



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Ávila Santamaría, Ramiro

Del amparo a la acción de protección jurisdiccional

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. V, núm. 27, junio, 2011, pp. 95-
125

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222188006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Del amparo a la acción de protección jurisdiccional*

*From a Writ of Amparo to the Jurisdictional
Protection of the Law*

Ramiro Ávila Santamaría**

RESUMEN

La Constitución del Ecuador de 2008 reconoce varios mecanismos para la garantía jurisdiccional de los derechos. Las garantías pretenden prevenir potenciales violaciones a los derechos y reparar aquellas que ya han ocurrido. Entre las garantías preventivas encontramos las normativas, las políticas públicas y las medidas cautelares. Entre las garantías reparadoras encontramos a la acción de protección de derechos. Este panorama "garantista" es completamente nuevo en el sistema jurídico ecuatoriano y, me atrevería a afirmar, al menos en términos constitucionales, en el derecho comparado. El presente artículo hace un estudio de estas instituciones.

PALABRAS CLAVE: *Recurso de amparo, justicia constitucional, Constitución de Ecuador.*

ABSTRACT

The 2008 Constitution of Ecuador recognizes various mechanisms in order to guarantee the jurisdictional protection of the law. These guarantees attempt to prevent potential infringement of people's rights and restore those that have already occurred. Within preventive measures we find regulative norms, public policies and precautionary measures. Among the remedial actions of the law we also find the protective action of their rights. This view as a "guarantor" is new to the Ecuadorian legal system, I would dare say at least in constitutional terms, and in comparative law. This article is a study of these institutions.

KEY WORDS: *Appeal of amparo in Ecuador, constitutional law of Ecuador.*

* Recibido: 28 de febrero 2011. Aceptado: 4 de abril 2011.

** Universidad Andina Simón Bolívar y Pontificia Universidad Católica del Ecuador (ravila67@gmail.com).

Sumario

1. Introducción
2. Legitimación activa
3. Legitimación pasiva
4. El ámbito material del amparo
5. Argumentación jurídica
6. Reparación
7. Cumplimiento
8. La competencia material de los jueces y juezas que resuelven el fondo de las violaciones a derechos humanos
9. El papel del juzgador
10. Conclusiones

1. Introducción

La Constitución ecuatoriana establece mecanismos que comprenden a todos los poderes públicos y privados y a todos los derechos humanos. A las garantías de primer nivel se les llama *normativas*, y consisten en el deber que tienen todos los órganos con competencias regulatorias, en particular el Parlamento, para adecuar el sistema normativo a los derechos; a las garantías de segundo nivel se les denomina *políticas*, por las que todo órgano público, con capacidad de disponer de recursos públicos, tiene la obligación de desarrollar y promover el ejercicio de los derechos constitucionales; finalmente, las garantías *jurisdiccionales*, que son las que interesan en este breve ensayo, son aquellas que descansan en la intervención jurisdiccional cuando las políticas o las normas no cumplen con sus objetivos o violan derechos. La Constitución ecuatoriana ha reconocido múltiples garantías jurisdiccionales (hábeas data, hábeas corpus, acción de protección, medidas cautelares, acceso a la información pública, extraordinarias de protección), que no describiré por razones de espacio, sino solamente me referiré a la acción de protección, que es la acción más abarcativa de todas y la más novedosa.

Una breve nota introductoria sobre el diseño normativo y la práctica de las garantías, que tiene mucho que ver con el modelo de Estado. Un Estado liberal se sustenta en garantías que protegen con particular énfasis los derechos individuales de los propietarios y los derechos derivados de los contratos, en los que las personas tienen igualdad de condiciones; en este Estado, las garantías de los otros derechos, como los sociales o del buen vivir, son protegidos sólo cuando hay daños graves e inminentes. En cambio, en un Estado constitucional de derechos y justicia, las garantías protegen con particular énfasis los derechos

de las personas más débiles de la sociedad, que se encuentran en situación de opresión, vulneración, subordinación, sumisión o discriminación. En este Estado se amplían tanto los derechos como las personas o grupos protegidos.

La Constitución ecuatoriana de 1998 instituyó el amparo, que era una garantía jurisdiccional de naturaleza cautelar que tenía como objetivo prevenir, cesar y restaurar las violaciones de derechos provenientes de acciones u omisiones de autoridad pública o de particulares que prestaban servicios públicos.¹ La Constitución de 2008 amplió las posibilidades de la garantía jurisdiccional e introdujo la figura de la acción de protección, que es una acción de conocimiento que tiene como objetivo reparar integralmente la violación de derechos proveniente de autoridad pública o particulares (sin importar si prestan servicios públicos). El cambio normativo, entonces, no fue sólo de nombre.² Existen muchas diferencias en el diseño normativo entre el amparo y la acción de protección, las cuales serán analizadas en este trabajo.³ Pero si se trata de semejanzas, una de ellas es que los mismos operadores de justicia que resolvían el amparo ahora están resolviendo la acción de protección, y muy posiblemente con los mismos criterios y la misma actitud con los que resolvían el amparo. El amparo es una garantía que tiene eco y resonancia en todo el derecho constitucional de la región, por ello conviene contrastar a esta institución con la recientemente creada acción de protección consagrada por la Constitución de 2008, que considero es un avance notable en el constitucionalismo contemporáneo.

Aún es prematuro hacer un balance de la práctica judicial de las garantías establecidas en la Constitución de 2008. Sin embargo, se puede presumir que el mero cambio normativo no ha significado una transformación de la práctica judicial en la resolución de las acciones constitucionales de protección. Por ello, puede ser útil revisar y recordar cuál ha sido la práctica del amparo para no reiterar los errores cometidos y para fortalecer los aciertos, si los hubiere. Este artículo, además, puede servir para encontrar justificaciones al cambio de mo-

¹ Constitución de 1998, artículo 95. A lo largo de este trabajo se analizarán con un poco más de detenimiento los elementos del amparo.

² El amparo constitucional no equivale a la acción de protección y se parece más bien a las medidas cautelares de la vigente Constitución (artículo 87).

³ Véase SILVA PORTERO, CAROLINA. "Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?", en ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO (ed.). *Neoconstitucionalismo y sociedad*, vœtm Gráficas, Quito, 2009, Serie Justicia y Derechos Humanos, t. 1; ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008", en ÁVILA, RAMIRO et al. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, vœtm Gráficas, 2008, Serie Justicia y Derechos Humanos, t. 2; "Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano", en ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO y COURTIS, CHRISTIAN. *La protección judicial de los derechos sociales*, vœtm Gráficas, 2009, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 12.

delo constitucional en cuanto a la garantía jurisdiccional y para evidenciar las diferencias entre el diseño normativo de 1998 y el de 2008.

Nos hemos puesto como objetivo analizar el diseño y la práctica judicial del amparo y demostrar que, en el marco de la Constitución de 1998, funcionó para proteger los derechos de las personas propietarias, y que la apuesta para la resolución definitiva sobre violación de derechos humanos en el sistema normativo ordinario fue inadecuado para proteger los derechos fundamentales de la gran mayoría de personas. El trabajo, en consecuencia, comenta y critica la realidad del sistema jurídico ecuatoriano y su funcionamiento en materia de protección de derechos. Aunque estudia una figura derogada por la Constitución vigente, sin duda muchas afirmaciones y hallazgos valen para la actual garantía jurisdiccional.

Para hacer este trabajo he recurrido a varias fuentes. En primer lugar, tomé dos registros de jurisprudencia constitucional oficiales. De un lado, la *Gaceta Constitucional* No. 1, de octubre de 2000, y de otro la *Gaceta Constitucional* No. 18, de marzo de 2005 (última publicada al momento de escribir este trabajo). El objetivo de tomar la primera y la última publicación oficial fue apreciar si se había producido algún cambio en las resoluciones del Tribunal Constitucional (ahora denominado Corte Constitucional). En segundo lugar, recurrí a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y a las estadísticas del Consejo Nacional de la Judicatura para determinar si la justicia ordinaria había receptado la competencia constitucional de forma adecuada. En un tercer y último lugar, hice entrevistas de percepción a operadores judiciales para tratar de conseguir datos de los que no existen registros, tales como el nivel de cumplimiento de las resoluciones de amparo o la cantidad de derechos sociales resueltos por jueces y juezas ordinarios.

Para analizar la eficacia del amparo constitucional y contrastarlo con la acción de protección de derechos tomé en cuenta algunos parámetros: 1) la titularidad del derecho para accionar, que se conoce en derecho procesal como la legitimación activa; 2) la legitimación pasiva, es decir, a quién se puede demandar; 3) el ámbito material del amparo y de la acción de protección; 4) la argumentación jurídica y fáctica; 5) la reparación; 6) el cumplimiento; 7) la competencia material de los jueces y juezas que conocen el amparo y la acción de protección, y 8) el rol de los juzgadores al conocer el amparo.

2. Legitimación activa

Si la legitimación activa es cerrada, es decir, admite sólo al titular del derecho (derecho subjetivo), estamos ante una acción propia de un Estado liberal-indivi-

dual. Si la legitimación activa es abierta, *actio popularis*, lo que se reflejaría en la interposición por terceros o por cualquier persona, entonces estamos en un régimen garantista.

La Constitución de 1998 establece que “cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo [...]”.⁴ Esta Constitución optó por una legitimación activa cerrada, por exigir al titular del derecho y la formalidad de un representante que demuestre ser tal en los colectivos, y si bien vía interpretación progresiva podían haberse ampliado las posibilidades procesales, la práctica judicial confirmó una interpretación literal de la Constitución.

CUADRO 1.⁵ LEGITIMACIÓN ACTIVA EN AMPAROS

	Gaceta No. 1 (2000)	Gaceta No. 18 (2005)
Legitimación cerrada	13	10
Legitimación abierta	1	1
Total	14	11

Las cifras revelan que, después de cinco años, el peso del derecho subjetivo en la legitimación activa y el uso de la acción con carácter individual no varió. Parecería que, en este análisis comparativo, no hubo cambios en este aspecto, a pesar de que la Constitución de 1998 permitía la legitimación abierta en los derechos colectivos y difusos.

En contraste con esta visión restringida, que sólo permite presentar la acción al titular del derecho individual, el sistema interamericano de protección de derechos, y ahora la Constitución de 2008, establecen un modelo abierto, bajo la premisa de que las violaciones a los derechos humanos no pueden ser toleradas por la colectividad ni tampoco se puede esperar niveles de conocimiento de las víctimas para interponer el recurso. Más aún cuando en nuestro país las violaciones son masivas y no necesariamente vinculadas a grupos con identidades históricas, como los indígenas. Piénsese, por ejemplo, en el problema de la mortalidad infantil y la desnutrición crónica.

Por ello, la Constitución determina que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá presentar las acciones previstas en la Constitución”.⁶ No se requiere, entonces, desde la lectura del texto constitu-

⁴ Constitución de 1998, artículo 95.
⁵ Todos los cuadros han sido elaborados por el autor.
⁶ Constitución de 2008, artículo 86 (1).

cional, el ser titular del derecho o el comparecer con poder o representación. Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, contraviniendo una norma expresa de la Constitución que determina que la ley no puede exigir más condiciones o requisitos para ejercer los derechos y las garantías,⁷ determina que cualquier persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá interponer las acciones de protección siempre que actúe por sí mismo o a través de representante o apoderado y por el Defensor del Pueblo.⁸ Es decir, el *actio popularis* que reconoció la Constitución se redujo a la concepción clásica del derecho subjetivo.

3. Legitimación pasiva

Dentro de la teoría de los derechos humanos correspondiente a un Estado clásico liberal, el único responsable de la violación de derechos humanos es el Estado y, excepcionalmente, por delegación o concesión, los particulares cuando prestan servicios públicos. En un régimen garantista, la protección constitucional es contra cualquier acto de poder, no importa si éste proviene del Estado o de un particular (que puede ejercer poder económico, político o físico). Cuando los particulares están en relación de igualdad, la vía adecuada debe ser la acción ordinaria.

La Constitución de 1998 determinó que los legitimados pasivos son dos: las autoridades públicas y los particulares. Estos últimos sólo en dos circunstancias: *a)* por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública, y *b)* cuando la conducta de los particulares afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.⁹ Como se puede apreciar, la Constitución avanzó hacia una apertura tímida a la responsabilización de los particulares como violadores de derechos humanos.

CUADRO 2. LEGITIMACIÓN PASIVA EN AMPAROS

	Gaceta No. 1 (2000)	Gaceta No. 18 (2005)
Amparos contra el Estado	13	10
Amparos contra particulares	1	1
Total	14	11

⁷ Constitución, artículo 11 (3).

⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 9o. (a) y (b).

⁹ Constitución de 1998, artículo 95.

Las cifras revelan que, pese al paso de cinco años, siguió predominando la teoría clásica. El caso del año 2000 fue contra una petrolera por parte de una comunidad indígena y corresponde a derechos colectivos. El caso del 2005 negó el amparo por falta de legitimación activa (no abordó siquiera el tema de la legitimación pasiva). Llama la atención este dato en un país como Ecuador, donde las violaciones a los derechos humanos contra grupos humanos es evidente y más cuando existen movimientos sociales que las reivindican en sus luchas políticas.

La Constitución de 2008 avanza en la concepción garantista al determinar que la acción de protección se puede presentar contra cualquier acto u omisión de autoridad pública, que incluye las sentencias ejecutoriadas o autos que ponen fin a los procesos judiciales, e inclusive contra particulares en situaciones de indefensión, discriminación y subordinación. En este sentido, la Constitución de 2008 es más garantista que la de 1998. La Constitución determina que:

La acción de protección [...] podrá interponerse por actos y omisiones de cualquier autoridad pública no judicial —porque cabe la acción extraordinaria de protección—; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación procede 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.¹⁰

4. El ámbito material del amparo

El profesor Luigi FERRAJOLI distingue entre derechos fundamentales y patrimoniales.¹¹ Los primeros tienen que ver con derechos reconocidos en la Constitución, que no pueden ser limitados, sino excepcionalmente, ni pueden ser transigidos. Estos derechos son primarios. Los derechos patrimoniales, en cambio, son derechos que por su naturaleza son limitables y transigibles; por ello FERRAJOLI los llama secundarios. A los derechos fundamentales o primarios les corresponden procedimientos constitucionales, y a los derechos patrimoniales, en cambio, procedimientos ordinarios.

¹⁰ Constitución de 2008, artículo 88.

¹¹ Los derechos fundamentales son derechos "contra poder", que funcionan como límites y vínculos a los derechos secundarios, no se pueden transigir, disminuir y son universales; en cambio, los derechos patrimoniales son derechos "poder", que tienen que ser limitados y vinculados porque de lo contrario se acumulan al punto de violar los derechos de los más débiles; estos derechos son transigibles y particulares. Entre estos últimos, FERRAJOLI menciona a los derechos patrimoniales, a las libertades de comercio y los derechos de ciudadanía. Véase FERRAJOLI, LUIGI. "Derechos fundamentales y patrimoniales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 29-35.

La Constitución de 1998 determina que se puede invocar el amparo por “cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente”,¹² y excluía, expresamente, a las decisiones judiciales.¹³ Esto quiere decir que, normativamente, todos los derechos reconocidos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos) podrían ser invocados por el amparo. Entre los derechos reconocidos encontramos aquellos que FERRAJOLI denomina patrimoniales, y desde una perspectiva meramente formal, su distinción se torna irrelevante. Sin embargo, no sería razonable pensar que todos los conflictos normativos deban ser constitucionalizados, por dos razones. La primera es que la administración de justicia constitucional colapsaría, y la segunda es que los derechos patrimoniales tienen su protección en la vía ordinaria. De este modo, los derechos primarios, que no tienen vía ordinaria y cuyos titulares son los más vulnerables de la sociedad, deberían ser los usuarios y destinatarios de la acción. Luego, tiene ya sentido la distinción de FERRAJOLI y contribuiría a aclarar el uso del amparo.

En esta lógica, el Tribunal Constitucional debió —si es que se adscribía al análisis doctrinal realizado— conocer exclusivamente los conflictos relacionados con derechos fundamentales primarios, mientras que la justicia ordinaria debió conocer todos los conflictos patrimoniales. Esta afirmación se sustenta en el principio de subsidiariedad, desarrollado por el sistema de protección internacional de derechos humanos, según el cual los recursos judiciales deben ser adecuados y eficaces y, en su defecto, cabe la protección especial de derechos humanos. En este sentido, los derechos patrimoniales regulados por los códigos civiles tienen su vía adjetiva desarrollada por los códigos de procedimientos civiles, y los derechos fundamentales no tienen vía ordinaria sino constitucional, que vendría a ser el amparo.

Para efectos prácticos, consideremos como derechos patrimoniales todos aquellos relacionados con la propiedad y con la autonomía de la voluntad, que son, primordialmente, los casos relacionados con comercio y contratación (incluso en materia laboral).¹⁴ El resto de derechos, tales como los sociales y colectivos, serán considerados como fundamentales.

¹² Constitución de 1998, artículo 95. El artículo 88 de la Constitución vigente tiene una disposición semejante.

¹³ Resulta curioso que si el amparo es contra todo poder público, se excluya una de las manifestaciones de aquél. La Constitución de 2008 corrige este defecto e incorpora la figura de la acción extraordinaria de protección (artículo 94).

¹⁴ Si bien los derechos laborales se consideran como intangibles y no renunciables, los entendemos como derechos secundarios por tener una vía administrativa y jurisdiccional diseñada para su protección y por reducir las pretensiones a cuantificaciones económicas o patrimoniales (remuneración, indemnización, multa). Esto no obsta para considerar, en otras circunstancias, que el derecho al trabajo pueda tener dimensiones de derechos primarios, en casos tales como la discriminación laboral, la esclavitud, el trabajo forzado, el despido sin debido proceso y, en general, cuando las pretensiones fuesen no patrimoniales.

CUADRO 3. AMPAROS SEGÚN DERECHOS INVOCADOS

Año	Derechos patrimoniales	Derechos fundamentales	Total
2000	11	3	14
2005	9	2	11

En 2000 el Tribunal Constitucional (en adelante *TC*) resolvió catorce casos de amparo. De ellos, hemos considerado once casos como de carácter patrimonial y tres como fundamentales. De los once casos patrimoniales, siete correspondían a conflictos laborales que tenían pretensión patrimonial, uno versó sobre contratación pública (empresa que impugnaba licitación), uno sobre propiedad intelectual, y dos sobre debido proceso. Podría pensarse que estos últimos deberían ser considerados fundamentales; sin embargo, uno de los casos fue interpuesto por una empresa en razón de no estar conforme con una resolución administrativa que consideraba que la afectaba, y el otro fue interpuesto por un comité de trabajadores de una telefónica que no estaba conforme con una resolución que asimismo les afectaba; en ambos casos se trataba de problemas de carácter patrimonial. En general se alega una violación del debido proceso mediante amparo en lugar de impugnar la resolución a través de las vías ordinarias existentes; es decir que la única razón por la que, en el fondo, se invoca el debido proceso corresponde a una inconformidad con la resolución administrativa (la vía adecuada, en estos casos, debería ser la contenciosa o administrativa).

En 2005, el *TC* resolvió once casos de amparo. De ellos, nueve casos fueron patrimoniales y dos fundamentales. De los nueve casos patrimoniales, dos eran de comercio, dos correspondieron a relaciones laborales individuales y cinco invocaron el debido proceso, por las razones ya mencionadas. De los dos casos de derechos fundamentales, uno era del derecho a la salud y el otro del derecho a un medio ambiente sano.

Predomina, entonces, la litigación ordinaria en sede constitucional. Los abogados y abogadas prefieren llevar sus casos vía el amparo por ser un medio rápido, preferente y sumario, en lugar de seguir los juicios por las vías ordinarias adecuadas. Desde la lógica de la parte interesada, esta utilización no es más que una estrategia para lograr satisfacer su interés en un conflicto jurídico. Lo que resulta inaceptable es que los jueces y juezas no hagan la distinción y permitan la litigación de derechos patrimoniales, que tienen sus propios mecanismos, por la vía de los derechos primarios o fundamentales.

La Constitución de 2008 tiene una disposición semejante a la de 1998, en el sentido de que puede interponerse por la violación de cualquier derecho: “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 [...]”.¹⁵ Para evitar cualquier discusión doctrinaria, se afirma que todo derecho es igualmente justiciable y que tienen igual jerarquía.¹⁶

Para evitar el uso inadecuado de la acción de protección, la ley secundaria, denominada Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estableció el principio de subsidiariedad, por el cual todo derecho que ya tenía antes de la Constitución una vía procesal, no podría usar la vía constitucional.

Uno de los argumentos que más he escuchado para restringir las acciones constitucionales de protección de derechos es el abuso de los litigantes. Siempre me ha costado entender cómo se puede abusar de una acción si hay personas encargadas precisamente de evitar que eso suceda. Si se la invoca cuando hay violación de derechos, proceda de donde proceda, simplemente tiene que funcionar. Es más o menos como que se diga que los adolescentes abusan del alcohol o de las películas restringidas para su edad porque se les vende alcohol y se les permite entrar al cine. La culpa no es del adolescente, sino del expendedor de licores y de la persona que vende boletos en las salas de cine. No por esa falta de control se puede decir que ya no se comercialicen licores o se suspendan las funciones de cine para adultos. Igual sucede con las acciones de protección: todos los litigantes tienen derecho a presentar demandas por violación de derechos, cosa distinta es que las juezas y los jueces las admitan sin distinción. El problema está en que los jueces no lo hacen y se acaban resolviendo, por la vía constitucional, asuntos que no deberían. Parecería, entonces, que hay que desarrollar la regulación para que los vendedores de licores y de entradas de cine cumplan su labor adecuadamente. Esto, en lo que nos concierne, se reguló por medio del principio de subsidiariedad.

La subsidiariedad de la acción la encontramos en el capítulo de medidas cautelares y en el de la protección de derechos. En el primero se establece que no se pueden solicitar las medidas cuando: *a)* existen vías administrativas y ordinarias, y *b)* se interponga en la acción extraordinaria de derechos (ésta no es propiamente subsidiaria, sino una simple causal de improcedencia).¹⁷

En cuanto a la acción de protección de derechos, es subsidiaria cuando: *a)* el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fue adecuada ni eficaz;¹⁸ *b)* se trate de derechos patri-

¹⁵ Constitución de 2008, artículo 88.

¹⁶ Constitución de 2008, artículo 11 (3), último inciso.

¹⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 27.

¹⁸ *Ibidem*, artículo 42 (4).

moniales y contractuales y no existan vías ordinarias adecuadas y eficaces,¹⁹ y c) la pretensión fuere la declaración de un derecho.²⁰

Hay, sin duda, un ánimo exagerado en evitar la confusión derecho ordinario-derecho constitucional. Bastaba con establecer una norma genérica que señalara que cuando existieren vías ordinarias eficaces y adecuadas no cabrá la acción de protección.

Lo subsidiario significa que procede la acción constitucional de protección sólo cuando no hay protección ordinaria o, existiendo ésta, no fuere adecuada ni eficaz. Veamos someramente los casos contemplados en la ley.

- 1) Los actos administrativos tienen procedimientos y tribunales propios, no conviene entonces constitucionalizar violaciones a derechos que tienen vía especial, de este modo se evita que la Corte Constitucional y la justicia constitucional resuelvan problemas que tienen base legal administrativa y no directa ni exclusivamente constitucional, como los problemas laborales entre la administración pública y los servidores públicos.
- 2) Los contratos y los derechos patrimoniales, que están minuciosamente regulados en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Civil, deben ser tramitados por la vía expresamente creada para estos fines; la salvedad sería de conflictos que tienen que ver con la propiedad colectiva de un pueblo indígena o con los contratos en los que se puedan ver afectados derechos a la salud; piénsese, por ejemplo, en un contrato en el que se haya establecido la exclusividad de una medicina que, de no convertirse en genérica, cause miles de muertes en el país. En este último caso la discusión ya no es del derecho a la propiedad sino del derecho a la salud y a la vida y, por tanto, la vía sería la constitucional.
- 3) En la vía constitucional jamás se podría litigar para declarar la existencia de un derecho, puesto que la titularidad no se prueba ni se reconoce judicialmente, sino que se debe acudir a la vía ordinaria.

5. Argumentación jurídica

105

En el diseño del amparo de 1998, el juez o jueza, después de oír a las partes, debía resolver. No se preveía la posibilidad de prueba y se ha sostenido que no era necesaria. Sin embargo, como en cualquier otro procedimiento judicial, probar

¹⁹ *Ibidem*, artículo 42 (5).

²⁰ *Ibidem*, artículo 42 (6).

los hechos es una actividad imprescindible. La práctica judicial y la doctrina se encaminaron hacia una aplicación normativa meramente formal.

La administración de justicia formal se caracteriza por un razonamiento comúnmente llamado “subsunción”, que consiste en la aplicación mecánica de un silogismo jurídico compuesto por tres premisas: una premisa mayor, que es el precepto normativo; una premisa media, que es el hecho, y una premisa conclusiva, a través de la cual el hecho de la premisa media se subsume en la hipótesis normativa de la premisa mayor. La conclusión corresponde a la decisión de la sentencia. Las premisas suelen ser supuestas y no demostradas de forma adecuada en el razonamiento judicial. En otras palabras, no hay argumentación jurídica ni fáctica. Este razonamiento simple da lugar a una gran arbitrariedad por parte de los jueces y juezas. Cuando ello sucede, se suele denominar a esta omisión como un “salto argumental”.

En cambio, en una administración de justicia más técnica, las premisas del silogismo deben ser sometidas a verificabilidad (en el caso de la premisa mayor) y a verificación (en el caso de la premisa media o hechos). La verificabilidad y la verificación implican que el derecho y los hechos pueden ser sometidos a demostración y refutación.²¹ La premisa normativa requiere interpretación y la premisa fáctica requiere prueba. En este razonamiento judicial, que es propio de sistemas que exigen de los jueces y juezas motivación en sus resoluciones, encontramos argumentación jurídica y fáctica previa a la subsunción.

En la justicia constitucional el problema de la argumentación es más complicado por el tipo de normas que se debe aplicar. La justicia ordinaria suele aplicar normas que se denominan “hipotéticas” o simplemente “reglas”, que son aquellas dadas por el legislador y que prevén en su estructura una hipótesis de hecho y una obligación como consecuencia. La justicia constitucional, en cambio, suele aplicar normas que la doctrina denomina “téticas”²² o principios que, en su estructura, carecen de hipótesis de hecho y de consecuencia; tal como se enuncian, por ejemplo, los derechos humanos.²³ En las reglas, el juez o la jueza simplemente debe subsumir, y en los principios debe, previo a aplicar la norma, construir una regla o una norma hipotética. Para arribar a la creación de una regla a partir de un principio, la jueza o el juez debe valerse de múltiples fuentes normativas, tales como los instrumentos internacionales de derechos humanos,

²¹ Véase FERRAJOLI, LUIGI. “Cognotivismo o decisionismo”, en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7a. ed., Trotta, Madrid, 2005, pp. 33-70.

²² FERRAJOLI, LUIGI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 34.

²³ Véase, por ejemplo, el derecho al hábitat, artículo 30 de la Constitución vigente: “las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable”.

la jurisprudencia nacional e internacional, y la doctrina. De ahí que se diga que en la justicia constitucional los jueces deben ser activos y creativos.

Para apreciar la diferencia entre un razonamiento formal simple y un razonamiento complejo, como exige la justicia constitucional, utilizaremos un parámetro sencillo (aunque harto incompleto), que es la invocación de fuentes, bajo la consideración de que la construcción de normas a partir de principios no se puede realizar sin el manejo de múltiples fuentes distintas a la ley. Si los jueces y juezas no recurren a múltiples fuentes presumiremos que siguen siendo pasivos; en estos casos, si la casilla del cuadro 4 corresponde a la palabra “no”, denota no uso o no invocación a las fuentes. En cambio, si encontramos en las sentencias que los jueces y juezas recurren a múltiples fuentes, presumiremos que muy posiblemente el juez o jueza argumentó o intentó argumentar (y consta en la casilla “sí”).

CUADRO 4. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Criterio general	Criterio específico	2000		2005	
		Sí	No	Sí	No
Construcción de normas a partir de fuentes del derecho	Aplicación de doctrina	1	13	0	11
	Aplicación de jurisprudencia				
	Nacional	0	14	0	11
	Internacional	0	14	0	11
	Aplicación de propios precedentes	0	14	0	11
	Aplicación de principios	1	13	0	11
	Aplicación de normas constitucionales	0	14	0	11

Los resultados del cuadro 4 son muy claros: el TC no argumenta y aplica las normas sobre derechos humanos como si fueran normas hipotéticas o reglas. El juez constitucional no está creando derecho y está renunciando a su poder de controlar y definir el alcance de los derechos en casos concretos.

La Constitución vigente, en cambio, explicita la multiplicidad de fuentes normativas que deben ser utilizadas por los jueces y juezas y, por otro lado, abre la posibilidad, de forma explícita, para la práctica de pruebas en procedimientos constitucionales de protección de derechos.

En cuanto a las fuentes, la Constitución determina que puede ser aplicada directamente sin necesidad de regulación secundaria. De este modo, los principios, cuando fuere necesario, pueden ser aplicados por los jueces.²⁴ Los instrumentos internacionales de derechos humanos, que incluye convenciones y *soft law*, forman parte de la Constitución y pueden ser invocados para la protección e interpretación de derechos;²⁵ la Corte Constitucional expide fallos que son vinculantes y que constituyen precedentes obligatorios.²⁶ Como puede apreciarse, la Constitución hace una invitación a recurrir a varias fuentes del derecho y a interrelacionarlas en los casos concretos.

En relación con la posibilidad de practicar prueba en los procedimientos constitucionales, hay que tener en cuenta que la acción es de conocimiento y no cuatelar. El juez o la jueza, al tener que declarar la existencia de una violación de derecho a través de una sentencia, requiere tener información procesal que demuestre los hechos que se alegan violatorios de derechos constitucionales. La Constitución determina que, de ser necesario, en cualquier momento puede el juez o la jueza ordenar la práctica de pruebas y que, incluso, puede disponer la formación de comisiones para recabarlas.²⁷ La prueba, entonces, debe entenderse que es informal y que tiene como objetivo el que el juez o la jueza se forme criterio. En consecuencia, los hechos, al igual que el derecho, deben ser fáctica y jurídicamente argumentados.

6. Reparación

En materia de derechos humanos, cuando se constata una violación de derechos, la forma de enmendarla es a través de lo que se denomina reparación integral. Este concepto es mucho más amplio que el concepto civilista de enmienda de un daño, que se restringe al lucro cesante y al daño emergente. La reparación debe considerar el *restitutio in integrum*, la garantía de no repetición, la satisfacción, la indemnización y la rehabilitación.²⁸ En caso de que el juez o jueza no repare

²⁴ Constitución, artículo 11 (3).

²⁵ Constitución, artículo 11 (8).

²⁶ Constitución, artículo 436 (1) y (6).

²⁷ Constitución, artículo 86 (3).

²⁸ Doctrina y práctica sobre la novísima institución de la reparación en caso de violación de derechos humanos

integralmente o simplemente no disponga medida alguna para afrontar la violación de derechos, éste o ésta asumiría el rol de “juez boca de ley” propio de la justicia ordinaria, y cuando repare integralmente será un juez o jueza garantista que toma medidas positivas para atender cada caso en su particularidad.

La Constitución de 1998 determinó que, constatando una violación de derechos, la jueza o juez debe adoptar “medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos”.²⁹ La Constitución no especifica las medidas y utiliza el concepto de remediar. Sin embargo, la Constitución determina que son medidas urgentes y, por lo mismo, no definitivas. Por tanto, no estaba claro que se podía reparar integralmente a través de una resolución que no declara violación de derechos.

De los amparos, en 2000 hubo seis aceptados y ocho negados. En 2005 hubo cinco amparos aceptados y seis negados.

De los aceptados, nos interesa saber si la resolución simplemente reiteró la fórmula “confirma la resolución del juez [...] y concede el recurso planteado”,³⁰ o si dispuso las medidas adecuadas para reparar el daño ocasionado por la violación de derechos.

CUADRO 5. MEDIDAS DE REPARACIÓN

Año	No toma medidas de reparación	Toma medidas de reparación
2000	6	0
2005	5	0

Como muestra el cuadro 6, el TC adoptó la fórmula tradicional de aceptar el amparo sin extraer las consecuencias de esa aceptación en materia de reparación de derechos. Tuvimos dudas en un caso. En 2005, el TC ordenó tomar medidas: “RESUELVE: 1. Confirmar la resolución del Tribunal de Instancia que transcrita textualmente dice: se adopten de inmediato, las medidas conducentes a remediar los daños irrogados e impedir que sigan causándose [...] los ministerios demandados [...] ejecutarán las providencias tutelares y de reparación necesarias [...]”.³¹

La pregunta es si este tipo de resolución es de las que ordenan medidas positivas. En definitiva, creemos que no. El juzgador constitucional no ha dispuesto

véase en MARTÍN BERINSTAIN, CARLOS. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, v&tm Gráficas, 2009, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 10.

²⁹ Constitución de 1998, artículo 95.

³⁰ Gaceta Constitucional, No. 1, octubre de 2000, p. 65.

³¹ Gaceta Constitucional, No. 18, marzo de 2005, p. 114.

medida alguna de reparación y existe una especie de remisión a las entidades que han violado los derechos por omisión para que, discrecionalmente, tomen las medidas que crean convenientes.

Conviene aclarar, aunque en la muestra no se manifestó otra forma de reparación, que el TC más de una vez ordenó el reintegro del servidor público (incluidos militares y policías) a su puesto de trabajo. Ésta quizá es la excepción a la regla de la aceptación mera y simple del amparo. De todos modos, las otras formas de reparación, como la de tomar medidas para evitar que el caso se repita o las disculpas públicas, no han sido tomadas en cuenta.

En consecuencia, debe concluirse que el TC no reparó adecuadamente mediante sus resoluciones la violación de derechos.

Para evitar cualquier duda, la Constitución de 2008 recoge la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la reparación integral:

La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.³²

El desarrollo normativo de este precepto, con más claridad, recoge la doctrina desarrollada por el sistema interamericano de protección de derechos:

En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, prestación de servicios públicos, atención de la salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes

³² Constitución, artículo 86 (3).

o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causados a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica, que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.³³

Sin duda, el sistema jurídico ecuatoriano está a la cabeza en adecuación normativa en cuanto a los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos y a la superación de concepciones restrictivas en cuanto a la enmienda del daño. Se ha superado, al menos en cuanto al diseño formal, la concepción restrictiva de la reparación a la cuantificación monetaria y, además, al concepto de daños y perjuicios y al lucro cesante, instituciones propias del derecho civil.

7. Cumplimiento

Una vez que el TC resuelve un caso de amparo, como sucede con cualquier otro órgano jurisdiccional, lo decidido debe ejecutarse. Todo juez o jueza tiene mecanismos contemplados en la ley para que pueda cumplirse lo que la sentencia ordena. Si no fuese así, la garantía no tendría sentido.

La Constitución de 1998 incluía, en su texto, un amplio abanico de potestades para garantizar el cumplimiento de la resolución: la orden de ser ejecutada de inmediato; permitía la inclusión legal de sanciones de carácter normativo y administrativo; la adopción de cualquier medida que se considere pertinente, incluso el uso de la fuerza pública.³⁴

No existen estadísticas, registro o alguna forma de control para saber cuántas resoluciones de amparo fueron cumplidas. Por esta razón hicimos una encuesta

³³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 18.

³⁴ Constitución de 1998, artículo 95, último inciso.

de percepción entre los asesores del TC, dado que ellos habían permanecido en tal función de forma estable, a pesar de que los integrantes de algunos tribunales constitucionales fueron cesados. De otro lado, creemos que los asesores son quienes más conocimiento tienen sobre los amparos que resuelve el TC. Diez asesores del TC fueron entrevistados.

Las preguntas fueron las siguientes:

1. ¿Cuáles son las normas legales y constitucionales que regulan el cumplimiento de las resoluciones?
2. ¿De qué forma garantizan el cumplimiento de las resoluciones?
3. Según su percepción, ¿cuántas resoluciones del total de aceptadas (en el amparo) se han cumplido?
4. ¿Qué solución propone?

Acerca de las normas legales y constitucionales que regulan el cumplimiento de las resoluciones, tres de los asesores consideran que no hay normas y que el cumplimiento puede ser impuesto mediante lo regulado para el desacato (medio indirecto); otros siete dijeron que la norma que regula el amparo es suficiente. La normativa determinaba que para ejecutar el amparo se puede utilizar cualquier medio disponible.

Tres de los asesores sostuvieron que no existe garantía del cumplimiento de las resoluciones. Seis manifestaron que el tema compete a los jueces de primera instancia, y uno sostuvo que la norma que reconoce el amparo es suficiente y que el cumplimiento sólo depende del juez.

En cuanto al cumplimiento efectivo de los amparos aceptados, cinco asesores dijeron que no podían saber nada al respecto porque el asunto está fuera del alcance del TC. Los otros cinco arriesgaron porcentajes que fueron mayores al 60%.

En torno a las razones para explicar el incumplimiento del amparo, ocho de los asesores manifestaron razones diversas: la Ley de Control Constitucional no faculta al TC a tomar medida alguna para el cumplimiento; la falta de competencia profesional de los abogados y abogadas; la ley no establece sanciones claras, tales como la destitución; los jueces no se involucran con el sentido de garantía del amparo; los jueces tienen una percepción equivocada del amparo, y el juez no tiene conocimiento constitucional sobre el tema. Otros dos asesores admitieron no saber por qué no se cumplen las resoluciones.

Uno de los entrevistados sostuvo que deberían restringirse los derechos respecto de los cuales se podría interponer el amparo, y ofreció un ejemplo: si bien un narcotraficante tiene derecho a salir en libertad en razón de la caducidad de la prisión preventiva, él no le dejaría salir porque su hijo está intoxicándose y eso

choca con sus creencias íntimas; concluyó sosteniendo que el único derecho por el que podría interponerse un amparo es el derecho a comer y no la libertad. En esta opinión encontramos un criterio lleno de prejuicios y, peor aún, de manifiesta resistencia a cumplir la Constitución. No parece razonable tener un asesor en amparos cuando duda de la imperatividad de las normas constitucionales.

La Constitución de 2008 y la ley secundaria que la regula recogen dos categorías importantes para garantizar el cumplimiento de las resoluciones del juez o jueza. La primera tiene relación con la toma de medidas contra las personas renuentes a ejecutar el fallo cuando tienen la obligación de hacerlo y, la segunda, con el control jurisdiccional hasta el efectivo cumplimiento de la sentencia.

En efecto, la Constitución determina que “si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo [...]”,³⁵ bajo la premisa de que quien no respeta los derechos no tiene calidad para ejercer un cargo público. Es de entender, de una lectura de las normas de la acción de protección, que la jueza o juez tienen la facultad de tomar cualquier medida que fuere necesaria, incluso el uso de la fuerza pública, para garantizar el cumplimiento de una sentencia.

Por otro lado, en la ley, además de reiterar la posibilidad de los jueces y juezas de tomar cualquier medida, se explicita que el caso no se cierra o archiva con la expedición de la sentencia ejecutoriada, sino que se debe cerrar el caso sólo cuando éste se ha cumplido a cabalidad.

La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la policía nacional.

Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrá modificar las medidas.

La jueza o juez podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos. Éstos podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir la delegación. La Defensoría del Pueblo o la instancia estatal delegada deberá informar periódicamente a la jueza o juez sobre el cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio.

El caso se archivará sólo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio.³⁶

³⁵ Constitución de 2008, artículo 86 (4).

³⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 21.

8. La competencia material de los jueces y juezas que resuelven el fondo de las violaciones a derechos humanos

En el diseño constitucional de la carta de 1998, el amparo es una acción de naturaleza cautelar, esto es, resuelve el daño grave e inminente proveniente de una acción u omisión de los poderes públicos que violan o podrían violar un derecho humano. La medida cautelar se manifestaba además por la naturaleza de la decisión, que era meramente resolutoria. Si el amparo es cautelar, esto significa que hay una remisión a los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos para resolver el fondo de la violación del derecho humano, que incluye la emisión de una sentencia que declare la violación de un derecho, la determinación de la responsabilidad estatal y la reparación del daño causado.

La pregunta que se debe hacer es si los procedimientos ordinarios son adecuados para resolver violaciones de derechos humanos. Para responder a esta pregunta acudimos a dos fuentes de información: la ley y la jurisprudencia. La primera consistió en revisar la competencia material que las leyes ecuatorianas dan a los jueces y juezas de la justicia ordinaria. La segunda fue revisar, aleatoriamente en un año, el tipo de resoluciones que ha conocido la Corte Suprema de Justicia. Por estas dos vías llegamos a la conclusión de que la justicia ordinaria no está diseñada para resolver derechos humanos reconocidos en la Constitución, dado que en la práctica los jueces conocen exclusivamente derechos secundarios o patrimoniales.

Los jueces ordinarios normalmente tienen un ámbito de competencia definido en la ley.³⁷ Cada juez o jueza tiene competencia directamente asociada con su denominación. Los derechos humanos no son materia de competencia explícita de los jueces, salvo cuando ejercen control constitucional en materia de amparo, que, recordemos, es cautelar. En definitiva, no existe juez alguno que tenga competencia para resolver los asuntos de fondo relativos a derechos humanos.³⁸

³⁷ Judicatura penal, Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial Suplemento No. 360, 13 de enero de 2000, artículo 16; judicatura civil, Código de Procedimiento Civil, Codificación No. 11, Registro Oficial Suplemento No. 58, 12 de julio de 2005, artículo 59; judicatura de inquilinato, Ley de Inquilinato, Resolución Legislativa, Registro Oficial No. 196, 1o. de noviembre de 2000, artículo 42; judicatura laboral, Código del Trabajo, Codificación No. 17, Registro Oficial Suplemento No. 167, 16 de diciembre de 2005, artículo 568; judicatura de tránsito, Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, Ley s/n, Registro Oficial No. 1002, 2 de agosto de 1996, artículo 92; judicatura tributaria, Código Tributario, Codificación No. 9, Registro Oficial Suplemento No. 38, 14 de junio de 2005; judicatura de niñez y adolescencia, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley No. 100, Registro Oficial No. 737, 3 de enero de 2003, artículo 255; judicatura contencioso administrativa, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 35, Registro Oficial No. 338, 18 de marzo de 1968, artículo 8o.

³⁸ De ahí la necesidad de superar la noción de acción cautelar para pasar a una de conocimiento, como en efecto sucedió en 2008, cuando se determinó que en el juicio de protección se prueba y se declara la violación de derechos en sentencia: artículo 86 (3).

La gran conclusión es que las vías civiles fueron diseñadas y están siendo utilizadas en el Ecuador para reclamar derechos relacionados con la propiedad y la autonomía de la voluntad. Por tanto, no son vías adecuadas para reparar los demás derechos humanos.

La Constitución de 2008 establece, para evitar estos problemas, una acción de conocimiento, que no hace remisión a la justicia ordinaria, y entonces el juez o jueza tiene la facultad de dictar sentencia, en la que declara la violación del derecho, la responsabilidad del Estado y las reparaciones.³⁹

9. El papel del juzgador

En términos formales, todos los jueces y juezas, sin distinción, tienen competencia en Ecuador para resolver sobre derechos humanos en los casos que conocen,⁴⁰ y algunos, en particular, resuelven casos específicos de violación de derechos.⁴¹ Desde esta perspectiva, tendríamos un aparato judicial garantista.

Para comprobar si lo estipulado en la norma se cumple en la práctica, conviene revisar algunos datos estadísticos e intentar responder a la pregunta: ¿la administración de justicia es una garantía ordinaria o constitucional?

Desde la Constitución de 1998, que provocó un cambio teórico inmenso en la administración de justicia al introducir una acción apta para conocer todas las violaciones de derechos, había que esperar una modificación de la estructura de la administración de justicia. Partimos del supuesto de que, antes de la Constitución de 1998, la garantía era exclusivamente liberal y que, después de 1998, la garantía es progresivamente social. Por lo tanto, esperábamos ver un antes y un después de 1998.

Para verificar si se produjo algún cambio en la administración de justicia, se tomó una muestra delimitada territorialmente a los jueces y tribunales de Pichincha y que temporalmente comparó tres momentos: 1) 1997, antes de que los jueces tuvieran el control difuso de la Constitución; 2) 1999, después de que la Constitución de 1998 entrara en vigencia, y 3) 2004-2007, cinco y diez años después de la entrada en vigor de la Constitución. Las variables de comparación fueron: el *número de jueces y juezas*, para determinar si al añadir una competencia más, ello significó un aumento en los servidores judiciales, y el *número de causas*, para determinar si los casos de amparo “competían” realmente con las causas ordinarias.

³⁹ Constitución de 2008, artículo 86.

⁴⁰ Constitución de 1998, artículo 272.

⁴¹ Constitución de 1998, artículo 95.

CUADRO 6⁴²

JUZGADOS (PICHINCHA)

	1997	1999	2004	2006	2007
Penal	19	19	20	20	20
Civil	24	24	25	25	25
Trabajo	5	5	5	5	5
Inquilinato	5	5	3	3	3
Tránsito	7	7	7	7	7
Fiscal	1	1	1	1	1
Niñez y adolescencia			4	5	5

CORTE SUPERIOR DE PICHINCHA⁴³

	1997	1999	2004	2006	2007 ⁴⁴
Salas	6	6	8	8	8
Tribunal distrital fiscal	3	3	3	3	3
T. contencioso-adm.	2	2	2	2	2
Tribunal penal	5	5	5	5	5

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Salas	1998	1999	2004	2006
Presidencia				
De lo Penal	2	2	2	3
De lo Civil y Mercantil	3	3	3	3
De lo Laboral y Social	3	3	3	2
De lo Contencioso Administrativo	1	1	1	1
De lo Fiscal	1	1	1	1

⁴² Los datos de 1997, 1998, 1999 y 2006 fueron obtenidos a través del Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal, del documento *Distributivo de sueldos 1997*. No existe un registro ni estadística sobre el número de jueces y su distribución nacional.

⁴³ Véase: <http://www.funcionjudicial-pichincha.gov.ec/corte/pichincha.php> [visita: julio de 2007].

⁴⁴ Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal, *Reporte de juzgados y tribunales*, abril de 2007, obtenido mediante petición de acceso a la información.

Como se puede apreciar, desde 1997, en el nivel de los juzgados de primera instancia se incrementó un juez de lo civil y uno de lo penal; se redujeron dos jueces de inquilinato. En la justicia ordinaria el número de jueces no cambió. En cuanto a niñez y adolescencia, por la expedición del Código de la Niñez y Adolescencia, se crearon cinco juzgados entre 2004 y 2007. En la Corte Superior, desde 2004, se incorporaron dos salas. En la Corte Suprema de Justicia se redujo una sala de lo laboral y se aumentó una sala penal.

Se hubiera podido suponer, en razón de la carga de trabajo que implicaba la incorporación del amparo, que la función judicial debería haber crecido sustancialmente, pero esto, en Pichincha, no sucedió.

Analicemos las cifras desde otra perspectiva cuantitativa. De todos los jueces que existen a nivel nacional, apreciemos cuántos de éstos tienen competencia exclusiva para resolver violaciones de derechos humanos vía amparo. Si la mayoría resuelve cuestiones ordinarias, no sería una administración de justicia garantista.

A nivel nacional, en 2004⁴⁵ existían 678 dependencias judiciales (incluidas salas, juzgados y oficinas auxiliares). Tres años después, en 2007, la cifra era la misma.⁴⁶ La justicia constitucional estaba inserta en los juzgados civiles y los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, que contaban con 254 jueces y tribunales. A primera vista, la justicia ordinaria predomina.

CUADRO 7. NÚMERO DE JUECES SEGÚN TIPOS DE JUSTICIA

Justicia exclusivamente ordinaria ⁴⁷	Justicia ordinaria compartida con la constitucional	Total de jueces
424	254	678
62%	37,40%	100%

Algo más de la tercera parte de los jueces ordinarios (37,40%) ejercía competencia constitucional, combinando sus tareas con la competencia ordinaria. La justicia constitucional, dentro del esquema ordinario, no tiene jueces de apela-

⁴⁵ Consejo Nacional de la Judicatura, *Estructura de la función judicial*, 2004.
⁴⁶ Véase Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal, *Reporte de juzgados y tribunales*, abril de 2007, obtenido mediante petición de acceso a la información, y en <http://www.funcionjudicial-pichincha.gov.ec/corte/pichincha.php> [visita: julio de 2007].
⁴⁷ En el diseño constitucional de 1998, las cortes superiores y supremas no tenían competencia para conocer causas de amparo; la apelación la conocía exclusivamente el Tribunal Constitucional. En cambio, en la Constitución de 2008, las cortes provinciales conocen las causas de protección por apelación y la Corte Constitucional discrecionalmente decide qué causas conocer.

ción ni jueces en la Corte Suprema, puesto que es el Tribunal Constitucional el que conoce en apelación.

Preguntémonos, en términos también numéricos, cuál es el peso de la justicia constitucional dentro de la tarea de esos jueces ordinarios que representan 37,4% del total de jueces. La pregunta vendría a ser: ¿es el amparo un recurso excepcional en la judicatura ordinaria? Para responderla presentamos en el cuadro 8 el número de amparos conocidos por los juzgados de lo civil de Quito, dentro del total de causas correspondientes a 2006.

CUADRO 8. CAUSAS ORDINARIAS Y AMPAROS CONOCIDOS POR JUZGADOS
CIVILES DE QUITO, 2006

<i>Juzgados</i>	<i>Total de causas</i> ⁴⁸	<i>Amparos</i> ⁴⁹	<i>%</i>
Primero	1284	36	2,8
Segundo	1278	35	2,7
Tercero	1282	36	2,8
Cuarto	1282	35	2,7
Quinto	1274	34	2,6
Sexto	1272	30	2,3
Séptimo	1271	34	2,6
Octavo	1272	36	2,8
Noveno	1272	29	2,2
Décimo	1278	37	2,8
Décimo primero	1276	36	2,8
Duodécimo	1285	35	2,7
Décimo tercero	1272	40	3,1
Vigésimo	1283	38	2,9
Vigésimo primero	1282	34	2,6
Vigésimo tercero	1268	37	2,9
Vigésimo cuarto	1262	37	2,9
Vigésimo quinto	1237	34	2,7
Total	22.930	633	2,76

⁴⁸ Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales, Palacio de Justicia, lista de causas ingresadas por cada judicatura, del 2 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2006. Información obtenida mediante petición de acceso a la información.

⁴⁹ Departamento de Informática del Consejo Nacional de la Judicatura, oficio No. DI-CNJ-DDP-2007-R151, del 17 de abril de 2007.

De cada cien causas que conocen los juzgados civiles en Pichincha, algo menos de tres son constitucionales. De 22,930 casos, 22,297 se refirieron a problemas de carácter civil-patrimonial y apenas 633 casos eran causas relacionadas con derechos humanos. Se pueden formular, entre otras, dos hipótesis: no se violan los derechos humanos en el Ecuador, o el sistema de amparos no funciona. La primera es improbable, y para demostrarlo basta ver las cifras de pobreza que reflejan violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos sociales. La otra hipótesis es la que confirman las cifras.

En los siete juzgados correspondientes a otros cantones de Pichincha, en 2006, aparecieron 114 amparos entre 4,143 causas, lo que arrojó el mismo porcentaje que en Quito: 2,76%.

Si comparamos el juez que más ha conocido amparos (cuadro 8, Juzgado Décimo Tercero), éste lo ha hecho en un 3,1%, y el que menos en 2,2% (Juzgado Noveno).

Las cifras evidencian que la competencia constitucional de los jueces civiles es apenas ejercida. Los jueces civiles se encargan, sobre todo, de aquellos asuntos que han conocido tradicionalmente y no de los conflictos sobre derechos constitucionales.

La situación se hace algo más dramática si consideramos los casos en que los abogados y abogadas utilizan el amparo para agilizar o entorpecer causas propias de la jurisdicción ordinaria; es decir, que las acciones de amparo no responden a violaciones de derechos primarios. Otro ribete dramático proviene de aquellos casos en que los jueces se han negado a admitir causas atinentes a derechos constitucionales por defectos de forma, y que ni siquiera constan en los registros del Consejo Nacional de la Judicatura. Si a esto sumamos los amparos rechazados, el número total de acciones de amparo que han cumplido su finalidad de proteger derechos disminuiría considerablemente.

A los datos cuantitativos acerca del limitado impacto del amparo, podemos sumar las percepciones de los jueces acerca de estas acciones: ¿cómo perciben los jueces su competencia constitucional al resolver las acciones de amparo?

En busca de las percepciones de los 15 jueces entrevistados⁵⁰ que resolvieron ese 2,76% de las causas que ingresan, se les preguntó sobre el número de causas, el tiempo en el que resuelven, el número de casos que deniegan y el número de casos que aceptan, los relacionados con derechos sociales, cómo se sentían frente a los amparos y si tenían capacidad para resolver amparos.

Los jueces tienen percepciones distintas en cuanto al número de causas ingresadas. Tres jueces tenían una percepción correcta sobre el número de casos

⁵⁰ Entrevistas a quince de los dieciocho jueces de lo civil en el cantón Quito, entre mayo y julio de 2007.

que conocen; nueve jueces afirmaron conocer tres veces más amparos de los que constan en el registro, y otros tres no tenían idea al respecto. La percepción sobredimensionada de las causas parecería reflejar una visión del amparo como carga de trabajo.

En cuanto al tiempo que utilizan semanalmente para resolver y tramitar las causas de amparo, cinco jueces consideraron que de cinco días útiles, uno lo dedican a resolver amparos; ocho jueces dijeron que dejan de un lado todo y a veces resolver un caso les toma una semana entera; dos jueces dijeron que depende de los casos y que no podrían precisar.

Los jueces que afirmaron que dedican al amparo la quinta parte de su tiempo, reconocen que el amparo es marginal, percepción que corresponde con el pequeño número de causas que conocen. Parecería que, en cambio, la mayoría de los jueces intentaron demostrar que para ellos el amparo era prioritario. De los otros dos jueces, podría pensarse que el tiempo que dedican a los amparos es tan corto que no les representa nada.

Preguntamos a los jueces su percepción en relación con los amparos concedidos y negados. Dos jueces dijeron desconocer el número de unos y otros. Un juez consideró que se admite la mitad de los amparos. Otro entrevistado consideró que 85% de los casos corresponde a aceptaciones del amparo. Pero once jueces sostuvieron que la mayoría de amparos son negados.⁵¹

Dado que el amparo implica la responsabilidad de controlar el ejercicio del poder del Estado, acaso sea más fácil y menos comprometedor negar amparos. Llama la atención que tres jueces sostuvieran que aceptan entre 1% y 2% de los amparos.

Dado que la Constitución de 1998 protege mediante el amparo todos los derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente, tanto los derechos civiles como los sociales, interesaba saber en qué cantidad llegaban a los jueces civiles casos sobre derechos sociales. De los quince jueces entrevistados, seis dijeron no recibir ni un caso de éstos; cuatro dieron datos inferiores a 3%; uno afirmó que 80% de los amparos tiene que ver con derechos laborales; otros dos dijeron que muy pocos, y tres jueces dijeron no saber.

Preguntamos a los jueces si consideraban la competencia constitucional como un reto, una carga, una función social, si les era indiferente, si se veían en ella como garantes de los derechos humanos o si la consideraban una atribución impertinente por la materia en que son especialistas.

⁵¹ La proporción de estos jueces fue aceptado/negado, respectivamente: 20/80, 25/75, 2/98, 1/99, 10/90, 10/90, 30/70, 10/90, 20/80, 1/99, 10/90.

CUADRO 9. EL AMPARO VISTO POR LOS JUECES

<i>¿Qué es para usted el amparo?</i>	<i>Número de jueces</i>
Carga	4
Reto	1
Indiferente frente al amparo	1
Función social	0
Garante de la Constitución y derechos humanos	9
Impertinencia por la materia	2

Las respuestas fueron matizadas y algunos jueces escogieron más de una opción (de ahí la variedad de resultados). Si bien la mayoría se ve como garante, a muchos les parece inconveniente este encargo. No les parece que deben conocer los amparos por ser una materia muy especializada, por tener mucho trabajo en su competencia ordinaria y porque deben resolver los amparos en tiempos muy breves. Seis de los quince jueces no se veían como garantes ni de la Constitución ni de los derechos humanos. Estos seis jueces son los mismos que dijeron rechazar los amparos en un 99%; son jueces que simplemente no están cumpliendo con su función y, en términos jurídicos, probablemente están prevaricando al incumplir normas constitucionales. Puede afirmarse, en pocas palabras, que una parte de los jueces de lo civil trabaja “de mala gana” al resolver las acciones de amparo.

Finalmente, se preguntó a los jueces si estaban capacitados para resolver amparos y si habían recibido capacitación. Diez jueces sostuvieron que están capacitados, y que su especialidad para conocer asuntos civiles es suficiente para resolver amparos. Cuatro jueces contestaron que no se consideran adecuadamente capacitados, y un juez contestó que no podría responder. Algunos jueces reconocieron que la competencia constitucional es distinta a la civil, que requieren conocimientos especializados y que podrían equivocarse. Otros jueces, a pesar de reconocer haber sido capacitados, dijeron no tener idea alguna sobre ciertos temas constitucionales, como los derechos difusos. Otros afirmaron que ya tienen experiencia y que el tiempo les ha dado la técnica para resolver amparos, reconociendo que un juez civil que se inicia tendría serias dificultades. Un juez consideró “que se ha prostituido la acción de amparo porque interponen por todo”. Otro juez afirmó que del derecho civil se derivan todas las ramas del derecho: “el derecho civil es derecho común del cual nacen las otras ramas del derecho, y si no se sabe derecho civil no se sabe nada”.

Ocho jueces afirmaron haber recibido capacitación y siete que no la recibieron. La capacitación, según los jueces, correspondió en gran parte a una iniciativa particular y, en pocos casos, a iniciativa del Consejo Nacional de la Judicatura.

En la Asamblea Constituyente se discutió si, ante la realidad de jueces y juezas ordinarios que no asumieron la competencia constitucional de forma adecuada, convenía la creación de una jurisdicción especial constitucional. Por un lado se argumentaba que si los jueces y juezas no han resuelto ni los conflictos privados y contractuales de forma adecuada, peor lo harían si se le añade la competencia constitucional. También se dijo que tenían una excesiva carga de trabajo y que lo único que se hacía era aumentar el número de causas a resolver. Por otro lado, como la experiencia colombiana demostraba, la función judicial podía asumir un rol de protector de derechos y acercarse más a la conflictividad cotidiana de la gente al ser víctima de violaciones a sus derechos en todos los ámbitos de la vida. Pesaba, por último, un argumento práctico: presupuesto y distribución territorial. Conseguir jueces y juezas especializados significaba una erogación presupuestaria difícil de conseguir y, aún consiguiéndola, se hubiesen tenido jueces y juezas constitucionales sólo en los lugares más poblados; en cambio, si se les daba a los jueces y juezas la competencia constitucional se tenía ya una capacidad operativa instalada. Sin duda, la apuesta fue mala a corto plazo, pero a largo plazo, con adecuados programas de capacitación, se apostó por constitucionalizar la función judicial y darles la oportunidad de aplicar la Constitución en los conflictos jurídicos con relevancia constitucional.

La Constitución de 2008, entonces, reforzó la idea de que todo juez o jueza puede ser competente para conocer las acciones de protección: “será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos [...]”⁵²

10. Conclusiones

- 1) El amparo de 1998 tenía deficiencias normativas en el diseño constitucional que no eran graves y que podían ser corregidas jurisprudencialmente, tales como la legitimación activa, sustentada en el concepto de derecho subjetivo, y la legitimación pasiva, concentrada en el Estado, que son formalmente corregidas por la Constitución de 2008.
- 2) La práctica jurisprudencial ecuatoriana no ha estado a la altura de los desarrollos doctrinarios para hacer que la acción de amparo cumpla con

⁵² Constitución de 2008, artículo 86 (2).

- el objetivo de proteger derechos constitucionalmente reconocidos y que nunca antes tuvieron mecanismos judiciales. Actualmente, la Corte Constitucional, que sólo conoce las acciones de protección mediante selección y ya no por apelación, no ha desarrollado aún la jurisprudencia para determinar si están cumpliendo con los mandatos de garantía de derechos.
- 3) El amparo ha sido utilizado como un mecanismo para exigir derechos patrimoniales y contractuales. Por ello, la normativa desarrollada después de la Constitución de 2008 pretende corregir esa práctica al establecer el principio de subsidiariedad: los derechos que han tenido tradicionalmente vías ordinarias no podrán utilizar vías constitucionales.
 - 4) La legitimación activa del amparo “por sus propios derechos” no es adecuada para reclamar derechos de personas que no tienen conocimiento de que están siendo violados sus derechos y fomenta sociedades no solidarias. La legitimación que trae la Constitución de 2008, *actio popularis*, es la más adecuada para corregir las prácticas y los actos violatorios de los derechos.
 - 5) La legitimación pasiva del amparo de 1998 está asociada directamente con violaciones producidas por el Estado o por quien éste ha autorizado a prestar servicios públicos. Ésta es una forma restringida de considerar la protección de derechos, que no considera que los derechos humanos pueden ser vulnerados por cualquier actor con poder económico, político o físico, aun si no es servidor o servidora público. La legitimación activa de la Constitución de 2008, en cambio, vincula a los derechos tanto a los particulares como a los funcionarios de Estado. Todo poder, político, económico o social, cuando viola derechos, puede ser objeto de una acción de protección de derechos.
 - 6) La garantía debe funcionar para dar protección a las personas o grupos humanos que se encuentran en situación de violación de derechos. Conviene distinguir las acciones que tienen vías procesales ordinarias de aquellas que no la tienen, y que se conocen como derechos primarios o derechos contra poder, como hace la legislación desarrollada a partir de la Constitución de 2008.
 - 7) Los jueces y juezas no argumentan fáctica ni jurídicamente sus resoluciones, lo que es una grave violación al principio de motivación. Los hechos deben ser probados y los derechos interpretados. La Constitución de 2008 y la ley que la desarrolla establecen parámetros para evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad de los jueces y juezas.
 - 8) La violación de un derecho genera la obligación de reparación. La reparación ha sido entendida de forma harto restrictiva. Los jueces y juezas no han establecido las medidas de reparación, y cuando lo han hecho se han

limitado a la comprensión de los efectos patrimoniales de la violación. La Constitución de 2008 establece la concepción de reparación integral, de igual modo como ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- 9) No se puede establecer la eficacia del amparo y no se tiene conocimiento oficial sobre el cumplimiento de las resoluciones de amparo. La Constitución de 2008 establece que un caso no se cierra con la expedición de la sentencia sino con la reparación cabal de la violación de derechos.
- 10) Los jueces y juezas tienen una formación civilista y formal, lo que hace que no valoren la importancia de las garantías de derechos y que, cuando las conocen, las resuelvan con los criterios propios del derecho privado.
- 11) La capacitación de los jueces y juezas resulta un imperativo en materias tales como teoría general de derechos humanos, interpretación constitucional y argumentación jurídica.
- 12) El amparo no ha cumplido con la finalidad fundamental de proteger todos los derechos y de todas las personas. Su uso y aplicación se ha restringido a los derechos patrimoniales y de personas privilegiadas. Esta distorsión debe ser corregida. La Constitución de 2008 tiene normas más explícitas, claras y amplias para proteger derechos, pero no deja de ser una norma que depende para su cumplimiento de los operadores de justicia y también de una ciudadanía activa.
- 13) El registro de ingreso de causas, procedimientos, resoluciones y cumplimiento no es unificado y es harto incompleto. Urgen, para poder apreciar el funcionamiento de la garantía jurisdiccional, sistemas de registros completos y accesibles al público.
- 14) Parecería que la reforma normativa es un elemento, y no el más importante, para resolver las acciones constitucionales. Es curioso constatar que la diferencia entre la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Ecuador, en relación con la calidad de la jurisprudencia, teniendo diseños normativos similares, es enorme. ¿Qué es lo que hace que una Constitución o una acción de garantía sea efectiva en un lugar y no en otro? Sin duda, una de las respuestas la encontramos en la cultura jurídica. Nuestra cultura jurídica, basada en una educación formal-memorística, difundida por todas las universidades del país, lo único que hace es perpetuar una administración de justicia que tramita expedientes de forma burocrática y no resuelve conflictos sociales.⁵³

⁵³ Sobre este tema véase ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO. "Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial", en ANDRADE, SANTIAGO y ÁVILA, LUIS. *La transformación de la justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, v&tm Gráficas, 2009, Serie Justicia y Derechos Humanos, t. 8.

Los funcionarios de Estado, y entre éstos en particular los jueces cuando ejercen competencias constitucionales, deben tener una “disposición política a materializar el proyecto de Estado social de derecho y de defensa de los derechos fundamentales”.⁵⁴ El Estado constitucional de derechos y justicia exige jueces que ejerzan el control constitucional, que sean activistas y creativos. Sin éstos, cualquier reforma normativa está condenada al fracaso, y la promesa de los derechos es una ilusión. ■

⁵⁴ LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, Legis, Bogotá, 2004, p. 449.