le parezca al intérprete insatisfactorio o injusto, pues la técnica de los principios es aplicable siempre, y no sólo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, toda vez que siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte.

Para lograr esta solución alternativa de conflictos, se presenta la PROPUESTA DE DISEÑO DE UN CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES, es decir, un centro que, como lo indica el Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009 establece en su Artículo 17 uno de los principio rectores de la

administración de la justicia y es el referido al *Principio de Servicio a la Comunidad*. En efecto, la norma en cuestión manifiesta textualmente que:

“La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.- El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.- En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.”³⁰

¿Qué debemos entender por servicio público?

Ni la Constitución vigente, ni ninguna otra anterior define lo que es servicio público, sino que simplemente se limita a definir algunas actividades que constituyen servicios públicos y cuales son principios a los que están sometidos.

El Profesor francés León Duguit³¹ nos dice que *“el Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”*. En otra fabulosa obra este autor manifiesta que *“La noción de servicio público sustituye el concepto de soberanía como fundamento del derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los*

³⁰ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 17.

³¹ Las Transformaciones del Derecho Público

gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público.”

En resumen podemos decir que el servicio público es una función del Estado que responde a necesidades cuya atención se considera un imperativo en el funcionamiento de un Estado moderno. La solución de la conflictividad social, es una necesidad fundamental de los integrantes de una sociedad que debe ser satisfecha con la finalidad de que la desintegración social no sea cada vez mayor. Es imperativo, por mandato constitucional, construir la paz social y esta paz social no sólo se la consigue judicializando los conflictos sino también buscando alternativas más económicas, en tiempo, en dinero, en esfuerzo, que viabilicen de mejor manera la gestión de las divergencias.

Bajo el nuevo paradigma de funcionamiento de los centros de arbitraje y mediación, es necesario que las responsabilidades de dichos Centros estén completamente determinadas ya que las funciones que cumplen son importantísimas sobre todo si consideramos que su actuación tiende a resolver la conflictividad social, corregir la desintegración social y forma parte, aunque de forma temporal, de la administración de justicia, es decir, existe de por medio el ejercicio de una función pública.

3.2.- FINALIDADES DE LA MEDIACIÓN

Al respecto se sostiene que la finalidad de la mediación no es solamente la solución de conflictos, sino el hecho de llegar a la conclusión de que las partes están consientes que un procedimiento judicial no es el más adecuado. En la mediación el acuerdo es una eventualidad, tal como lo es el acuerdo parcial o el abandono intempestivo del procedimiento. No se puede hablar de una finalidad única de la mediación, incluso cuesta hablar de un procedimiento propiamente dicho.

La esencia de la transacción reside en la renuncia que cada contratante hace de lo que se cree su derecho a fin de evitar que un fallo judicial le quite todo a uno u

otro. La transacción no puede extenderse a más de lo que literalmente expresa, sea con relación a los contratantes o a las cosas que son objeto de ella. Además, el Art. 2354 del Código Civil prescribe que no vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

3.3.- OBJETIVOS DEL PROGRAMA

Para el cumplimiento de su objeto, el CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES tendrá las siguientes atribuciones, deberes y responsabilidades para contribuir a la solución de conflictos mediante la utilización de diversos métodos alternativos, especialmente la negociación, la mediación y el arbitraje:

1. Velar para que la prestación de los servicios que presta se lleven a cabo de manera eficiente y de acuerdo con la ley y la ética;
2. Promover el conocimiento y la utilización del arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos de solución de conflictos;
3. Contar con lista de árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos;
4. Designar árbitros y mediadores, de conformidad con la ley;
5. Llevar un archivo sistematizado de las actas de mediación y de los laudos arbitrales, que permitan la consulta y la expedición de copias certificadas en los casos autorizados por la ley;
6. Llevar archivos estadísticos que permitan conocer cualitativamente el desarrollo del Centro de Arbitraje y Mediación;
7. Elaborar programas de capacitación y formación profesional sobre métodos alternativos de solución de conflictos para los árbitros, mediadores y secretarios arbitrales; así como para el público en general; ya sea por sí mismo o con la colaboración de otros centros, universidades y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales;
8. Elaborar estudios e informes, relativos a los métodos alternativos de solución de conflictos;

9. Prestar asesoría a otros Centros de Arbitraje y Mediación que así lo requieran;
10. Mantener, fomentar y celebrar acuerdos tendientes a estrechar relaciones con organismos e instituciones, nacionales, interesadas en el arbitraje y la mediación y los demás métodos alternos de solución de conflictos y;
11. Fomentar el trabajo conjunto de los centros de arbitraje y mediación legalmente establecidos.

3.4.- ESTRUCTURA DEL CENTRO

El Centro de Arbitraje y Mediación CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES, estará conformado de la siguiente manera:

- A) Directorio;
- B) Director del Centro;
- C) Subdirector;
- D) Árbitros, Mediadores y Secretarios Arbitrales.

3.5.- DEL DIRECTORIO

EL CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES estará gobernado por su Directorio. El Directorio será el máximo órgano y estará conformado por cinco miembros. Los miembros serán los siguientes:

1. Un delegado de la Defensoría del Pueblo.
2. Un delegado de la Inspectoría de Trabajo.
3. Un delegado del Consejo de Participación Ciudadana y control Social de la Provincia.
4. El Presidente de la Cámara de Comercio de la Provincia o su delegado.

5. Un árbitro o mediador de la lista oficial debidamente designado por el Directorio del CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES.

3.6.- DEL DIRECTOR

El Director será el responsable de la administración y control del CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES, corresponderá al Director del Centro la coordinación de todas las funciones previstas en la presente propuesta.

3.7.- DEL SUBDIRECTOR

El Directorio del CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES nombrará al Subdirector, quien ejercerá las funciones que le delegue el Director. En caso de falta o impedimento temporal del Director o en caso de delegación de funciones se entenderá que el Subdirector actuará en calidad de Director del CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES.

3.8.- ÁRBITROS, MEDIADORES Y SECRETARIOS ARBITRALES

La lista oficial de árbitros, mediadores y secretarios arbitrales contará con un número variable de integrantes especializados en distintas materias, lo que permitirá atender de una manera ágil y eficaz en la prestación de los servicios del CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES.

3.9.- ESPECIALIZACIONES INICIALES

- Especialización en Materia Civil.
- Especialización en Materia Laboral.
- Especialización en Materia Municipal

CONCLUSIONES

Lo escrito en líneas anteriores, demuestra que, si bien es cierto, la ponderación representa un procedimiento claro, esto no lo convierte en un procedimiento algorítmico ni mucho menos matemático, por el contrario tiene muchos niveles y límites de racionalidad que darán al intérprete un margen de acción irreducible, dependiendo claro está de su ideología y de sus propias valoraciones.

Si bien es imposible reducir la subjetividad de quien interprete, en este método si puede visualizarse cual es el espacio en donde yace esta subjetividad, las mismas que determinan la valoración del juez y como dicha valoración constituye un elemento para fundamentar tal decisión.

La gradación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en que se mueve dicha subjetividad.

En conclusión para los autores , entre mayor sean las condiciones fácticas, con las que se encuentre el interprete, tanto más necesaria se hace la conformación e implementación del **CENTRO DE MEDIACIÓN PARA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LOS PARTICULARES.**

RECOMENDACIONES.

El fundamento de los medios alternativos de resolución de conflictos radica en el consentimiento de los interesados, así la Constitución de la República los admitió no sin antes reconocer que tanto los mediadores como los árbitros son habilitados necesariamente por las partes, es necesario por tanto difundir por los medios de comunicación el éxito logrado por la mediación con el fin de lograr mayor participación ciudadana.

Se debe impulsar el desarrollo del proceso de mediación, en especial para la resolución de conflictos entre instituciones públicas y los particulares, para ello sería conveniente una asignación de recursos por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal.

Es importante profesionalizar mediadores que intervengan de manera imparcial en los procesos, quienes deberían ser calificados técnicamente por un órgano oficial en los que haya participación del sector privado.

Todos los Centros de Mediación deben tener reglamentos de amplia difusión entre la ciudadanía, esto permitirá que los procesos de mediación sean de antemano claramente entendido por las partes y garantizará su seguridad, cumplimiento y acomodo al caso en particular.

El desarrollo de la mediación en el país debe ir ajustándose a los cambios que tengan las prácticas, de otro modo en lugar de constituirse en una ventaja resultaría en una desventaja.

MARIO JOSÉ PANIMBOZA ROSALES	387-2009	SENTENCIA (a favor)					669-09-1	017-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado	A QUITO
LEONARDO ERNESTO ARICA CARMONA	593-2009	SENTENCIA (a favor)					683-09-3	016-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado	
ANDRÉS GILBERTO LINDAO LÓPEZ							682-09-2				
PEDRO JULIAN SORIANO REYES	425-2009	SENTENCIA (a favor)	1071-B-2009	3ra Sala de lo Penal y Tránsito	sentencia en con		677-09-3			reintegrado	
MELCHOR GASPAR RODRIGUEZ ROCA	393-2009	SENTENCIA (a favor)					668-09-3	019-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado	A QUITO
EDUARDO AURELIO BACILIO GONZÁLEZ	400-2009	SENTENCIA (a favor)					673-09-2	012-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado	
JENNY ALEXANDRA TIGRERO DEL PEZO							643-09-2				
KAREN GISELA MUÑOZ SAAVEDRA	398-2009	SENTENCIA (a favor)					678-09-1	002-2009	SENTENCIA (en contra)	reintegrada	
LEONARDO DANIEL SACAZARI	408-2009	SENTENCIA (a favor)	715-2009	2da Sala de lo Civil y Mercantil				126-2010	se dirime competenc		
ALEJANDRO JAVIER TIGRERO MALAVE	595-2009	SENTENCIA (a favor)						030-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado	A QUITO
HUMBERTO GEOVANY LINO GONZALEZ	385-2009										
PEDRO RAUL POZO LINO	666-2009							120-2010	sentencia en contra	reintegrado	
JORGE WILMER LAINEZ DEL PEZO	404-2009	SENTENCIA (a favor)	1086-2009	1era sala de lo penal, col y tran	sen en cont	voto sal					
ANGEL OMAR TORRES PANCHANA	594-2009	SENTENCIA (a favor)						013-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado	
NEL FERNANDO GONZALEZ GOMEZ	396-2009	SENTENCIA (a favor)						006-2009	SENTENCIA (en contra)	reintegrado	
EDWAR BELFOR MATIAS ROCA	407-2009	SENTENCIA (a favor)						097-2010			
WILLIAN CESAR TOMALA BAZAN	437-2009	SENTENCIA (a favor)						047-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado	A QUITO
FELIPE RICARDO RODRIGUEZ V.	610 - 2009,	SENTENCIA (a favor)						023-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado	

GLADYS AGRIPINA FIGEROA SORIA	147-2010	SENTENCIA (a favor)						165-2010	en contra	reintegrada
WILLIAM FRANCISCO MIRABÁ OCHOA	148-2010	SENTENCIA (a favor)						162-2010	en contra	reintegrado
KARINA ELIZABETH PERERO TOMALA	149-2010	SENTENCIA (a favor)						161-2010	en contra	sin reintegrada
JORGE GUSTAVO ROSALES VILLAO	150-2010	SENTENCIA (a favor)						140-2010	sentencia a favor	
ANDRES GILBERTO LINDAO LOPEZ	155-2010							128-2010	sentencia en contra	reintegrado
LUIS ENRIQUE TORRES NALL	159-2010							157-2010		
JOSÉ ANSELMO TIGRERO MEJILLON	154-2010	SENTENCIA (a favor)						129-2010	sentencia en contra	reintegrado
GEOCONDA FABIOLA POZO FRANCO	138-2010	en contra						236-2010	en contra	reintegrada
PATRICIO JAVIER DE LA CRUZ PERERO	168-2010	sentencia a favor						211-2010	sentencia a favor	
LUIS GERSON GONZALEZ GONZALEZ	167-2010	sentencia a favor						207-2010	sin sentencia	
MARIA DE LOS ANGELES TIGRERO RAMIREZ	152-2010	SENTENCIA (a favor)						0160-2010	sentencia en contra	reintegrada
Jorge Hermenejildo Cano	151-2010	SENTENCIA (a favor)						175-2010	sentencia en contra	sin reintegrada
MARCIA DEL PILAR BALON ZAPATA	153-2010	SENTENCIA (a favor)						0163-2010	sentencia en contra	reintegrada
Blanca Matilde Roca Panchana	229-2010	sentencia a favor						210-2010	sin sentencia	
walter enrique suarez alfonzo	JL-186-2010									
fabian eduardo vera ramos	JL-183-2010									
ose Santos Zambrano Espinoza	204-2010	sentencia a favor						257-2010	en contra	sin reintegrada
ourdes Aracelly Ramirez Borboa	264-2010	a favor						256-2010	sin sentencia	
Vilma Yolanda Cedeño Guale	355-2010	Juz. Niñ.- Sta. Elena	sentencia a favor							

Andrés Justino Mejillon González	083-2010	juz. seg. Fam. Muj.	sentencia en contra						323-2010	SENTENCIA A FAVOR
Luis Eduardo Saltos Ronquillo	068-2010	juz. seg. Fam. Muj.	sentencia en contra						321-2010	
Danesa Juliana del Pezo Suarez	091-2010	juz. seg. Fam. Muj.	sentencia en contra						322-2010	
Carlos Enrique Rodríguez Medina	241-2010								208-2010	
Verónica Leonor Cruz Méndez	225-2010	sentencia a favor							209-2010	sentencia en contra
Óscar Mauricio Panchana del Pezo	213-2010								205-2010	
Doctor Hugo Montenegro Panimburo	357-2010	Juz. Niñ.- Sta. Elena								
Óscar Fernando Matías Quirumbay	212-2010	juz. 16. civil salinas							247-2010	sentencia en contra
Óscar Napoleón Hernández Quiñones	051-2010	juz. seg. Fam. Muj.	sentencia en contra							
María Gabriela Elizabeth Yagual Bejeguán	046-2010	juz. seg. Fam. Muj.	sentencia en contra						320-2010	
Luis Esteban de la Cruz del Pezo	391-2010	juz. 16. civil salinas	sentencia en contra							
Luis Lautaro Lozada Perero	364-2010	juz. 16. civil salinas	sentencia a favor						266-2010-2	sentencia en contra
Luis Alberto Tigrero Suárez	249-2010	juz. seg. Fam. Muj.	sentencia en contra							
Yenny Alexandra Tigrero del Pezo	288-2010	juz. seg. Fam. Muj.								
José Julio Jiménez Espinoza	581-2009	juz. 16. civil salinas								
Franklin Davis Piguave Santos	341-2010	juz. seg. Fam. Muj.								
Monica Elizabeth Reyes Cabrer	332-2010	juz. seg. Fam. Muj.	sentencia en contra							
Julio Fernando Tomalá Cobos	806-2010	juz. 16. civil salinas								

SINDY GABRIELA BASTIDAS BALON	422-2009	SENTENCIA (a favor)						011-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrada
CHRISTIAN JAVIER CORREA CORREA	375-2009	SENTENCIA (a favor)						015-2009	SENTENCIA (en contra)	reintegrado
CESAR ARMANDO VILLALVA BEDOYA	403-2009	SENTENCIA (a favor)						018-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado
JENNY GUILLERMINA LAINEZ TIGRERO	382-2009	SENTENCIA (a favor)								
PABLO ALEXANDER BALON TIGRERO	421-2009	SENTENCIA (a favor)						119-2010	SENTENCIA (en contra)	
AURELIO CRISANTO PARRALES POZO	640-2009	SENTENCIA (a favor)						026-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado
ESTHER MAGALY COCHEA BAZAN	608-2009	SENTENCIA (a favor)						025-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrada
AMADA MARIA TUMBACO BURBANO	607-2009	SENTENCIA (a favor)						024-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrada
FRANCISCO FAUSTO BAZAN GONZABAY	011-2010	SENTENCIA (a favor)						107-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado
MARIO ALEJANDRO ROCA BAZAN	609-2009	SENTENCIA (a favor)						031-2010		reintegrado
DIEGO ERNESTO RUIZ QUESADA	409-2009	SENTENCIA (a favor)						101-2010	SENTENCIA (en contra)	reintegrado
ADEMS	247-2009	SENTENCIA (a favor)								

BIBLIOGRAFÍA

-
- ¿Normas constitucionales inconstitucionales? - Otto Bachof
- Acción constitucional ordinaria de protección. – Luis Cueva Carrión
- Acción constitucional extraordinaria de protección. – Luis C. Carrión
- Contrato Social. – Jean Jacques Rousseau.
- Discurso del Método. – René Descartes.
- www.derechoecuador.com
- Bloque de constitucionalidad. – Cesar Augusto Londoño Ayala.
- Estructura y límites de la ponderación. – Carlos Bernal Pulido.
- Sistemas de Control Constitucional. – Lcdo. Mario Gómez Mercado.
- El Control de la Constitucionalidad. – Juan Sebastián de Stefano.
- Control Constitucional o Control de la Constitucionalidad - ¿Cuál es la verdadera atribución de la Corte Constitucional? – Msc. Pedro Javier Granja Angulo.
- El Control constitucional al legislativo. Una mirada desde la teoría del estado social, el principio de proporcionalidad y el principio de prohibición de protección deficiente. – Eduardo José Talavera Carrascal.
- El Estado constitucional de derecho y justicia (Derecho Constitucional Ecuatoriano) – Arturo Clery Aguirre.
- GUSTAVO ZAGREBELSKY, Juez constitucional. – Miguel Carbonell.
- El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile. – Lautaro Rios A.
- Justicia Constitucional y Control de la constitucionalidad de las leyes en la República italiana. – Gastón Federico Blasi.
- Marbury vs Madison, regreso a la leyenda. - Miguel Carbonell.
- Neo constitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia. - Miguel Carbonell.
- Parlamento Andino. – Javier Valle-Riestra.
- El derecho a la libertad personal. – Msc, Pedro Javier Granja Angulo.

- Progresividad de las Garantías Constitucionales en la Constitución de Montecristi. – Wilton Guaranda Mendoza.
- Relación entre el Control de constitucionalidad y el Control político: el caso de Colombia. – Carlos Bernal Pulido.
- El Canon Neo constitucional. – Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo.