

UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TÍTULO:

“LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL ECUADOR, SU NO RESIDUALIDAD Y APLICACIÓN INDISCRIMINADA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA”

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

ELABORADO POR:

AB. FRANKLIN ARISTIDES CENTENO SALCEDO

Guayaquil, a los veinte días del mes de enero del 2015



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

## SISTEMA DE POSGRADO

### **CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Ab. Franklin Arístides Centeno Salcedo, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional.

Guayaquil, a los 20 días del mes de enero del año 2015

### **DIRECTOR DE TESIS**

---

### **REVISORES:**

---

---

### **DIRECTOR DEL PROGRAMA**

---



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

## SISTEMA DE POSGRADO

### DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

YO, Ab. Franklin Arístides Centeno Salcedo

#### DECLARO QUE:

La Tesis “LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL ECUADOR, SU NO RESIDUALIDAD Y APLICACIÓN INDISCRIMINADA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA” previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 20 días del mes de enero del año 2015

---

**Ab. Franklin Arístides Centeno Salcedo**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

## SISTEMA DE POSGRADO

### AUTORIZACIÓN

YO, Ab. Franklin Arístides Centeno Salcedo

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada: “LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL ECUADOR, SU NO RESIDUALIDAD Y APLICACIÓN INDISCRIMINADA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 20 días del mes de enero del año 2015

---

**Ab. Franklin Arístides Centeno Salcedo**

## TABLA DE CONTENIDOS

**TEMA:** “LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL ECUADOR, SU NO RESIDUALIDAD Y APLICACIÓN INDISCRIMINADA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA”

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I:</b> .....	4
<b>EL PROBLEMA</b> .....	4
PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN .....	4
Antecedentes .....	4
Descripción del Problema .....	4
Justificación .....	5
PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN .....	6
OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS .....	7
<b>CAPÍTULO II:</b> .....	9
<b>MARCO TEÓRICO</b> .....	9
EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL .....	9
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL .....	17
LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS .....	24
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN ...	31
CONCEPTO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN .....	36
OBJETO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN .....	39
NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN .....	47
CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN .....	52
CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN .....	60
LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA .....	63

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL ..	65
LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO UNA ACCION NO RESIDUAL ..	71
<b>CAPÍTULO III</b> .....	78
<b>METODOLOGÍA</b> .....	78
MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN .....	78
PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN .....	79
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	81
<b>ANÁLISIS DE RESULTADOS</b> .....	81
PRESENTACIÓN DE RESULTADOS .....	81
<b>CAPÍTULO V</b> .....	89
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	89
CONCLUSIONES .....	89
RECOMENDACIONES .....	90
<b>PROPUESTA</b> .....	92
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	94
<b>ANEXOS</b> .....	97

## INTRODUCCIÓN

La vigencia de un Estado constitucional de derechos y justicia exige que se adopten de parte del ente estatal los mecanismos constitucionales para que haya una protección eficiente a los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno y en los instrumentos internacionales a favor de las personas.

Sobre la base anterior, es que en la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el registro oficial del 20 de octubre del 2008, y sustentada dogmática y teóricamente en los postulados del neoconstitucionalismo, se incorporan las denominadas garantías jurisdiccionales que pretenden convertirse en medios eficaces para asegurar la protección y vigencia de los derechos fundamentales, cuando estos hayan sido vulnerados o cuando exista amenaza de vulneración, como un medio de asegurar la ordenada convivencia social y la verificación de un régimen de justicia y equidad.

Entre las garantías jurisdiccionales incorporadas en el Ecuador, se encuentra la denominada acción de protección, cuyo propósito esencial es el de convertirse en un medio inmediato y eficaz de brindar protección a los derechos que están reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, de los que han sido definidos por la Corte Constitucional, y en definitiva de aquellos derechos indispensables para el desarrollo individual y el convivir social de las personas, que no tienen una protección efectiva mediante las demás garantías jurisdiccionales incorporadas.

Es decir la acción de protección se convierte en el mecanismo eficaz a través del cual el accionante, requiere que el órgano jurisdiccional competente se ponga en acción con la finalidad de emitir las resoluciones y pronunciamientos necesarios para proteger eficientemente el derecho

vulnerado, pretendiendo que se restaure el estado jurídico de la persona antes de que haya sufrido la vulneración, por la cual concurre en reclamo de la tutela judicial efectiva que debe brindar el Estado.

La acción de protección, se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que es la que fija los presupuestos para la procedencia de esta acción, en los cuales se identifica una norma que trasgrede el principio constitucional de supremacía, y de que ninguna norma jurídica podrá restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República, convirtiendo a esta acción en un medio residual, ineficiente para garantizar efectivamente los derechos constitucionales de las personas.

La situación anterior genera una problemática jurídica, que da lugar al desarrollo de este trabajo investigativo, titulado: “LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL ECUADOR, SU NO RESIDUALIDAD Y APLICACIÓN INDISCRIMINADA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA”.

El trabajo investigativo contiene un primer capítulo denominado “el problema”, en donde consta el planteamiento de la investigación sustentado en la descripción de los antecedentes, delimitación del problema, los aspectos que justifican el estudio del mismo, las preguntas relacionadas con la investigación y los objetivos generales y específicos que se pretenden cumplir a través del desarrollo de la misma.

Dentro del Capítulo II, Marco Teórico, consta el sustento conceptual, doctrinario y jurídico de la investigación, basado en el desarrollo de algunos subtemas que tienen que ver con el derecho procesal constitucional, la justicia constitucional, las garantías jurisdiccionales de los derechos, para entrar posteriormente al estudio específico de la acción de protección elaborando un análisis de sus antecedentes históricos, concepto, objeto, naturaleza jurídica, características, clasificación, regulación en la Constitución de la República del Ecuador y en la Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional, para concluir con el estudio de la acción de protección como una acción no residual, y con la precisión de algunos elementos que permiten establecer como se hace un uso arbitrario e indiscriminado de esta garantía jurisdiccional en el derecho procesal constitucional ecuatoriano.

La investigación contiene además el detalle de la metodología que fue aplicada en el desarrollo del proceso investigativo, y el análisis de resultados que se basa en la exposición de la información obtenida mediante la aplicación de la técnica de la entrevista.

Todos los elementos teóricos y objetivos presentados en la investigación sirven para elaborar las conclusiones finales acerca de la misma, y para realizar el planteamiento de recomendaciones orientadas a aplicar de mejor forma la acción de protección en el derecho procesal constitucional ecuatoriano, finalidad por la cual se hace también la presentación de la correspondiente propuesta de reforma jurídica a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que forma parte de este trabajo en su parte final.

# **CAPÍTULO I: EL PROBLEMA**

## **PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **Antecedentes.**

El Ecuador, se proclama como un Estado constitucional, de derechos y de justicia social, que tiene entre sus fines primordiales garantizar la vigencia de los derechos de las personas, a través de la incorporación de mecanismos legales efectivos para protegerlos. En este contexto, en la Constitución de la República, se han incorporado las denominadas garantías jurisdiccionales, y dentro de ellas la acción de protección que tiene como propósito brindar un amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. No obstante la importancia de la acción de protección, en la sociedad jurídica ecuatoriana viene dándose un permanente debate en torno a la residualidad de dicha acción, y al empleo indiscriminado que se hace de la misma en el Ecuador debido al actuar irresponsable de quienes recurren a este mecanismo a sabiendas que no existe el fundamento legal para ello, y con la única intención de retardar el cumplimiento de las decisiones de las autoridades competentes.

### **Descripción del Problema.**

El objeto de la presente investigación, es el análisis de la acción de protección incorporada como garantía jurisdiccional en la Constitución de la República del Ecuador, desde la perspectiva histórica, jurídica, y doctrinario.

En el contexto histórico, se hará un análisis de la cronología evolutiva de la incorporación de la acción de protección en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, en la cual se abordará necesariamente lo

relacionado con el amparo constitucional que es el antecesor más próximo de la institución estudiada.

En el contexto jurídico, se hará un análisis puntual de la incorporación de la acción de protección en la Constitución de la República del Ecuador vigente y también el estudio de las normas vigentes en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Social, en cuanto tiene que ver con las características jurídicas de dicha acción, y la contrariedad que existe entre los preceptos legales y la norma suprema constitucional respecto a la residualidad de la acción de protección.

En el ámbito doctrinario se incorporarán las opiniones relacionadas con el derecho procesal constitucional, las garantías jurisdiccionales y de manera específica y más amplia se estudiarán todos los aspectos relacionadas con la acción de protección que permitan entenderla de una forma íntegra.

### **Justificación.**

Dentro de los justificativos por los cuales debe desarrollarse el trabajo propuesto, está la importancia trascendental de la acción de protección, como mecanismo a través del cual se puede dar un amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución de la República, y como aporte par que se pueda consolidar el Estado constitucional de derechos, y justicia social, en el que vivimos, y garantizar el respeto irrestricto a los derechos de las personas.

Otro aspecto que justifica el desarrollo de la investigación es el hecho de que permitirá profundizar en el estudio histórico, jurídico y doctrinario de la acción de protección, y mediante este análisis entender las razones de su incorporación en el ordenamiento constitucional ecuatoriano vigente, así como dimensionar la importancia de que esta acción sea empleada de manera adecuada en el Ecuador.

En el ámbito estrictamente jurídico la investigación se justifica porque se orienta a determinar la importancia de que la acción de protección, sea considerada con una visión no residual, que permita aplicar esta garantía como un medio efectivo de garantía de los derechos de las personas.

La investigación tiene trascendencia social por cuanto la propuesta que se presentará en la misma con la finalidad de mejorar la regulación de la acción de protección, permitirá que se garantice de mejor forma los derechos fundamentales de los ciudadanos, haciendo efectiva la seguridad jurídica y el Estado de derecho en favor de todas las personas.

### **PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.**

Al ser la acción de protección una garantía jurisdiccional incorporada en la Constitución de la República del Ecuador, como medio de protección de los derechos constitucionales de las personas, y venirse aplicando con un carácter residual y de forma indiscriminada en la administración de justicia ecuatoriana, afectando de esta manera el cumplimiento del propósito esencial de esta acción, es conveniente dar respuesta a las siguientes preguntas.

1. ¿La acción de protección viene siendo empleada de forma adecuada en la administración de justicia ecuatoriana?
2. ¿Es conveniente para la vigencia de los derechos constitucionales de las personas que la acción de protección tenga un carácter residual?
3. ¿Existen contradicciones entre las normas de la Constitución de la República del Ecuador y los preceptos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que determina el carácter residual de la acción de protección?
4. ¿Se hace un uso adecuado de la acción de protección en la práctica jurídica constitucional ecuatoriana?

5. ¿Existe un desconocimiento y una mala aplicación de la acción de protección en la sociedad ecuatoriana que contradice el propósito de esta garantía jurisdiccional?

## **OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS.**

### **Generales.**

- Analizar el régimen previsto en la Constitución de la República del Ecuador respecto a la acción de protección como garantía de amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.

### **Específicos.**

- Realizar un estudio histórico sobre la acción de protección y su incorporación dentro del régimen constitucional ecuatoriano como garantía para la vigencia de los derechos de las personas.
- Conocer a través del análisis doctrinario y jurídico el proceso evolutivo de la incorporación de las garantías jurisdiccionales en el derecho constitucional ecuatoriano
- Identificar si en la práctica jurídica constitucional ecuatoriana se hace un uso arbitrario e injustificado de la acción de protección ocasionando problemas para la administración de justicia y para los derechos de las personas
- Establecer si la acción de protección debe ser aplicada como una garantía no residual de protección de los derechos constitucionales de las personas.
- Desarrollar un estudio jurídico que confirme la contraposición a la supremacía constitucional, de los preceptos establecidos en la Ley

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sobre la procedencia de la acción de protección.

- Analizar desde la perspectiva doctrinaria y jurídica las opiniones relacionadas con la acción de protección para entenderla de una forma íntegra, con la finalidad de plantear lineamientos propositivos para la mejor regulación de esta garantía jurisdiccional en el derecho procesal constitucional ecuatoriano.

## **CAPÍTULO II:**

### **MARCO TEÓRICO**

La argumentación teórica del presente trabajo de investigación está basada en el estudio de las siguientes categorías doctrinarias que guardan una estricta relación con la problemática jurídica que es abordada como objeto central del mismo.

#### **EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

Gozaíni (2011), puntualiza objetivamente: “El derecho procesal constitucional es una ciencia nueva que se explica a partir de la relación que existe entre el Proceso y la Constitución. Vale decir que se ocupa de las instituciones procesales (garantías judiciales) insertas en las Constituciones de cada Estado; de los procesos constitucionales; y de los principios y presupuestos fundamentales que todo proceso debe aplicar en las controversias de las partes (debido proceso)”. (p. 3).

En realidad, se trata el derecho constitucional de un disciplina recientemente incorporada en el ámbito jurídico universal, y que surge para buscar explicación a la relación, que puede identificarse entre la sustanciación de un proceso en aplicación de los preceptos de la Constitución.

El derecho procesal constitucional, tiene como propósito el análisis de las instituciones procesales, o sea de las garantías judiciales que se encuentran incorporadas en el ordenamiento constitucional promulgado por cada uno de los Estados, además de ello se ocupa de regular los procesos constitucionales así como los principios y presupuestos que deben ser

aplicados en todo proceso con la finalidad de resolver la controversia entre las partes.

Ferrer (2008), plantea la ubicación del derecho procesal constitucional, dentro del derecho procesal en general, cuando menciona: “Si la disciplina que llamamos Derecho Procesal Constitucional tiene por objeto el estudio de la reglamentación de los procesos constitucionales y no va más allá, extendiéndose al estudio de las cuestiones de fondo que en ellos se debaten, es Derecho Procesal y sólo Derecho Procesal. Si por razones prácticas, quiere hacerse otra cosa y abordar cuestiones materiales relacionadas con la defensa de la Constitución, estaríamos ante un objeto híbrido que ya solo podría tratarse correctamente utilizando las técnicas de las respectivas ciencias”. (p. 9-10).

Es decir el derecho procesal constitucional, es aquel que aborda como objeto, el estudio de la regulación de los procesos constitucionales, sin ir más allá, esto le da la esencia de una disciplina jurídica ubicada de manera estricta dentro del ámbito del derecho procesal. Es importante la reflexión en el sentido de que si se pretende profundizar hacia el estudio de cuestiones de fondo que son motivo de la sustanciación del proceso constitucional, se estaría abordando un objeto multidisciplinario, que convocaría la participación de algunas otras ciencias.

Por lo tanto el objeto específico del derecho procesal constitucional, es la regulación del proceso constitucional, sin ir más allá de este propósito.

Velásquez (2010), aborda de manera concreta la delimitación y el objeto de estudio que se le atribuye al derecho procesal constitucional, y aporta además un dato histórico importante acerca de esta disciplina, al mencionar lo siguiente: “El Derecho Procesal Constitucional analiza los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos así como las jurisdicciones u órganos que conocen de estos mecanismos, su dogmática adquiere relevancia como consecuencia de la creación de los Tribunales Constitucionales europeos, es por esto que autores como Alcalá Zamora y

Castillo consideran a Kelsen como el fundador de esta rama procesal, teniendo en consideración que este inspiró la creación del Tribunal Constitucional austriaco, realizó importantes estudios sobre ésta y sin duda influyó en el constitucionalismo de otros países.

En cuanto al origen de la disciplina Fix Zamudio considera a Kelsen como el Padre de esta disciplina jurídica. Procesalistas como Néstor Sagüés y García Belaunde disiente de esta afirmación en el primer caso por cuanto a criterio de Sagüés la doctrina kelseniana sólo es una parte de lo que constituye esta rama del derecho que se complementa con otros conocidísimos procesos como el amparo, el right of error.

Por su parte García Belaunde luego de haber verificado el origen de la utilización de la expresión Derecho Procesal Constitucional, considera que N. Alcalá Zamora y Castillo es el fundador de la disciplina pues es quien fue el primero en utilizar el término Derecho Procesal Constitucional, con la intención de referiré a una nueva disciplina científico procesal” (p. 40-41).

Se plantea claramente en la cita, que el derecho procesal constitucional, tiene como propósito el estudio de los preceptos planteados en los instrumentos jurídicos promulgados con el propósito de regular y establecer los mecanismos pertinentes para proteger y garantizar la vigencia de los derechos humanos, también se ocupa de abordar lo relacionado con las reglas a través de las cuales se determina la competencia y la jurisdicción de los órganos a quien se les ha confiado de parte del Estado la potestad para aplicar estos mecanismos.

Es de relevancia destacar que en el criterio de Velásquez, autor al que pertenece la cita, se presentan elementos que permiten determinar que el desarrollo de los principios sobre el derecho procesal constitucional, se hace evidente a partir de la creación de los órganos jurisdiccionales, a los que se denominaba como Tribunales Constitucionales, en Europa, cuyo origen estuvo inspirado en los estudios y trabajos investigativos

desarrollados por Hans Kelsen, los cuales inspiraron la creación de órganos de administración de justicia constitucional.

Es conveniente precisar que no existe una aceptación general en el ámbito doctrinario respecto a que el derecho procesal constitucional, sea una disciplina absolutamente autónoma, pues existen tratadistas que lo subsumen dentro del derecho procesal general, y hay otros que lo consideran como parte del derecho constitucional.

Fix Zamudio (2002), plantea su opinión respecto al asunto de la falta de definición en cuanto tiene que ver a la autonomía del derecho procesal constitucional, manifestando:

“...la imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación entre el derecho constitucional por una parte, y el procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa e implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y otra del constitucional, aun cuando se encuentren en una situación de confluencia, lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias e la consideración de que pueden configurarse dos materias en estudio, una que podemos calificar como derecho procesal constitucional en sentido estricto, y la otra derecho constitucional procesal. El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. De distinta manera el que se puede calificar como derecho constitucional procesal examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango

constitucional a las categorías procesales de mayor importancia”. (p. 165-166).

La discusión doctrinaria sobre la ubicación del derecho procesal constitucional como una disciplina autónoma, surge fundamentalmente por la especie de vinculación innegable que se determina entre los postulados que sustentan tanto al derecho constitucional como al derecho procesal. Sin embargo los criterios predominantes entre los diferentes tratadistas, se orientan a precisar la existencia de dos materias que deben ser abordadas y estudiadas de una forma independiente, estas son el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal.

En cuanto se refiere al derecho procesal constitucional, este se refiere al estudio, análisis y fundamentación de las garantías constitucionales, describiendo todos los mecanismos de orden procesal, a través de los cuales se puede lograr la restauración de ordenamiento constitucional, cuando éste ha sido irrespetado, desconocido o vulnerado por la acción u omisión de alguno de los órganos a través de los cuales el Estado, ejerce su poder.

Por otro lado el derecho constitucional procesal, se refiere más bien a las instituciones de naturaleza procesal, que pueden ser aplicadas en relación con el derecho constitucional, mecanismos que se incorporan principalmente en el constitucionalismo moderno, en donde se les da la categoría de normas fundamentales, a algunas instituciones aplicables en el ámbito procesal, esto con la finalidad de asegurar la plena vigencia y aplicabilidad eficaz y eficiente de la garantías constitucionales.

Hernández (1995), plantea una opinión que puede servir para entender y ubicar de mejor forma al derecho procesal constitucional, al mencionar que: “en el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional. De ahí que existan diversos tipos de procesos, los cuales responden a necesidades diferentes pues los intereses en juego

son también distintos. Esta realidad propia del proceso constitucional condiciona lógicamente el contenido del derecho procesal constitucional, lo cual implica que numerosas instituciones del Derecho Procesal clásico tienen que adaptarse y hasta transformarse radicalmente para satisfacer los dos bienes jurídicos tutelados por esta nueva rama jurídico procesal". (p. 35-36).

La parte final de la cita presentada permite establecer que el derecho procesal constitucional se trata de una rama jurídica procesal nueva, confirmando con esta su autonomía e independencia, frente al derecho constitucional y al derecho procesal que son disciplinas jurídicas antiguas y tradicionales. El derecho procesal constitucional es autónomo por cuanto pretende garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional, a través del desarrollo de un proceso cuya sustanciación se orienta a tutelar los bienes jurídicos antes mencionados.

Escobar (2008), plantea con mayor claridad algunos elementos por los cuales se pronuncia por la autonomía del derecho procesal constitucional, refiriéndose a este tema en la siguiente forma:

"Para que una materia o disciplina llegue a formar una rama autónoma es preciso que tengan principios propios, importancia reconocida, generalidad, amplitud, unidad de la materia, estudios teóricos y sistematizados, un fuerte sector doctrinal que cultive la especialidad y respalde con sus argumentos a esta nueva rama, y una ley o código que regule la parte orgánica, jurisdiccional y procesal.

La autonomía del derecho procesal penal, del derecho procesal civil del derecho procesal administrativo es aceptada por un fuerte sector doctrinal; pero todavía se discute la autonomía del derecho procesal del trabajo y del derecho procesal constitucional, aunque la tendencia ya generalizada es otorgarle autonomía a este último.

Personalmente creo que nuestra materia cumple con todos los requisitos antes enumerados para ser una rama autónoma del derecho. Veamos.

a) Tiene sus propios principios y si algunos principios, valores, reglas y garantías son compartidos con otras ramas del derecho (por ejemplo derecho penal y derecho civil) porque nacieron dentro de ellas, en el fondo son derechos y garantías que por su propia naturaleza constitucional se han ido incorporando a la Constitución, base fundamental de nuestra materia.

b) La Constitución es la ley más importante del ordenamiento jurídico, la ley de leyes, la ley fundamental y jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico, en cuyo cumplimiento está interesado todo el pueblo, porque ella encierra su forma de ser y querer. Para tal propósito, es indispensable un procedimiento que asegure la observación de la Constitución y se reparen en su caso los perjuicios causados por su violación o burla.

c) El derecho constitucional es actualmente el centro del derecho, ya que irradia todo el ordenamiento jurídico y éste se interpreta dentro del marco constitucional. Esta generalidad es comunicada al derecho procesal constitucional que tiene que cubrir esa amplitud.

d) Son muchos los países que han promulgado leyes orgánicas sobre procedimiento constitucional, entre ellas El Salvador, Honduras, Guatemala y Costa Rica; y códigos procesales constitucionales como los de la provincia de Tucumán (Argentina) y Perú. A esto debe agregarse la generalización de salas constitucionales y tribunales constitucionales. En América ya existen tribunales constitucionales en algunos países, y en Europa son muy generalizados, lo que demuestra la importancia de la justicia constitucional.

e) Existe abundante bibliografía sobre nuestra materia. Las investigaciones y estudios son muy avanzados, sistemáticos y penetrantes.

En agosto de 2003, el Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional se convirtió en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, bajo el impulso de renombrados procesalistas constitucionales como Héctor Fix-Zamudio, Cappelletti, Néstor Pedro Sagüés, Fernández Segado, García Belaunde, Hernández Valle diego Valadés, Pérez Tremps, Ferrer Mac-Gregor, Nogueira Alcalá, Rey Cantor y otros. Posteriormente ve la luz, auspiciado por el Instituto, la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, con tres números en circulación, donde escriben los más prestigiosos expositores de esta materia.

El Instituto Mexicano de Derecho Procesal auspicia la publicación de obras de derecho procesal constitucional, con la finalidad de satisfacer inquietudes de los especialistas, teniendo en mente el incremento de las investigaciones especializadas en los países latinoamericanos.

Por otra parte, en varios países se organizan institutos, academias, seminarios, encuentros, coloquios y conferencias.

f) Su estudio es tan importante que se ha incorporado como materia independiente en programa de muchas universidades.

g) Existe un fuerte movimiento de procesalistas y constitucionalistas que cultivan esta nueva disciplina, y que evidentemente se decantan a favor de la autonomía. Debemos reconocer que no faltan voces en contra de su autonomía, llegando a reconocer únicamente autonomía pedagógica y expositiva.

h) El estudio comparado de los sistemas del control de la constitucionalidad de los diversos países y su jurisprudencia enriquece y amplía nuestra materia". (p. 420-421)

Efectivamente, la argumentación que presenta el autor, permite establecer algunas premisas sobre la base de las cuales, se concluye que el

derecho procesal constitucional, es una disciplina autónoma e independiente entre las que están: se sustenta en principios propios; es indispensable que a través de una disciplina específica se establezca el procedimiento para garantizar la vigencia de la Constitución y para que se adopten las acciones necesarias ante la inobservancia de sus normas; en muchos países y también en el Ecuador existen ordenamientos jurídicos específicos para regular el procedimiento constitucional; se ha desarrollado amplia doctrina sobre el derecho procesal constitucional, y la academia promueve en el contexto nacional e internacional la ejecución de algunos eventos en donde se discuten temas sobre esta disciplina y se plantean temas para su mejor aplicación; igualmente desde el punto de vista académico es necesario destacar que el derecho procesal constitucional forma parte como una asignatura independiente que integra el pensum impartido a los estudiantes de nivel universitario; muchos tratadistas del derecho procesal constitucional en sus obras se han pronunciado categóricamente por su autonomía.

Los elementos que puntualiza el autor de la cita, constituyen argumentos sustanciales para concluir que el derecho procesal constitucional es una disciplina autónoma, y así es concebido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano donde en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se norma el procedimiento que se sigue para la aplicación de cada una de estas garantías, existiendo además muchos tratadistas que se han dedicado a estudiar esta rama, y siendo evidente la incorporación de la misma dentro de la formación de los profesionales del derecho y de aquellos abogados en que han optado por esta especialización.

## **LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

Es conveniente iniciar el desarrollo de este tema conociendo un poco la génesis de la justicia constitucional, referida brevemente en la siguiente referencia bibliográfica, aportada por Bustamante (2012).

“La utilización de la expresión “justicia constitucional” es de origen francés y se la usa como costumbre, facilidad léxica en ese país, y permite situarla al lado de otras justicias: la civil; la penal la administrativa; la tributaria; la agraria y otras. E incluso, cuando se ha teorizado se ha hablado de justicia, si así se hace en cierto sentido, en Italia, pero otros procesalistas hablan de “jurisdicción constitucional”. Por lo tanto tenemos una problemática procesal que deberá ser analizad por una nueva disciplina que se llama “Derecho Procesal Constitucional”, que actualmente tiene predominio. Por consiguiente, el Derecho Procesal Constitucional es la vía instrumental de cómo se llega a la defensa de la Constitución sea en su ámbito dogmático o en su carácter orgánico.

La Justicia Constitucional nace en 1803, con la famosa sentencia norteamericana en el caso Marbury contra Madison dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, cuyo titular fue el magistrado John Marsall; posteriormente, en 1920, surge el modelo concentrado de Justicia Constitucional diseñado por Hans Kelsen. Sin embargo, tenemos como antecedente, “BONHAM”, el célebre caso de 1610, en el que el juez Coke se atrevió a poner coto a las facultades del Parlamento Inglés, contribuyendo a asentar una tradición de Gobierno limitado”. Por lo tanto, la Justicia Constitucional existe en todos los sistemas de Estado Constitucional de derechos y democráticos, en la medida que se controla la constitucionalidad de las leyes y se sanciona la violación a los derechos y libertadas consagradas en la Constitución”. (p. 171-172).

Se extrae como elemento interesante del aporte doctrinario presentado en líneas anteriores, que la denominación de “justicia constitucional”, tiene su origen en el derecho francés, en donde fue empleada con la finalidad de distinguirla de la aplicable con fundamento en las demás disciplinas del derecho, según las cuales existe también la justicia penal, justicia civil, entre otras.

Se determina como antecedente, que la justicia constitucional tiene su nacimiento a partir de la expedición de la sentencia en el mundialmente

conocido caso, denominado como Marbury contra Madison, que fue dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica en el año de 1803, lo que da paso a que más tarde se plantee el modelo concentrado de justicia constitucional, cuyo diseño se atribuye a Hans Kelsen, esto por el año de 1920.

No obstante, existen datos que permiten establecer que en el año de 1610, existió el renombrado caso “BONHAM” sustanciado ante un juez inglés quien emite un fallo que se considera como el primer antecedente histórico a partir del cual se consagra el principio de supremacía constitucional, pues afirma la vigencia del debido proceso sobre las decisiones y actos del parlamento, consolidando de esta forma la idea de la exigencia de un gobierno con poderes limitados, por lo que debería considerarse que el primer antecedente acerca de la administración de justicia constitucional es éste, donde sobre la base de un principio tradicional como la supremacía constitucional, se garantizó el debido proceso como derecho fundamental, a través del cual se limita el ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado y de los órganos que lo representan.

Es conveniente resaltar en relación a la parte final de la nota comentada, que la justicia constitucional en la actualidad es aceptada en todos los regímenes instituidos bajo el Estado Constitucional de Derecho, en donde está vigente la democracia, y que se hace efectiva en tanto y cuanto se logra controlar la constitucionalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico y se sanciona la vulneración de los derechos y libertades consagrados en la Constitución en favor de los ciudadanos.

Chanamé (2010), presenta en cambio una conceptualización acerca de la justicia constitucional, cuando escribe sobre ella:

“Consiste fundamentalmente en velar por la sumisión de la Administración a la Ley, por la subordinación de los Tribunales al Derecho legislado y por el respeto debido del Parlamento a la Constitución, de forma que su jurisdicción defienda y garantice los preceptos que le dan contenido.

Justicia constitucional, se expande en una doble orientación, haciendo referencia tanto a la existencia de una norma o ley fundamental limitadora del poder como a la actividad de un Tribunal con jurisdicción dedicada a garantizar los derechos de la persona, mediante unos cauces procesales propios.

Las esencias ideales de ambos componentes aparecieron en los albores de la cultura europea empero la expresión Justicia Constitucional es el producto de una lenta elaboración conceptual, - en el largo peregrinaje de la humanidad hacia la libertad-, que aúna una compleja carga de sentido jurídico, procesal, filosófico político y social, porque la progresión mediante la cual se ha podido llegar a considerar la Constitución como una súper ley escrita, definidora de los límites del poder con expresión explícita de los derechos fundamentales, ha sido por demás complejo hasta alcanzar el Estado de Derecho". (p. 342).

Tomando la parte inicial de la cita se entiende que la justicia constitucional, está plasmada en el cumplimiento de las normas constitucionales, de forma que se garantice fielmente los preceptos contenidos en ellas.

En verdad, como lo plantea el autor, la justicia constitucional, está orientada principalmente a garantizar que las decisiones de los tribunales de justicia, estén subordinados al ordenamiento jurídico y de manera especial a lo establecido en la Constitución como norma suprema de todo Estado de derecho.

La justicia constitucional según el criterio comentado, está basada en la existencia de una norma fundamental, la Constitución, que limita el ejercicio del poder, y en la actividad que desarrollan los tribunales con jurisdicción para administrar justicia constitucional, con la finalidad de garantizar los derechos de las personas, siguiendo para ello los procedimientos pertinentes.

Díaz (2004), hace su planteamiento respecto al tema manifestando: “Podemos entender que justicia constitucional es el conjunto de procedimientos y mecanismos jurisdiccionales que tienden a la garantía jurídica de los preceptos de la Norma Fundamental, pudiendo incluir, en un sentido amplio, aquellos que aunque no tengan este objeto específico permiten contribuir a la garantía de la supremacía constitucional”. (p. 13).

Se asume a la justicia constitucional, como aquella representada por la aplicación de un conjunto de procedimientos y mecanismos jurisdiccionales, que pretenden garantizar la vigencia jurídica de los preceptos establecidos en la Constitución, y también de aquellos que aunque no tienen esta finalidad específica, procuran que se cumpla efectivamente con la supremacía de la norma constitucional.

Sobre la relación entre la justicia constitucional y el Estado de derecho, en la obra de Torres (2003), encontramos la siguiente puntualización: “La Justicia Constitucional contribuye a que exista un verdadero Estado de Derecho en medio de democracias pluralistas en las que las mayorías tienen el poder de decisión. Sin embargo, no faltan quienes sostienen que la idea misma de justicia constitucional atenta contra el pluralismo, condición básica de las democracias contemporáneas, pues, para ellos solo la libre expresión de las mayorías hace a una sociedad más democrática” (p. 43).

En verdad existe una relación entre la aplicación de la justicia constitucional eficiente y la vigencia del Estado de Derecho, especialmente en las sociedades que viven bajo un régimen democrático, en donde se hace evidente la existencia de un pluralismo político e ideológico, en el cual las mayorías tienen el poder de decidir. Existen posiciones en contrario en el sentido de asegurar que la aplicación de la justicia constitucional, sirve para acallar el pluralismo, criterio que se aplica especialmente en los regímenes democráticos de la actualidad, en donde únicamente la garantía de la libre expresión de las mayorías, hace que la sociedad tenga una mayor democracia.

Zavala (2011), plantea un importante comentario sobre la justicia constitucional, en los siguientes términos: “La identidad que se encuentra entre los procesos cuyo objeto es el control de la supremacía constitucional y los que tienen por fin garantizar la libertad de las personas, que es la base común para erigir la Justicia constitucional en nuestro Estado, es la que, en ambos casos, las decisiones judiciales se fundamentan en una norma constitucional como decisoria litis, se decide judicialmente en base a la interpretación-aplicación de la Constitución tomada en su integralidad o, si se prefiere, como estructura normativa única, plena y coherente.

Se implanta justicia constitucional en una sociedad política cuando hay un efectivo ejercicio del control de la supremacía constitucional y cuando se practica una efectiva tutela o protección a la libertad de las personas y existe en tanto se sirva ambos objetivos, independientemente de su organización y funciones asignadas a los órganos establecidos para ello.

Sin embargo, sólo habrá el membrete de justicia constitucional en los países en los cuales los jueces no sean independientes para tomar las decisiones jurídicamente justas y los gobiernos los logren persuadir, por temor o favor, a decidir de acuerdo a su consignas para así, en forma fraudulenta, sepultar a la democracia, dando rienda suelta a sus afanes despóticos y totalitarios, convirtiendo la Constitución y el discurso oficial en máscara que encubre una urdimbre purulenta de acciones políticas ejecutadas contra la libertad y la dignidad del ser humano”. (p. 101)

La base primordial en la que se erige la justicia constitucional, está representada por la identificación entre los procesos que tienen por finalidad aplicar la supremacía constitucional con la finalidad de garantizar la libertad de los seres humanos, esto se hace efectivo cuando las decisiones judiciales están fundamentadas en los preceptos constitucionales y en la interpretación y aplicación de dicha normativa de una forma integral, aplicándola desde una perspectiva única, plena y coherente.

Los Estados actuales están caracterizados por una profunda influencia política en el control estatal, en estos regímenes la justicia constitucional se efectiviza al ejercer el control de la supremacía de la Constitución y garantizar la tutela o protección eficiente de los derechos de las personas, estos propósitos deben verificarse independientemente de la organización y funcionamiento de los órganos asignados para la aplicación de la justicia constitucional.

El autor advierte claramente que la justicia constitucional se convierte sólo, en un mero enunciado, cuando los jueces y los órganos administradores de justicia no actúan con absoluta independencia en la toma de las decisiones judiciales, y estén sometidos a la influencia política de los gobernantes, que los conducen a resolver los procesos constitucionales de acuerdo a su conveniencia, contribuyendo a que a través de esta sustanciación fraudulenta de los procedimientos se desestabilice la democracia y se favorezca la consolidación de regímenes basados en el despotismo y el totalitarismo, convirtiendo el texto de la Constitución en un telón que sirve para disfrazar las acciones políticas que están encaminadas de manera directa a conculcar la libertad y la dignidad de los seres humanos.

La justicia constitucional puede resumirse en la aplicación coherente y efectiva de la supremacía constitucional, y de las normas y principios establecidos en la Constitución de la República, en protección de los derechos y garantías de los ciudadanos a través de la sustanciación de un procedimiento ajustado al debido proceso que realice el ideal de la justicia y que confirme la vigencia del Estado de derecho, basado en la aplicación plena de la normativa constitucional; pero lamentablemente existen muchos casos en que la administración de justicia dentro del proceso constitucional no se ajusta a estos lineamientos, sino que se vuelve sumisa y obediente a la imposición proveniente del poder político, dejando de lado principios trascendentales como la autonomía y la independencia de la Función

Judicial, que deben aplicarse en la sustanciación de todos los procesos, y obviamente tienen que ser de ineludible cumplimiento en materia de justicia constitucional.

## **LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS**

Dentro de la recopilación teórica que se está realizando para sustentar el trabajo investigativo, es conveniente tener una noción general acerca de las garantías jurisdiccionales de los derechos, para lo cual se abordará el estudio de los planteamientos que se han realizado desde la doctrina.

Arciniega (2011), presenta en un criterio sencillo su opinión acerca de lo que debe entenderse por garantías jurisdiccionales, en el cual plantea lo siguiente:

“En las democracias constitucionales los jueces son los principales protectores de los derechos reconocidos en la Constitución y demás instrumentos internacionales de derechos humanos. Para hacer efectiva esta protección, verifican que los actos del Estado o los particulares se ajusten a la Constitución y lo hacen tramitando y decidiendo las acciones de garantía.

Las garantías son instrumentos o mecanismos que tienen un carácter reactivo. El ciudadano puede utilizarlos para exigir el restablecimiento o preservación de sus derechos constitucionales cuando estos hayan sido vulnerados”. (p. 17).

En aquellos Estados regidos bajo un sistema de gobierno democrático, y un ordenamiento jurídico donde existe la supremacía constitucional, el deber de proteger los derechos de las personas reconocidos en el contexto nacional e internacional, corresponde a los jueces que dentro del ámbito de su jurisdicción y competencia están en la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proteger ese derecho contra toda posibilidad de vulneración, o cuando los mismos han sido

conculcados. En este sentido el deber de los jueces constitucionales, se traduce por lo tanto, en garantizar y asegurar que todos los actos del poder público o de las personas particulares, se adapten plenamente a los preceptos constitucionales, ello se logra mediante la aplicación de las acciones de garantía, nombre doctrinariamente adoptado, para hacer referencia a lo que jurídicamente se denomina como garantías constitucionales.

De lo dicho anteriormente se puede colegir que las garantías constitucionales, tienen una característica que las identifica como la reacción ante la vulneración de un derecho, que el ciudadano exige de parte de los órganos competentes de la administración de justicia, con la finalidad de que se restablezca o preserve tales derechos. Explicando un tanto más este asunto se puede establecer que lo que busca el ciudadano al interponer una acción relacionada con la garantía jurisdiccional, es la reacción del Estado en el sentido de que este tome las acciones y disponga las medidas suficientes para resarcirle de la agresión ilegítima de que ha sido objeto a consecuencia de una acción u omisión ilegal.

Jaramillo (2009), plantea una apreciación bastante sucinta pero importante acerca de las garantías jurisdiccionales, al asumirlas así: “Son aquellas que nos permiten ejercitar el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces”.

Es decir que las garantías jurisdiccionales, son las que agrupan todos aquellos mecanismos a través de los cuales es posible ejercer una acción, con la finalidad de acceder a la tutela judicial efectiva de nuestros derechos por parte de los jueces competentes.

Añón (2004), manifiesta: “Las garantías jurisdiccionales, por su parte, pueden entenderse como deberes secundarios de actuación que las normas constitucionales encomiendan a órganos jurisdiccionales en caso de insuficiencia o incumplimiento de las garantías primarias, sean éstos administrativos o legales. Según el tipo de órganos encargados de ejercer

este control, las garantías jurisdiccionales pueden ser ordinarias (jurisdicción laboral, civil, penal, contencioso administrativo), o especiales (tribunales constitucionales)". (p. 44).

Es decir las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad poner en acción las normas constitucionales para que los órganos jurisdiccionales puedan hacer efectivos los derechos de las personas, en el caso de aquellas que deben ser resueltas por tribunales constitucionales, se trata de garantías jurisdiccionales especiales.

Sojo y Uthoff (2009), elaboran su opinión respecto a las garantías que se están analizando al manifestar que: "La otra cara de las garantías institucionales son las garantías de carácter jurisdiccional. Las garantías jurisdiccionales son instrumentos –que tradicionalmente adoptan la forma de acciones, recursos, demandas o quejas- que permiten que la persona titular de un derecho acuda a una autoridad independiente –habitualmente, el Poder Judicial u órganos cuasi-judiciales- con poder para determinar la existencia de un incumplimiento e imponer una sanción al sujeto incumplidor –la realización de la acción debida, la anulación de la indebida, operaciones o penas-. Gran parte de la educación de los abogados gira en torno al modo de funcionamiento de estas garantías: cuando una persona incumple con una obligación que le impone un derecho, se inicia una demanda para que un juez certifique la existencia de una violación y le imponga una obligación determinada, como la de cumplir, o una sanción determinada, como la de reparar o ir a la cárcel. Esta es la estructura básica de las garantías jurisdiccionales". (p. 49).

Para analizar el contenido de la cita es preciso empezar desde el final de la misma y dejar claro que la estructura básica de las garantías jurisdiccionales, está sustentada en el hecho de constituirse en mecanismos e instrumentos a través de los cuales, la autoridad competente, dicta las decisiones orientadas a proteger y tutelar efectivamente los derechos de los ciudadanos, recurriendo para ello a los medios de reparación previstos en la ley, y a la aplicación de las sanciones en ella contempladas. Es decir el elemento esencial que distingue a las garantías jurisdiccionales es de

constituirse en medios a través de los cuales se ratifica el deber del Estado y de sus órganos e instituciones de tutelar los derechos de los ciudadanos a través de la adopción de las decisiones y acciones pertinentes.

Conforme a la regulación de cada Estado, las garantías jurisdiccionales adquieren diferentes estructuras formales, así pueden ejercerse mediante acciones, recursos, quejas o demandas, mediante los cuales se acude ante la autoridad u órgano competente, para que establezca la vulneración de un derecho y adopte en favor del titular del mismo, la resolución que más convenga para la protección de sus legítimos intereses y que implique también los mecanismos a través de los cuales se buscará el resarcimiento de la vulneración causada o la prevención de una conducta vulneradora.

Es innegable que dentro de la formación de los abogados es trascendental el impartirles conocimientos relacionados con las garantías jurisdiccionales, pues estos son los medios idóneos a través de los cuales dichos profesionales pueden cumplir su deber de buscar mediante la aplicación de las normas constitucionales el imperio del derecho y de la justicia como ideal social supremo que garantice el orden y la equidad social.

Mayta (2010), plantea un criterio respecto a la temática que se está analizando que señala: “La Constitución Política del Estado establece un orden jurídico, un sistema de derechos y obligaciones sobre el que se sustenta la sociedad como Estado. Los postulados de la Constitución no podrían entenderse como jurídicos sin la posibilidad de la coerción que ella misma establece, organiza y limita. Ante la transgresión de la norma, que implica la violación del derecho de alguien, el restablecimiento del orden no es arbitrario y se resuelve en el ámbito de procedimientos y reglas que el derecho provee.

Las garantías jurisdiccionales son, desde esa perspectiva, una doble seguridad. Por una parte, la seguridad de que cualquier titular de un derecho, así sea sólo pretendido, puede recurrir ante las autoridades definidas por la Constitución y las leyes para pedir justicia. Por otra, la

seguridad de reglas esenciales para que cualquier persona que sea acusada de transgredir el orden jurídico sea sometida a juzgamiento por las autoridades con un grado de discrecionalidad mínimo.

Las garantías jurisdiccionales son las garantías a la justicia, por una parte, y, por otra, las garantías en el proceso de que se haga justicia, tanto para el que reclama, porque considera que se ha transgredido su derecho, como para quien es sindicado de transgredirlo". (p. 319-320).

Es indiscutible que la base jurídica de toda sociedad, organizada en la forma de un Estado, está en los preceptos contenidos en la Constitución Política de ese Estado, que determinará con claridad, los derechos y obligaciones que incumben a cada uno de los integrantes del entramado social.

Pero, para que las normas jurídicas previstas en la Constitución, tengan una aplicación efectiva y cumplan con el propósito de su promulgación, es indispensable que impliquen cierto poder coercitivo, el cual obviamente debe estar regulado, organizado y limitado, para evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder, que volvería ilegítimo el control por parte del Estado como ente regulador del funcionamiento social. Por lo tanto cuando uno de los preceptos contenidos en la norma constitucional, es inobservado o se transgrede por acciones u omisiones ilegítimas, es indispensable que para restablecer el orden jurídico alterado, no se incurra en decisiones arbitrarias, sino que más bien debe buscarse prudentemente el procedimiento y las reglas más adecuadas para resolver lo que en derecho corresponda.

Considerando lo anterior, las garantías jurisdiccionales, se convierten en un mecanismo que otorga seguridad jurídica, por cuanto autorizan a cualquier persona respecto de la cual se ha vulnerado un derecho, para poder concurrir ante los jueces u órganos señalados por la Constitución y la Ley, para pedir que se le brinde la tutela judicial efectiva que requiere; además involucran también la posibilidad de que la persona contra la que se dirige la acción correspondiente, sea sometido a un proceso, que deberá

sustanciarse conforme a las reglas constitucionales y legales pertinentes, y empleando el mayor nivel de discrecionalidad.

Los elementos que se han planteado, sirven para concluir, que las garantías jurisdiccionales, son mecanismos para garantizar el predominio de la justicia, y además la vigencia dentro del proceso correspondiente de los principios y garantías necesarias para asegurar que el procedimiento se ajuste a los derechos de la víctima y también a los que le asisten a la persona contra la que se dirige la acción al señalarla como responsable de la transgresión o vulneración del derecho que se reclama como conculcado.

En concreto, se determina que son las garantías jurisdiccionales aquellas que garantizan la justicia, y que brindan la seguridad necesaria en el desarrollo del proceso con la finalidad de que se haga justicia, tanto para la persona que reclama por haber sido afectada en alguno de sus derechos, como también para la persona que es indicada como responsable de su transgresión.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, vigente en el Ecuador, de una manera precisa determina el objeto de dichas garantías, cuando dispone: “Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación”.

Es decir que desde la perspectiva legal, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se establece que las garantías jurisdiccionales son mecanismos a través de los cuales se procura brindar una protección eficaz e inmediata a los derechos que se encuentran establecidos en favor de las personas en la Constitución de la República del Ecuador y en los Instrumentos Jurídicos Internacionales de Derechos Humanos, con la finalidad de determinar si se ha producido la violación de uno o varios derechos, y promover la reparación de los daños que han sido causados por esa vulneración.

Los elementos conceptuales y jurídicos que se han presentado, constituyen material suficiente para poder elaborar una apreciación personal en el sentido de que las garantías jurisdiccionales son los mecanismos previstos en la Constitución y desarrollados jurídicamente a través de la promulgación de leyes específicas, con la finalidad de proteger la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, mediante la adopción por parte de la autoridad competente de las decisiones necesarias para proteger el derecho, resarcir del daño causado o imponer al responsable las sanciones que correspondan de acuerdo con la normativa pertinente.

Pisarello (2006), hace un planteamiento que se refiere a una división de las garantías jurisdiccionales, pues señala que estas pueden ser ordinarias y especiales conforme a lo que puntualiza a continuación.

“Las primeras se encomiendan a tribunales repartidos en diferentes órdenes (civiles, penales, laborales, contencioso - administrativos) con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos provenientes de órganos administrativos o de particulares.

Las garantías jurisdiccionales especiales, en cambio, suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales y su objetivo, básicamente es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias han resultado insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del propio legislador”. (p. 120).

La división planteada en el criterio doctrinario anterior, es aplicable al caso del derecho procesal constitucional ecuatoriano, ya que existen garantías jurisdiccionales que están a cargo de jueces de primer nivel, entre las que se encuentran la acción de protección, el hábeas corpus, el hábeas data, la acción de acceso a la información; mientras tanto existen garantías jurisdiccionales especiales, a saber: la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección que son de exclusiva competencia de la Corte

Constitucional, siendo el sometimiento a este órgano constitucional la que les da la condición de especiales.

## **ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

Dentro de las garantías jurisdiccionales contempladas en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, en esta investigación se va a estudiar la denominada, acción de protección, por lo que es oportuno empezar revisando los antecedentes históricos de la misma.

La acción de protección, se ha convertido en todos los ordenamientos jurídicos en los que ha sido incorporada, en el mecanismo más eficiente para otorgar protección a los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, por lo que se ha expandido de manera sistemática en los diferentes Estados que viven bajo un régimen de derecho y de justicia.

La acción de protección nace como una respuesta al ejercicio arbitrario y despótico del poder, es decir por el uso de éste para fines distintos de aquellos por los cuales fue conferido a las autoridades y órganos de representación popular.

Esta garantía surge como una limitación a ese poder que ha sido lograda, en base a diferentes luchas difíciles que han debido enfrentar los ciudadanos en los diversos momentos de la historia con la finalidad de hacer que la acción estatal y el poder que ella representa esté orientado a satisfacer las necesidades colectivas.

El antecedente más antiguo de la acción de protección lo encontramos en el Derecho Romano, en instituciones jurídicas que surgen en la edad media, y en la denominada Carta Magna, que fue dictada por el año de 1215 en Inglaterra como una consecuencia de una pugna entre el rey y los representantes de la nobleza, que consiguen eliminar ciertas concesiones que le estaban atribuidas al poder real.

Ya para el período histórico denominado como Edad Moderna, surgen los primeros decretos en el ámbito civil y político, a través de los cuales la clase social denominada como burguesía, ponía límites a los privilegios que podía exigir la nobleza, y reclamaba que se respete la igualdad ante la ley, para asegurar la vigencia de estas garantías, se concurría a los jueces, en esta época se destaca el instrumento jurídico denominado como petición de derechos, que fue expedido para proteger los derechos personales y patrimoniales de las personas.

Más tarde en el año de 1789 como una de las conquistas de la Revolución Francesa, se promulgó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, instrumento en el cual se reconoce los derechos que son naturales e imprescindibles para el ser humano como la libertad la propiedad, la seguridad y la posibilidad de oponer resistencia a la opresión, a los cuales se suman otros derechos denominados sociales, entre los cuales están el trabajo y la dignidad de la persona que aparecen incorporados en la Constitución francesa del año 1793.

Es en Estados Unidos, cuando en el año de 1776, se proclama la Declaración de Derechos de Virginia, en el cual se reconoce la libertad, y más tarde se consagran como inalienables derechos trascendentales como la vida la libertad y la búsqueda de la felicidad, los cuales son declarados inviolables en la Carta de Derechos de los Estados Unidos, proclamados en el año de 1791, en donde se aprueban enmiendas para garantizar el derecho a la libertad, la propiedad, el debido proceso, entre otras garantías importantes. Es en este momento en donde se empieza a vislumbrar la necesidad de crear un mecanismo jurídico de rango constitucional para proteger eficientemente los derechos de las personas.

Velásquez (2010), presenta una puntualización interesante sobre la situación histórica de la garantía jurisdiccional que se está analizando en el presente subtema, cuando señala:

“La Acción de Protección, tiene como antecedente en nuestro sistema jurídico a la denominada acción de amparo constitucional, que estuvo

vigente hasta que entró en vigor el actual texto constitucional. El constituyente optó por utilizar el mismo término que se utiliza en la Constitución de la República del Chile para este tipo de acción, en cuanto a su procedencia y particularidades encontramos algunos avances, pero también ciertos retrocesos en comparación con su predecesora.

Estimamos que el asambleísta optó por esta decisión de introducir una figura distinta a la del aparato, puesto que la primera lamentablemente, había sido restringida en cuanto a su procedencia a través de un reglamento dictado por la Corte Suprema de Justicia y por el comportamiento del propio Tribunal Constitucional al resolver este tipo de acciones”. (p. 151).

En el mismo sentido se pronuncia, Cueva (2009), quien plantea incluso algunas referencias jurídicas para poder entender como estuvieron reguladas las instituciones que precedieron a la vigencia de la acción de protección, en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, en el texto citado a continuación:

“El antecedente de la acción constitucional ordinaria de protección es el recurso o acción de amparo creado en el denominado Tercer Bloque de reformas a la Constitución de la República promulgadas en el Registro Oficial N° 863 del 16 de enero de 1996; en esta parte de la reforma constó el art. 31 de la Codificación de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro Oficial N° 2 de 13 de febrero de 1997, cuyo texto fue el siguiente:

“Art. 31.- 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, o 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 más de grave e irreparable.

Para este efecto no habrá inhibición del Juez que deba conocer del recurso, no obstarán los días feriados.

El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinticuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado, ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el juez dictará su resolución, a la cual se dará inmediato cumplimiento.

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos el juez remitir de inmediato el expediente al superior”.

La Constitución de 1998 promulgada en el Registro Oficial N° 1 del 11 de agosto de 1998, le dio la denominación de acción de amparo y la estructuró en el art. 95; su texto fue 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 Política de la República 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 oír las 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.

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". (p. 101-103)

Sobre la base de los antecedentes puntualizados, en el año 2008 al promulgarse la Constitución de la República del Ecuador, en el registro oficial N° 440 del 20 de Octubre del 2008, se incorpora la acción constitucional de protección, que para algunos autores se divide en: acción constitucional ordinaria de protección; y, acción constitucional extraordinaria de protección.

## CONCEPTO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Conocida la génesis histórica de la acción de protección, corresponde ahora, puntualizar algunos criterios elaborados por los autores vinculados con el derecho procesal constitucional, acerca del concepto de esta garantía jurisdiccional.

Ávila (2011), en un estudio comparativo entre el amparo constitucional y la acción de protección, establece un concepto acerca de ésta, que textualmente dice:

“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)”. (p. 97).

Tomando en cuenta lo aseverado en la cita, la acción de protección es una figura jurídica que fue incorporada en la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el año 2008, que se caracteriza por ser una acción de conocimiento, cuyo propósito es el de disponer la reparación integral de los derechos vulnerados a consecuencia de decisiones provenientes de una autoridad pública o de personas particulares, en este último caso, no importa si dichas personas prestan o no servicios públicos.

Cueva (2009), “En primer lugar destacamos que la protección al mismo tiempo que es una acción también es un derecho y un derecho con rango constitucional.

Nosotros concebimos y definimos a esta acción, así: es una acción procesal oral, universal, informal y sumaria que ampara y garantiza judicialmente, en forma directa y eficaz, los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos cuando fueren

vulnerados por actos u omisiones de la autoridad pública no judicial, por políticas públicas o por personas particulares.

La acción que definimos es de carácter universal y de ella pueden hacer uso todos los sujetos de un Estado porque éste tiene la obligación ineludible de amparar a todos por igual sin distinción de raza, sexo, religión, educación y pensamiento. Es una herramienta eficaz creada por el Estado para proteger a los ciudadanos cuando la autoridad pública o sus políticas o los particulares irrespeten sus derechos constitucionales.

Esta acción nos protege en los casos en que se irrespeten los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y posibilita que sea una realidad el “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático” (art.1 de la Constitución), una realidad efectiva y plena para todo ciudadano cuyos derechos constitucionales hubieren sido conculcados. Sin esta acción, en la práctica, el Estado, estaría autorizando a los ciudadanos a adoptar medidas de hecho para que solucionen sus problemas y esta actitud negativa que niega la civilidad, disminuiría la fe y la esperanza de los ciudadanos en las instituciones estatales.

El Estado no solamente nos protege de la autoridad y de las políticas públicas que no respeten nuestros derechos, sino también de los particulares: de las personas jurídicas y de las personas naturales, porque ambas, y más las primeras, pueden abusar utilizando su poderío económico, social y político.

Tal como ayer dijimos de la acción de amparo hoy exclamamos de la acción constitucional ordinaria de protección: es el poder de quien carece de poder”. (p. 61-62).

La acción constitucional de protección es conforme a lo que se establece en el texto citado, aquella que tiene por objeto brindar una

protección directa y eficaz a los derechos constitucionales de las personas, a los que han sido definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y a los que están reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales, cuando sean objeto de vulneración proveniente de algún acto u omisión de parte de una autoridad pública no judicial, por la adopción de políticas públicas o por la actuación u omisión de personas particulares.

La acción de protección es considerada como universal, puesto que se trata de un mecanismo de garantía efectiva de los derechos de las personas, que puede ser utilizado por todos los integrantes de la sociedad, ya que en base al principio de no discriminación el Estado está en la obligación de proteger a todas las personas por igual.

Se trata la acción de protección también de un medio a través del cual se logra que sea una realidad la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático reconocido en la Constitución de la República, ya que sin la vigencia de un garantía jurisdiccional eficaz para reclamar la tutela y protección efectiva de los derechos de las personas, se estaría dando paso a que los ciudadanos acudan a sus propios mecanismos de defensa, situación que no es permitida en el estado social en el que vivimos actualmente caracterizado por el alto desarrollo de la civilización humana, que debe plasmarse en una convivencia pacífica y ordenada, sometida a los dictados de las normas constitucionales y legales vigentes.

La acción de protección constituye en el instrumento a través del cual el Estado brinda protección a las personas, no solamente frente a las decisiones de la autoridad pública, y a aquellas políticas públicas que son vulneradoras de los derechos; sino también de los actos de los particulares, es decir de las personas jurídicas y naturales, que en un ejercicio abusivo de sus facultades y condiciones pueden incurrir en el cometimiento de un acto o en una omisión que vulnere los derechos de alguno de los integrantes de la sociedad.

Por eso es acertada la conclusión que se expresa en la parte final de la cita, en el sentido de que la acción de protección constituye el poder de

quienes carecen de poder, pues se convierte en el medio eficaz a través del cual todos podemos, en un determinado momento enfrentar el poder ejercido a través de actos arbitrarios e ilegales y lesivo a nuestros derechos e intereses, acudiendo a interponer ante los órganos judiciales pertinentes una acción de protección.

## **OBJETO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

Cada una de las garantías jurisdiccionales incorporadas en la Constitución de la República, y reguladas en las normas legales promulgadas para esta finalidad, tiene una finalidad u objeto, a continuación se describe puntualmente cual es el objeto de la acción de protección.

Cueva (2009), señala: “este es el objeto de la acción constitucional ordinaria de protección: amparar, en forma directa y también eficaz, los derechos reconocidos por la Constitución. Este es el objeto único y en torno a él gira toda la normativa jurídica que lo regula.

El objeto principal de la acción de protección radica en tutelar los derechos de las personas y ampararlas de la arbitrariedad de la autoridad pública.

Debemos tener siempre presente que, de conformidad con lo que dispone el art. 226 de nuestra Norma Normarum: “Las instituciones del Estado, sus organismos dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”. Todo el sector público, entonces, solamente puede ejercer las competencias y las facultades atribuidas constitucional y legalmente y, además, tiene el deber de coordinar “Acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”; no están facultados, por tanto,

para privar de los derechos a las personas, menos para violarlos. Finalmente, el artículo constitucional 230 prohíbe al servidor público ejecutar acciones de discriminación de cualquier tipo.

Se protege un derecho impidiendo que nada ni nadie lo vulnere y, cuando ha sido vulnerado, reparando en forma inmediata el daño causado; para conseguirlo se debe adoptar medidas efectivas y adecuadas a fin de que sea restituido y respetado. La acción de protección cumple una función tuitiva de primer orden sobre los derechos de las personas.

Esta acción tiene una única misión: amparar, proteger los derechos constitucionales de las personas, pero, a través de ella, no se puede obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, reglamento u ordenanza; tampoco protege la libertad personal y el derecho para que un sujeto obtenga información sobre sí mismo o sobre sus bienes, porque estos constituyen objetos del hábeas corpus y del hábeas data, respectivamente.

Es de su esencia la protección de los derechos de las personas; por lo tanto, la declaración es de carácter particular; sólo para las partes involucradas, no tiene carácter general en consecuencia la sentencia será obligatoria para quienes hubieren intervenido en el proceso, porque la vinculación es inter partes, no tiene alcance general, erga omnes.

Aquí cabe una observación: esta regla es general, pero existe una excepción respecto a los efectos de la resolución. Generalmente la sentencia que se dicta en la acción de protección solo tiene efecto inter partes, pero, cuando el acto o la omisión de la autoridad pública no judicial es de carácter general, en este caso, beneficia a todos cuantos se refiere el acto o la omisión y a la sentencia se la debe aplicar para todos los casos semejantes. A este efecto que sobrepasa la simple relación entre las partes procesales se lo denomina, efecto "inter pares". Por ejemplo: si contra un acto, de carácter general, de la autoridad del S.R.I., un sujeto propone una acción de protección y obtiene un resultado positivo, esta sentencia no sólo favorece al accionante, sino también a todos cuantos tengan interés en ese

acto. Como se puede observar en el ejemplo propuesto, la sentencia tiene un efecto mayor: es de carácter grupal o genera, es inter pares porque supera la relación inter partes.

¿Sobre qué objeto muy concreto recae la protección?. Sobre los derechos reconocidos en la Constitución”. Nótese que la norma no dice sobre los derechos constitucionales, sino sobre “Los derechos reconocidos en la Constitución”. Nótese que la norma no dice sobre los derechos constitucionales, sino sobre “Los derechos reconocidos en la Constitución”. Por lo tanto, esta acción ampara no sólo a los derechos que constan en la Constitución sino a todos los que ella reconoce como tales. Constituyen, entonces, objeto de esta acción: los derechos reconocidos por la Constitución y también aquellos que no constan en forma expresa y directa en su texto, pero que los reconoce. Ahora bien, ¿Cuáles son esos derechos que la Constitución reconoce?.

Ellos son: los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los derechos que constan en los instrumentos internacionales legalmente vigentes en nuestro país y los derechos no reconocidos en estos instrumentos legales pero que derivan de la esencia humana, de su propia dignidad y que constituyen una condición necesaria para su pleno desenvolvimiento (art. 11, numeral 7 de la Constitución).

Como ya lo dijimos en el Capítulo III, numeral 5.2., esta acción constitucional actúa allí donde existan derechos de las personas que se deben proteger, nada importa que no consten en la Constitución suficiente es que existan en cualquier instrumento internacional vigente o que sean necesarios para el desenvolvimiento humano y social de los individuos.

No está por demás advertir que los derechos protegidos por esta acción no son sólo los fundamentales, sino además, todos los que hemos señalado”. (p. 138-141).

El propósito de la acción de protección, está orientado hacia el amparo directo y eficaz de los derechos que se encuentran garantizados en la Constitución, tutelándolos y protegiéndolos frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas.

Lo anterior tiene relación con el deber que la misma Constitución de la República impone a las instituciones del Estado y a los servidores públicos en el sentido de desarrollar sus acciones de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes en el país, y además contribuir a que se haga efectivo los fines del Estado mediante el goce y ejercicio por parte de todos sus integrantes de los derechos que están reconocidos constitucionalmente. Es decir ni la administración ni sus servidores están facultados para ejecutar actos que puedan privar de los derechos a los ciudadanos, o incurrir en alguna forma de violación a estos bienes jurídicos, para lo cual se les prohíbe incluso que puedan incurrir en algún acto que comporte discriminación.

La acción de protección tiene la finalidad de proteger eficientemente los derechos de las personas, a partir del presupuesto de que el Estado debe brindar una tutela eficiente para todo acto que pueda vulnerarlos, disponiendo de las medidas efectiva y oportunas para que la persona afectada se beneficie de la reparación dispuesta por la autoridad competente.

Entonces el objeto esencial de la acción de protección, es amparar y tutelar de manera eficiente los derechos constitucionales de las personas, de allí que la decisión de la autoridad competente tiene únicamente un propósito de carácter particular, ya que involucra sólo a las partes involucradas en esta acción, y no tiene el carácter general, por lo tanto la sentencia que resuelve la acción de protección es de carácter obligatorio solamente para quienes intervinieron en el proceso.

Sin embargo existe una excepción respecto a lo planteado en el párrafo anterior, la cual se aplica específicamente en relación a los efectos

de la resolución de la acción de protección; pues cuando el acto o la omisión en la que incurre la autoridad pública no judicial, tiene un carácter general, la resolución beneficia a todas las personas que han sido afectados por dicho acto u omisión, y la sentencia debe aplicarse para todos los casos que sean semejantes.

Concretamente el objeto de la acción de protección recae sobre los derechos reconocidos en la Constitución, de esto se deduce que se planteará esta acción con la finalidad de requerir protección y tutela no sólo para los derechos que están incorporados en la normativa constitucional sino a todos los que se reconocen como tales, por lo tanto son objeto de la garantía jurisdiccional estudiada todos los derechos que son reconocidos constitucionalmente y dentro de los cuales están: los derechos constitucionales, los que constan en instrumentos jurídicos internacionales, los derechos conexos que han sido definidos en los diferentes fallos de la Corte Constitucional, y los que no constan en ninguno de los casos anteriores, pero que son inherentes a la condición humana de las personas y a su dignidad. Por lo tanto, no constituyen objeto de la acción de protección solamente los derechos fundamentales, sino todos aquellos que correspondan a las personas y que sean necesarios para que puedan desenvolverse de forma individual y como integrantes de la sociedad.

Zavala Egas, Zavala Luque y Acosta Zavala, (2012), mencionan: “Excluyendo las garantías jurisdiccionales específicas que tienen como función proteger concretos y determinados derechos fundamentales, la acción de protección es la garantía jurisdiccional para tutelar todos los demás que reconoce la Constitución en bloque con los tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

...Se trata de acuerdo con la CRE de un amparo directo y eficaz, la misma conceptualización que el legislador enuncia en consecuencia, se exige que la demanda de garantía se dirija frontal e inequívocamente a la protección del derecho constitucional, sin necesidad de decisiones previas sobre la legalidad del acto que lo vulnera, pues, ello significaría un amparo

indirecto. ¿Se pretende igualmente o no la protección de una decisión judicial? Sí, pero, en este último caso, por el camino de la previa declaración de la ilegalidad de la acción u omisión que genera la violación iusfundamental y, por tanto, no cumple con la exigencia de la garantía en sede de la jurisdicción constitucional, pues, no es protección directa al derecho iusfundamental, sino, primero, juzgamiento de la legalidad del acto y sólo, si no lo es, se convierte en una acción de protección del derecho constitucional.

Esos dos planos en la realidad se involucran, pero en el inferior que corresponde a la legalidad se cuenta con la tutela a cargo de la jurisdicción ordinaria, mientras que en el plano normativo supremo es donde operan las garantías jurisdiccionales de protección de los derechos constitucionales. Este es el significado que debe atribuirse al enunciado legislativo que prescribe que para la admisibilidad de la acción de protección debe haber inexistencia de otros mecanismos legales ordinarios para la defensa de los derechos, es decir si una aparente violación a un derecho constitucional sólo se puede declarar decidiendo, primero, sobre la ilegalidad e invalidez del acto hay que acudir a la tutela ordinaria. Más si el efecto del acto acusado interviene en el derecho fundamental, en su ámbito propio que es el protegido por la norma iusfundamental, es la jurisdicción constitucional la competente para el juzgamiento.

Por esta razón es que los fallos de los tribunales o cortes constitucionales determinan que si no existe derecho fundamental vulnerado que tutelar en forma directa no hay admisibilidad para las acciones de amparo o de protección.

No es un tema de legalidad el que se determina en el juicio de admisibilidad de la acción de protección, se trata de calificar de inicio si se plantea o no un litigio a resolverse en el plano de la normativa constitucional. He aquí lo dicho por nuestra CC en su Sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-JPO (R.O. No. 351 de 29 de diciembre de 2009):

“58. (...) Segundo, (...) la acción de protección no procede 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 (...)”.

“62.- Si vía acción de protección se impugna de manera exclusiva la legalidad del acto, sin que conlleve vulneración de derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos jurisdiccionales ordinarios competentes, pero no a través de una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales”.

Extraemos una primera cuestión no debatible: la acción de protección requiere como elemento necesario para su admisibilidad que el acto (acción u omisión) contra el que se dirige haya afectado al ejercicio de un derecho fundamental. Este es el objeto del proceso jurisdiccional en materia de acción de protección y, por tanto, su existencia determina o no su calificación como admisible, pues, es lo que delimita, encuadra o enmarca materialmente el objeto del proceso constitucional y determina el juicio positivo de la admisión de la demanda.

De esta premisa deriva otra conclusión: las cuestiones de legalidad no son objeto del proceso de protección a los derechos fundamentales, quedan marginadas de este procedimiento de tutela reparatoria, se inscriben tales cuestiones en los procedimientos comunes u ordinarios que tutelan intereses protegidos por los derechos subjetivos, por ejemplo, que una sanción haya sido impuesta mediante un procedimiento administrativo que no cumplió con normas reglamentarias, es una irregularidad que resuelve la invalidez de la misma en un proceso contencioso administrativo ordinario, pero si lo que se ha incumplido es una de las garantías mínimas que exige el artículo 76 de la CRE se trata efectivamente de una cuestión atinente a la garantía jurisdiccional de protección”. (p. 385-388).

En conclusión se establece que el objeto de la acción de protección, es proteger todos los derechos reconocidos en la Constitución de la

República, para los cuales no están previstas garantías y concretas determinadas. Es obvio que como objeto de protección, están también los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y aquellos que son inherentes al desarrollo individual y colectivo de la persona.

Es necesario dejar claro que la posición de los autores de la cita es un tanto confusa, por cuanto consiste en una interpretación inadecuada del numeral 3 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al señalar que si no existe un derecho fundamental vulnerado no es admisible la acción de protección, sin embargo han existido pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador, que sirven para aclarar mejor esta situación, como la sentencia de interpretación número 102-13-SEP-CC, cuya parte pertinente se cita a continuación:

“Finalmente, con relación a la “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”, al igual que “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”, previsto en el numeral 4 del artículo 42, esta Corte Constitucional, bajo las mismas consideraciones, interpreta condicionalmente que pueden ser invocadas por el juez constitucional únicamente luego del mínimo recaudo probatorio, que le permite el acceso a la sustanciación de la garantía jurisdiccional de los derechos, es decir, deberá hacerlo vía sentencia racionalmente fundamentada”.

Es decir se establece el criterio del máximo organismo de administración de justicia constitucional en el Ecuador, en el sentido de que existe similitud entre el numeral 4 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y el numeral 3 del artículo 40 de la misma ley, considerando ambos presupuestos como causal de improcedencia y no de admisibilidad, por lo que la acción de protección en estos casos deberá ser admitida, y que el juez constitucional únicamente determinará su existencia, al analizar el recaudo probatorio, que determinará

si se accede o no a la sustanciación de la acción, lo cual deberá decidirse a través del pronunciamiento de una sentencia fundamentada.

## **NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

Un tema importante en el análisis que se está desarrollando acerca de la acción de protección como una de las garantías jurisdiccionales más importantes dentro del derecho procesal ecuatoriano, sino la primera, es entender su naturaleza jurídica.

Existe un criterio, que consta en internet, y que por su importancia va a ser citado de forma textual a continuación:

“La forma de aplicación y de interpretación de una figura jurídica varía dentro de cada legislación y el amparo no es la excepción. Respecto a su naturaleza se han presentado diversos cuestionamientos sobre si es una acción autónoma o subsidiaria. Los ordenamientos de cada país han adoptado modelos de acción de amparo directo, subsidiario o alternativo, ocurriendo siempre un fenómeno común en todos ellos. A continuación explicaremos en que se sustentan dichas tesis.

Se entiende que la acción de amparo es autónoma cuando ésta no necesita de otras vías para ser ejercida, pues es la más sencilla y preferente. Esta postura es sostenida por el profesor Néstor P. Sagués cuando dice: “solamente si hay uno mejor que el amparo, es decir, más expeditivo o rápido, o más eficaz, el amparo no será viable. Si hay un proceso igual de útil que el amparo, el litigante es libre para emplear éste o el otro camino procesal. En la última hipótesis, el amparo se perfila como vía alternativa u opcional para el agraviado”.

La tesis de la autonomía infiere que no se exige ningún condicionamiento a la utilización o agotamiento de instancias previas, para gozar de este recurso. Cuando el modelo ha sido la vía directa o alternativa del amparo, la demanda por litigiosidad de esta acción se produce en forma

inmediata y creciente, porque, sin dudas, el procedimiento establecido para su tramitación ha demostrado ser el más eficaz en todas las latitudes.

Por otra parte, cuando se hace referencia al carácter subsidiario del amparo se considera que no puede ser utilizado si previamente no se han agotado las vías ordinarias de defensa, para tutela efectiva. Por tanto, para que los fundamentos de una acción de amparo puedan ser analizados en el fondo, la parte accionante debe haber utilizado hasta acabar todos los medios y recursos legales idóneos para la tutela de sus derechos.

Existen sistemas jurídicos en los cuales no ha quedado clara la idea del amparo directo o no ha sido reconocido por el legislador o por los creadores de la norma. No obstante, la jurisprudencia, por razones diversas ha establecido que excepcionalmente procede la tutela, prescindiéndose de la naturaleza subsidiaria cuando se advierta la existencia de una incuestionable lesión al o los derechos invocados y un daño irreparable e irremediable provocado por vías o medidas de hecho, que deben ser protegidos de forma inmediata porque de no ser así el amparo resultaría ineficaz”.

La cita plantea con claridad que han existidos muchos cuestionamientos y discusión acerca de la naturaleza de la acción protección, especialmente respecto a si debe ser considerada como una acción autónoma o como acción subsidiaria.

La acción de amparo es considerada autónoma cuando su ejercicio no necesita de otras vías para poder ser ejercida. Esta tesis se basa en el hecho de que no se exige el agotamiento o utilización de instancias previas para que pueda aplicarse la acción de protección, siendo esta una acción directa que de manera eficaz, resuelve la vulneración de los derechos.

Otra de las tesis es la que considera que la acción de protección es de carácter subsidiario, es decir que no puede ser empleada sin que de manera previa no se agotan todas las vías ordinarias para la defensa y para

la tutela efectiva de los derechos vulnerados. Por lo tanto, para recurrir a la aplicación de la acción de protección, el accionante debe agotar todos los medios recursos y legales pertinentes para que se tutelen sus derechos.

Hay que anotar que existen algunos ordenamientos jurídicos en los cuales no se ha dejado claro la existencia de la acción de protección directa; no obstante en el ámbito doctrinario se prescinde de que ésta tenga una naturaleza subsidiaria, debido a que existen lesiones evidentes a los derechos invocados, produciéndose un daño mayor si se recurre a vías o medidas que no los protejan de manera inmediata y eficaz, como si se lo hace en el caso de la acción de protección.

Montaña y Porras (2012), plantean lo siguiente: “En la Constitución de 1998, la acción de tutela de los derechos, llamada recurso de amparo, tenía en teoría un carácter preferente, sumario y mixto, es decir, cautelar y reparatorio a la vez. Se podía utilizar para evitar la vulneración de un derecho fundamental como también para reparar el daño causado.

De acuerdo con el artículo 95 de la derogada Constitución de 1998, la acción de amparo tenía por objeto cesar, evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de la vulneración de un derecho fundamental.

En cuanto al carácter preventivo o cautelar el recurso debía servir para que la jurisdicción constitucional a petición de parte interviniera antes de que los efectos llegaran a existir o se materializaran las consecuencias de la violación del derecho; en cuanto al carácter reparatorio, como su nombre lo indica, el juez debía actuar para resarcir o reparar un daño causado o consolidado, siempre y cuando este daño tuviera remedio, es decir, pudieran las cosas volver a su estado anterior, porque si no la vía procesal era la ordinaria.

Esto quiere decir que la realidad procesal determinó que en la práctica este recurso se convirtió en una garantía exclusivamente preventiva

o, en términos más precisos, provisional, mientras que la reparación del daño fue reconducida por la práctica forense al procedimiento ordinario civil o contencioso-administrativo.

También hay que decir que el recurso de amparo tampoco cumplió con la función esencialmente cautelar o preventiva que se le atribuyó en los hechos, puesto que si nos atenemos al sentido común y al significado jurídico más aceptado, en una acción o recurso que merezca el adjetivo de cautelar no podría existir, como bien dice Ramiro Ávila, un procedimiento contencioso en sentido estricto, sino que el juez debería actuar de inmediato y tomando todas las medidas necesarias para evitar o mitigar el daño; pero en lugar de ello la existencia del requisito de la gravedad e inminencia del daño convirtió al recurso de amparo en un verdadero proceso contencioso donde la prueba de la inminencia y gravedad del daño se transformó en la verdadera razón de ser de un proceso que debía ser informal, rápido y ágil.

Todas estas razones, en particular su inadecuación para reparar adecuada e integralmente el daño causado y la virtual imposibilidad de utilizarla rápida y efectivamente como medida cautelar, llevaron al recurso de amparo a una crisis de operatividad sin precedentes.

El constituyente de Montecristi consciente de esta situación quiso cambiar la situación precisando los conceptos, estableciendo normativamente que las garantías son de dos tipos preventivas y reparatorias y dividiendo el antiguo recurso de amparo en dos acciones independientes: las medidas cautelares cuando se trate de evitar la vulneración de un derecho constitucional, y la acción de protección para reparar integralmente el daño a un derecho cuando este se causa efectivamente.

Este cambio normativo como se ve no es solo de nombre, sino que existen fundamentales diferencias entre una y otra institución: mientras que la acción de amparo es mixta, la acción de protección es reparatoria; el recurso de amparo busca la suspensión temporal o definitiva del acto

impugnado, la acción de protección logra la reparación integral del daño causado. El amparo es un recurso, la protección es una acción; el amparo tiene una estructura esencialmente administrativa, la acción de protección es típicamente jurisdiccional y constitucional. El amparo termina con resoluciones, la protección con sentencias; el amparo solo procede cuando el daño es grave e inminente, actual y directo lo que no ocurre con la protección donde lo importante es la relevancia constitucional de la violación". (p. 106-107).

La referencia anterior parte de recordar que en la Constitución de 1998, el recurso de amparo, que era la acción prevista para la tutela de los derechos de las personas, tenía un carácter cautelar y reparatorio, pues se podía utilizar tanto para evitar la vulneración de un derecho, como también para lograr que se disponga la reparación del daño causado por la conducta vulneratoria. Además se establecía como objeto de la acción de amparo constitucional, el hacer cesar, evitar que se cometa, o remediar de manera inmediata los efectos negativos de la vulneración de uno de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista preventivo el recurso de amparo, servía para que los órganos de la jurisdicción constitucional, a petición de la parte afectada intervengan antes de que se verifiquen los efectos o se materialicen las consecuencias de la conducta vulneratoria de un derecho, es decir el juez competente tenía la obligación de actuar para reparar un daño causado, siempre y cuando estas consecuencias pudieran ser subsanadas, en el caso de que las cosas no puedan volver al estado en que se encontraban antes de la conducta vulneradora, la persona afectada debía recurrir al procedimiento establecido en la vía ordinaria.

Considerando el carácter anterior, el recurso de amparo se convirtió en una garantía constitucional específicamente preventiva, o provisional, pues únicamente se tomaban las medidas para determinar un daño, mientras que la reparación del daño, era orientada hacia el procedimiento ordinario en el ámbito civil o contencioso administrativo.

Lo dicho deja entrever que el recurso de amparo no cumplió con la función esencial que se le atribuyó, puesto que no era adecuado aplicarlo únicamente con naturaleza cautelar, sino que el juez estaba en la obligación de actuar de una manera inmediata con la finalidad de evitar o mitigar el daño ocasionado, pero al requerirse como requisito para que proceda la acción de amparo, la gravedad e inminencia del daño, hizo que el recurso se convirtiera en un proceso contencioso, en donde estos requisitos se constituyeron en una verdadera razón en donde el proceso debía cumplir con las características de informal, rápido y ágil.

Los elementos expuestos, y la ineficiencia del recurso de amparo para reparar de manera adecuada e integral el daño causado y la imposibilidad de utilizar este medio como medio cautelar, provocaron una ineficiencia en su operatividad.

A consecuencia de la debacle del recurso de amparo, se instituyó en la Constitución del 2008, la figura de la acción de protección, a partir de una mayor especificidad de los conceptos, y de las garantías sistematizadas en preventivas y reparatorias. Esto condujo a que el antiguo recurso de amparo se subdivida en medidas cautelares para evitar la vulneración de un derecho previsto en la Constitución de la República y la acción de protección para reparar el daño a un derecho, cuando efectivamente este produce una lesión a los bienes jurídicos de la persona. Este cambio normativo permite establecer que la acción de protección tiene una naturaleza reparatoria, que pretende lograr la reparación integral del daño causado. Ha dejado entonces esta garantía jurisdiccional de ser un recurso para convertirse en una acción con una estructura constitucional y jurisdiccional, que se plasma en el pronunciamiento de una sentencia. Además de ello la acción de protección parte del presupuesto esencial de la violación de un derecho reconocido constitucionalmente.

## **CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

Sobre la acción de protección se han planteado tantas caracterizaciones como autores se han ocupado del estudio de esta garantía jurisdiccional, así

Cueva (2009), plantea que en ella es posible identificar las siguientes características:

**“Acción procesal pública tutelar:** ...La acción de protección es una acción cautelar de los derechos constitucionales que se hace efectiva mediante la correspondiente garantía jurisdiccional, es una herramienta jurídica para defender y restablecer estos derechos. Es a través de esta acción que podemos recurrir a los juzgados y tribunales en demanda de la justicia constitucional que nos corresponde.

Según nuestro sistema procesal constitucional dos son las acciones jurisdiccionales de protección existentes: la acción ordinaria (art. 88 de la Constitución) y la acción extraordinaria (art. 94 de la Constitución); es a través de ellas que cada sujeto puede solicitar al órgano constitucional correspondiente el reconocimiento, el resarcimiento o la ejecución de sus derechos constitucionales y fundamentales, porque de conformidad con lo que prescribe el art. 10 de la actual Constitución todas las personas comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos somos titulares de los derechos constitucionales, tenemos plena libertad para gozar de ellos y para recurrir ante los jueces de protección en demanda de ellos.

Además, esta acción procesal es pública porque cualquier persona un grupo de personas, una comunidad un pueblo o una nacionalidad pueden presentar una demanda de protección ordinaria. Si bien esta acción es pública, esto no significa que sea una acción popular.

**Es una acción universal.** La acción constitucional ordinaria de protección es universal en relación con el objeto porque rige para proteger los derechos constitucionales de todos los habitantes del Estado y actúa contra la acción u omisión de autoridad pública, o de persona natural o jurídica que hubiere violado uno de aquellos derechos, pero, en relación con el sector del que proviene la acción u omisión, tiene un carácter particular.

...La actual Constitución, en concordancia con el más avanzado pensamiento jusfilosófico que se concentra en el denominado Neoconstitucionalismo, no limita los derechos ni su protección a los que constan en forma expresa en sus normas, sino aún a aquellos que no existen constitucionalmente pero que son inherentes a la naturaleza misma de la persona e indispensables para su desenvolvimiento moral y material plenos.

Como consecuencia: la acción de protección es universal porque ampara tanto a los derechos actualmente existentes y reconocidos en la Constitución, como aquellos creados por instrumentos internacionales y aún a aquellos que no hubieren sido creados pero que son “Derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos, y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”, esta acción constitucional actúa allí donde existan derechos de las personas que se deben proteger, nada importa que el Estado los hubiere reconocido o no, suficiente es que existan en cualquier instrumento internacional vigente o que sean necesarios para el desenvolvimiento humano y social de los individuos.

Finalmente, si aún quedara duda del alcance de la protección y de su universalidad, se debe aplicar el principio de interpretación constitucional pro homine, es decir, el que “Más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional” (Art. 427 de la Constitución).

La acción constitucional ordinaria de protección protege todos los derechos de los sujetos, excepto el derecho a la libertad personal que está garantizado por el hábeas corpus y el derecho a solicitar información sobre sí mismo o sobre sus bienes, protegido por el hábeas data.

**Es acción informal.** El carácter sumario, la inmediatez, la celeridad y la preferencia de la acción constitucional ordinaria de protección hacen que también sea informal, porque si no lo fuera, estuviera en contradicción con

las demás características que hemos señalado. Aquí anotamos la siguiente observación que es válida para la comprensión, valoración y aplicación de esta acción: todas las características guardan relación entre sí y funcionan en forma coordinada; ninguna excluye a otra, y bajo ningún concepto, puede ser excluida; si esto ocurriera, simplemente, la acción perdería su esencialidad y se convertiría en otra acción ordinaria más.

**Es acción inmediata, directa y el trámite debe poseer celeridad.**

La acción constitucional ordinaria de protección, como no tiene carácter subsidiario, debe ser propuesta en forma inmediata; es decir tan pronto como ocurre la violación de los derechos constitucionales, sin esperar la conclusión de un trámite de otra especie.

**Procesalmente tiene preferencia.** Esta acción, constitucionalmente, goza de preferencia en el trámite, por lo tanto, debe ser sustanciada en forma prioritaria: para un juez no puede existir nada más importante que esta acción y ningún pretexto puede impedir su realización práctica; las dilaciones o los incidentes aquí no tiene cabida.

La acción constitucional ordinaria de protección debe tramitarse con preferencia y celeridad de lo contrario se confundiría con cualquiera de los procedimientos de la justicia ordinaria, actuaría igual que ella y se desnaturalizaría el recurso miso porque no cumpliría los fines para los que se creó.

Como esta acción goza de preferencia en el trámite se debe posponer todo otro asunto; pero existe una salvedad al tratarse del hábeas corpus, en este caso, esta última acción es prioritaria.

**La acción constitucional ordinaria de protección no es subsidiaria.** ¿Qué significa subsidiario?. “Que se da o se manda en socorro o subsidio de alguien. Dicho de una acción o de una responsabilidad: que suple a otra principal”.

Para la acción constitucional ordinaria de protección esta categoría jurídica funciona en este último sentido; no como ordinariamente la entendemos: como la acción que se hace valer en segundo término después de otras acciones o excepciones; en estos últimos casos acostumbramos a decir: en subsidio de esta acción o de esta excepción deduzco la siguiente, etc. Insistimos, la acción ordinaria de protección no funciona así, sino en forma prohibitiva: en el sentido de que no se puede reemplazar las acciones ordinarias por la acción de protección.

**La acción se desarrolla en un proceso sumario y oral.** 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 atmósfera 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 y rápido; por esto se prohíbe los incidentes y aún la inhibición del juez.

Los derechos deben ser protegidos en forma breve y oportuna porque derecho que no se protege a tiempo no es derecho sino una simple declaración lírica y, el hombre, no se alimenta ni vive de lirismos, sino de realidades que deben plasmarse en el lugar y en el tiempo oportunos; por eso, esta acción constitucional, para ser efectiva, debe desarrollarse en un trámite sumarísimo.

**Actúa como acción reparadora o preventiva de los derechos constitucionales.** La acción constitucional ordinaria de protección en unos casos es reparadora y, en otros, preventiva de los derechos fundamentales.

Esta característica tiene relación con el tiempo: si aún no se ha vulnerado los derechos pero se teme que se los vulnere, se deduce esta acción como preventiva; pero, si ya han sido vulnerados, se la deduce como acción reparadora. La primera actúa antes y, la segunda, después de la vulneración de los derechos. De esta observación deducimos que la acción preventiva es de mejor calidad que la acción reparadora y que es preferible la primera a la segunda.

Como acción reparadora funciona de la siguiente manera: si luego del correspondiente proceso constitucional se constata la vulneración de los derechos, la primera obligación del juez es reconocer y declarar, expresamente, tal vulneración; como consecuencia de esta primera declaración debe ordenar su reparación total e íntegra, tanto en el sentido material como en el inmaterial, la sentencia que acepte esta acción debe terminar especificando e individualizando las obligaciones, tanto positivas como negativas, a que está obligado el destinatario de la decisión judicial junto con las circunstancias, la forma y el tiempo en que deben ser cumplidas. Al señalar las obligaciones a las que queda ligado el sujeto pasivo de esta acción la sentencia debe ser muy clara y meticulosa; nunca puede ser expresada en forma ambigua, incierta o indeterminada porque, entonces, los derechos vulnerados no recibirían, en la práctica, protección alguna y la acción misma no cumpliría el rol procesal que la Constitución y la normatividad vigente le asignan.

En lo relacionado con la cantidad: la sentencia debe resarcir en forma íntegra los derechos fundamentales vulnerados, no una parte o solamente el aspecto material, también el inmaterial. El juez nunca debe olvidar que, para determinados sujetos de espíritu superior, este último es más importante que el primero.

La sentencia debe concluir señalando que el monto de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, la obligación de pagar su valor y el tiempo en que se lo debe hacer. En otros casos debe disponer se reintegre a sus cargos a los empleados o funcionarios que,

inconstitucionalmente hubieren sido destituidos. También, cuando fuere el caso ordenar se ejecute o se suspenda una obra pública.

**Es acción intercultural.** Nos encontramos frente a una categoría jurídica utilizada tanto por la anterior como por la actual Constitución, pero con una diferencia: la Constitución vigente ahonda en ella y con ella configura los principales órganos del poder a tal punto que hoy se puede pensar o escribir sobre nuestro Derecho Constitucional sin referirse obligatoriamente a esta categoría constitucional y, además, debe ser tomada muy en cuenta en todos los aspectos de la vida social, cultural, política, económica y jurídica del Estado ecuatoriano porque nada escapa a ella.

**Es una acción que protege los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los que constan en os tratados internacionales de derechos humanos.**

La acción ordinaria de protección es una acción tuitiva y como tal protege los derechos constitucionales, los derechos conexos que fueren creados y definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los que constan en los tratados internacionales de derechos humanos y los demás “Derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento” (Art. 11 numeral 7, de la Constitución).

El sistema de derechos estructurado por la Constitución es un sistema abierto esto significa que en la Norma Normarum no constan todos sino solamente los derechos mínimos y que sobre ello se puede crear otros. La Corte Constitucional es una de las fuentes de creación de los derechos a través de la jurisprudencia constitucional; la otra es una fuente abierta porque la Norma Fundamental autoriza crear más derechos derivados de la dignidad de las personas que fueren necesarios para su pleno desenvolvimiento.

La protección que otorga esta acción tiene por finalidad que todos los habitantes del Estado usen, gocen y ejerzan, en forma efectiva y oportuna, los derechos garantizados en los mencionados instrumentos jurídicos y aquellos derechos que aún no han sido creados jurídicamente pero que son necesarios para el normal desenvolvimiento humano”. (p. 63-93).

Concretando brevemente los acertados planteamientos realizados en la cita anterior se establece que la acción de protección es de carácter público y tutelar por cuanto tiene la finalidad de proteger los derechos constitucionales y además es una garantía jurisdiccional a la cual pueden acceder todas las personas, en este mismo sentido se identifica como una acción universal ya que rige para proteger a todos los habitantes del Estado; se trata además de una acción informal, pues lleva asociado el carácter sumario, la inmediatez y la celeridad en su trámite. Otra de las características de la acción de protección es de ser inmediata, esto quiere decir que debe ser propuesta inmediatamente de ocurrida la violación de los derechos constitucionales; en el ámbito procesal la acción estudiada tiene preferencia, esto quiere decir que debe ser sustanciada en forma prioritaria; se trata de una acción que no es subsidiaria; se desarrolla en un proceso sumario y oral esto porque como se ha mencionado reiteradamente se requiere que esta garantía jurisdiccional otorgue una respuesta inmediata y eficaz frente a la vulneración de que son objeto los derechos constitucionales de las personas; se trata de una acción reparadora de los derechos constitucionales y que su finalidad no se circunscribe a prevenir el cometimiento de conductas que puedan alterarlas, sino más bien a disponer los medios de reparación necesarios para enfrentar el menoscabo, los efectos y las consecuencias perjudiciales que resulten de la acción u omisión ilegítima; es intercultural debido que puede ser aplicado en favor de todos los integrantes de la población nacional independientemente de la procedencia étnica o la identificación cultural de la persona; dentro del análisis de la naturaleza de la acción de protección se debe mencionar que el objeto de la misma no son solamente los derechos reconocidos en la Constitución de la República, sino también aquellos que han sido definidos

en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los que está incorporados en los tratados internacionales de los derechos humanos.

Los aspectos particularizados en el párrafo anterior, permiten establecer que la acción de protección es una garantía universal de protección de los derechos constitucionales de la persona y de aquellos que le son indispensables para su desenvolvimiento individual y social, y que pretende que el órgano jurisdiccional competente resuelva las medidas necesarias para el resarcimiento causado por las acciones u omisiones ilegítimas, siendo su resolución ajustada a los principios de celeridad y eficiencia, de manera que el accionante pueda obtener una respuesta rápida y eficaz, en procura de tutelar y garantizar sus derechos.

### **CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN**

Sobre la clasificación de la acción de protección que se encuentra incorporada en la legislación constitucional ecuatoriana, conviene citar nuevamente a Cueva (2009), quien concreta lo siguiente:

“El art. 94 de la Constitución crea la acción extraordinaria de protección y, el art. 88, la acción de protección, así se la ha denominado simplemente; a ésta nosotros le hemos dado el nombre de acción constitucional ordinaria de protección, porque si existe una acción extraordinaria, por la acción lógica de los contrarios, debe haber una acción ordinaria y así hemos titulado a este libro.

Entonces, según nuestro actual sistema procesal constitucional, existen dos clases de acciones constitucionales de protección: la acción constitucional ordinaria y la acción constitucional extraordinaria; la primera está reglada por el art. 88 de nuestra Constitución y, la segunda, por el art. 94”. (p. 96).

Tomando en cuenta la opinión anterior, y considerando valedero el criterio del autor, se establece que en el derecho procesal constitucional

ecuatoriano por efecto de las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador, se identifican dos clases de acción de protección: la acción constitucional ordinaria de protección; y la acción constitucional extraordinaria de protección.

Es importante presentar un rápido análisis que permita entender la acción extraordinaria de protección como una de las clases de la acción constitucional de protección:

Zavala (2011), cita un criterio pronunciado por la Corte Constitucional del Ecuador, que señala: “En síntesis se puede decir que la acción extraordinaria de protección procede cuando haya intervenido un órgano judicial; cuando dicha intervención haya tenido lugar en el juicio; cuando en el juicio se haya resuelto una cuestión justiciable mediante sentencia o auto definitivo; cuando el fallo cause agravio cuando en el fallo se hayan violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución o Tratados internacionales vigentes en el país, referentes a derechos humanos o a las reglas del debido proceso; cuando esta acción se haya presentado una vez que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que se puedan proponer dentro del término legal, a no ser que la falta de interposición de estos recursos pueda ser atribuible a la negligencia del titular del Derecho constitucional violado; cuando estos requisitos subsistan al momento en que la Corte Constitucional resuelva; y cuando el fallo o auto impugnado, sea una sentencia o auto definitivo de iguales características, vale decir definitivo; esto es, que la violación por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución en la sentencia o auto definitivo, sea consecuencia directa de dicha sentencia o auto expedido por un órgano de la función judicial, violación que deduzca manifiesta y directamente de la parte resolutoria de la sentencia, ya que esto es lo que vincula y produce efectos reales.

La acción extraordinaria de protección sólo puede alegarse contra sentencias o autos expedidos por órganos de la Función Judicial que pongan fin al proceso.

Cabe señalar que la violación de un Derecho Constitucional puede consistir en un acto u omisión del juez al dictar sentencia o auto definitivo, y esta acción u omisión debe violar derechos constitucionales, reglas del debido proceso o derechos constantes en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos; insistiéndose en que dicha violación debe ser manifiestamente ilegal o arbitraria en el caso concreto y por ello resultaría innecesario someter la controversia a un marco más amplio de debate o prueba, razón por la cual, esta acción, que como su nombre lo señala, es “extraordinaria”, no procedería en aquellas cuestiones dudosas o incompletas en la administración de justicia”. (p. 273-274)

La acción extraordinaria de protección es aquella que es procedente cuando ha existido la intervención previa de un órgano judicial de administración de justicia, dentro de un proceso en el cual se haya resuelto un cuestión justificable a través del pronunciamiento de una sentencia o auto definitivo, y cuando el fallo o decisión cause agravio o en su contenido se hayan violado los derechos previstos en la Constitución de la República y en los Tratados internacionales vigentes en el país, sobre los derechos humanos o el debido proceso.

Si esta acción se ha presentado habiéndose agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios que puedan ser propuestos en el término legal, siempre y cuando que la falta de interposición de estos medios de impugnación no sea atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional cuya vulneración se reclama. La acción extraordinaria de protección, solo puede ser presentada en contra de sentencias o autos que hayan sido expedidos por los órganos de la Función Judicial a través de los cuales se ponga fin a un proceso.

Las violaciones al derecho constitucional que son objeto de la acción de protección pueden consistir en actos u omisiones en la que incurra el juzgador al dictar la sentencia o auto definitivo, la cual debe ser violatoria de los derechos constitucionales de la persona, de las reglas del debido

proceso o de los derechos previstos en los instrumentos jurídicos internacionales.

Esta violación debe ser evidentemente ilegal y arbitraria, por lo que ante esta situación resulta innecesario someter el proceso a un marco más amplio de debate o prueba, razón por la cual se convierte en una acción extraordinaria, que sería improcedente para tratar aquellas cuestiones dudosas o incompletas en la administración de justicia.

## **LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA**

En la Constitución de la República del Ecuador, se encuentra regulada la acción de protección, como una de las garantías jurisdiccionales vigentes en nuestro país, en la siguiente forma:

“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”.

Se establece en la norma constitucional citada, que la acción de protección tiene por objeto, amparar de forma directa y eficaz los derechos que están reconocidos en la Constitución, esto ratifica los planteamientos que en este mismo sentido se hicieron anteriormente al puntualizar en detalle el objeto de la acción de protección como una garantía jurisdiccional incorporada en el derecho procesal constitucional ecuatoriano.

Además la norma constitucional plantea los casos en los cuales es procedente la acción de protección, y señala que esta podrá interponerse cuando exista la vulneración de los derechos constitucionales del accionante a consecuencia de un acto u omisión de una autoridad pública no judicial, de esta forma se excluye de la acción de protección aquellas acciones u omisiones cometidas en la administración de justicia.

También es procedente la acción de protección según se determina en la norma que se analiza, contra las políticas adoptadas por las entidades públicas, cuando impliquen la privación del goce o ejercicio de alguno de los derechos constitucionales. En este sentido es necesario establecer que la acción de protección está destinada a garantizar los derechos de los ciudadanos cuando estos sean vulnerados a consecuencia de una política adoptada por el Estado a través de las entidades y organismos creados para el ejercicio del poder, es por ello que se han planteado acciones de protección para exigir tutela jurídica de derechos fundamentales como el trabajo, la educación, entre otros, que lamentablemente han sido afectados por decisiones de orden político que no se adaptan a la realidad social que vive nuestro país.

Otro presupuesto de procedencia de la acción de protección es cuando la violación al derecho constitucional provenga de una persona particular, siempre y cuando se provoque un daño grave, o si se prestaren servicios públicos de una forma impropia, si el particular actúa por delegación o concesión, o cuando la persona afectada se encuentre en un estado de subordinación, indefensión o sea víctima de un acto de discriminación.

Entonces mediante la norma citada y comentada la Constitución de la República delimita claramente el objeto de la acción de protección que se circunscribe a proteger eficientemente los derechos constitucionales de las personas, cuando exista vulneración a consecuencia de actos u omisiones de autoridades públicas, de políticas públicas, o cuando provengan de personas particulares.

## **LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL**

Es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el ordenamiento jurídico que regula en el Ecuador, lo concerniente a la aplicación de cada una de las garantías jurisdiccionales vigentes en el Estado ecuatoriano para la protección y tutela de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Sobre la acción de protección, que es la garantía jurisdiccional cuya regulación y efectividad se viene estudiando en este trabajo de investigación, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Institucional, ha desarrollado el siguiente régimen normativo:

**“Art. 39.- Objeto.-** La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”.

Este precepto legal es muy claro y determina que la acción de protección tiene como objeto, brindar un amparo y proteger eficazmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Jurídicos Internacionales de Derechos Humanos, que no se encuentren protegidos por las demás garantías jurisdiccionales. Concretándose de esta forma que el objeto de la acción de protección es proteger derechos fundamentales concretos y determinados.

Para que sea procedente presentar la acción de protección, la Ley cuyos preceptos están siendo analizados determina los requisitos para su presentación.

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

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.

Es decir la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina como presupuestos de procedencia que exista la vulneración de un derecho reconocido en la constitución; requiere además que la alteración o vulneración del derecho constitucional sea consecuencia de una acción u omisión de una autoridad pública o de una persona particular; y finalmente se exige que no exista ningún otro mecanismo judicial adecuado y eficaz para requerir la protección para el derecho violado.

Para la procedencia y la determinación de los legitimados pasivos para proponer una acción de protección se ha desarrollado el siguiente precepto jurídico:

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

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.
3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.

4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:

a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;

b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;

c) Provoque daño grave;

d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona”.

La norma anterior ratifica en cierta medida cual es el objeto de la acción de protección determinando que esta es procedente, contra los actos u omisiones de autoridades públicas que vulneren o hayan vulnerado los derechos, o que causen un menoscabo, disminución o anulación del goce o ejercicio de estos derechos; contra las políticas públicas adoptadas a nivel nacional o local, que impliquen la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías de las personas; contra los actos u omisiones en las que incurra la persona encargada de la prestación de un servicio público que sea atentatorio contra los derechos y garantías; contra los actos u omisiones de las personas naturales o jurídicas que pertenezcan al sector privado, en cualquiera de las siguientes circunstancias; que presten servicios públicos impropios o de interés público, presten servicios públicos por delegación o concesión, provoque daño grave, el afectado se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder de cualquier tipo; y, contra todo acto que fuere discriminatorio, independientemente de la persona que responsable de su cometimiento.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina también los casos en los cuales se vuelve improcedente la acción de protección y señala:

“Art. 42.- **Improcedencia de la acción.**- La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.

2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.

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.

6. Cuando se trate de providencias judiciales.

7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”.

No es procedente la acción constitucional ordinaria de protección cuando: no existe violación de los derechos constitucionales del accionante; cuando los actos presuntamente lesivos hayan sido revocados o extinguidos, salvo cuando hayan provocado algún daño susceptible de reparación; cuando en la demanda se haya impugnado exclusivamente la constitucionalidad o ilegalidad del acto u omisión que no implica violación de derechos; cuando el acto administrativo pueda ser objeto de impugnación en la vía judicial salvo en los casos en que se demuestre que la vía no fuere

adecuada ni eficaz; cuando la pretensión del accionante sea que al resolver la acción de protección se declare la existencia de un derecho a su favor; cuando se trate de providencias judiciales; cuando el acto u omisión objeto de la acción de protección emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En todos los casos antes mencionados el juez constitucional ante el cual se propone la acción que no reúne los requisitos de procedencia, debe declarar la inadmisibilidad de la misma y especificar claramente la causa por la que no es procedente.

Es necesario hacer mención del criterio que tiene la Corte Constitucional del Ecuador, respecto de las causales de improcedencia e inadmisibilidad para lo cual se cita expresamente su pronunciamiento señalado en la sentencia 102-13-SEP-CC, que en lo pertinente señala:

“De la distinción efectuada en el acápite anterior, entre admisión y procedencia de las acciones de garantías jurisdiccionales, se desprende que los numerales comprendidos entre el uno y el cinco del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no podrían bajo ninguna concepción considerarse requisitos de admisibilidad, dado que su constatación no podría satisfacerse mediante auto sucinto en admisión, lo que inclusive devendría en una clara inobservancia a la obligación constitucional del juzgador de sustanciar la garantía jurisdiccional de protección de los derechos.

La verificación de las causales de improcedencia de las acciones de protección (artículo 42 numerales del 1 al 5) requiere de una fuerte carga argumentativa que no puede satisfacerse en el primer acto procesal de admisión, pues supone que la jueza o juez constitucional, sin que haya mediado el trámite constitucional establecido para la sustanciación de garantías jurisdiccionales (audiencia, pruebas, documentos e informes), ha formado debidamente su criterio para inadmitir a trámite una acción de

protección, basándose en una de las cinco primeras causales del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En este sentido, una interpretación conforme a lo dispuesto por la Constitución y del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el fin de garantizar una adecuada administración de justicia constitucional, lleva a esta Corte Constitucional, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 436 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, a interpretar condicionalmente, con efectos erga omnes el referido artículo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el siguiente sentido:

El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión, previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será al calificar la demanda mediante auto. En tanto, las causales de improcedencia de la acción de protección, contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas, mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”

Conforme a lo mencionado son causas de improcedencia de la acción de protección las comprendidas entre los numerales uno y cinco del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, pero es necesario enfatizar en el hecho de que la determinación de la existencia de una de estas causales, exige un análisis por parte del Juez constitucional, sustentado en elementos de prueba, y por lo tanto no pueden ser declaradas en el primer acto procesal, es decir en la admisión de la correspondiente acción.

El criterio jurisprudencial determina también que las causales contenidas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pueden ser establecidas y declaradas al momento de la calificación de la demanda, pues en efecto son causas de inadmisión de la acción de protección; pero las causales previstas en los numerales del 1 al 5 del mismo artículo antes señalado, tendrán que ser declaradas en sentencia motivada, como causales de improcedencia de la acción de protección.

En cuanto se refiere al 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional, en la sentencia referida, plantea lo siguiente:

“Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto, podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”.

Conforme lo resuelto, los requisitos señalados en el artículo 40 de la Ley analizada, son causales cuya existencia debe ser analizada, considerando el asunto controvertido objeto de la acción de protección, por lo tanto deberán ser declaradas por el Juez constitucional, sólo mediante una sentencia motivada pronunciada de acuerdo con las exigencias constitucionales y legales.

### **LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO UNA ACCION NO RESIDUAL**

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al contemplar en el numeral 3 de su artículo 44, que para la procedencia de la acción de protección debe verificarse la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, está otorgando a esta garantía jurisdiccional un carácter de residual, contraviniendo de esta forma el precepto constitucional planteado en el

sentido de que ninguna norma legal podrá restringir los derechos reconocidos en la Constitución.

Correa (2010), explica con mayor claridad y expone objetivamente los argumentos de por qué la acción de protección es no residual.

“Con la vigencia de la Constitución de 2008 y el establecimiento de la acción de protección, como mecanismo de defensa constitucional, se ha planteado un debate entre la comunidad jurídica de nuestro país, discusión que se contrae a la determinación de la residualidad o no residualidad de esta acción.

En este estado de la investigación, consideramos pertinente, para dilucidar el tema en cuestión, referirnos a la naturaleza no residual de la que gozaba la acción amparo constitucional dentro del marco establecido por la carta política de 1998.

Al respecto, y de acuerdo con el criterio del constitucionalista ecuatoriano Rafael Oyarte Martínez, indicamos: “Mucho se ha hablado acerca de la residualidad del amparo. La residualidad implicaría que el amparo es una acción subsidiaria, que cabe interponerse cuando no existen otras formas o vías de impugnación del acto o bien cuando éstas se han agotado. También se habla de residualidad cuando la acción no se puede interponer si se han activado vías paralelas, esto es cuando se han interpuesto otras acciones”.

En efecto, la jurisprudencia ecuatoriana ha sido reiterativa en este sentido y se ha pronunciado repetidamente por la no residualidad de la acción de amparo constitucional.

La Segunda Sala del Tribunal Constitucional en Resolución No. 0279-2003-RA tiene dicho: “CUARTO.- Respecto a las alegaciones realizadas por el demandado en el sentido de que no procede la acción por cuanto el accionante tiene presentados varios reclamos por el mismo hecho, cabe

reflexionar que los derechos fundamentales forman parte integrante del contenido de la Constitución de un Estado, y siendo aquéllos el principal objeto de las instituciones de control históricamente dadas, dentro de ellas el amparo, resulta que éstas, por tal motivo, tienden a tutelar o preservar el orden constitucional en aquel contenido específico. Por ello, el amparo tiene su razón de ser en el servir de medio de defensa del gobernado frente a los actos ilegítimos del gobernante, y tiene en la Constitución su meta y origen o fuente.

Es la Constitución su fuente porque es creado por ella; y la Constitución es su meta porque la finalidad que con él se persigue es lograr el imperio de los mandatos constitucionales. El amparo es, por consiguiente, guardián del Derecho y de la Constitución. También se debe hacer presente que el amparo es un proceso protector, no residual de conformidad con la Constitución ecuatoriana, y que, por tanto, la interposición previa de acciones ante la justicia ordinaria no enerva esta garantía, que tiene por único objeto suspender actos ilegítimos que vulneren derechos subjetivos constitucionales y que causen daño grave, mas no la de resolver asuntos de lato conocimiento”

Por su parte, el Pleno del Tribunal Constitucional tiene manifestado: “Que, la Constitución de la República, norma suprema del Estado ecuatoriano, al regular la institución del amparo constitucional, lo consagra como un mecanismo fundamental y no residual de defensa de los derechos constitucionalmente protegidos, que al ser vulnerados por actos ilegítimos de las autoridades públicas pueden provocar daños graves. La acción de amparo busca por lo tanto evitar que los ciudadanos sufran daños que no se encuentran jurídicamente obligados a soportar; y esto se inscribe perfecta y lógicamente con el fin del Estado de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, por lo cual no es necesario que se agoten las instancias administrativas o judiciales de forma previa a la presentación de una acción de amparo, ni es necesario tampoco que los daños o los efectos de las actuaciones ilegítimas puedan ser reparados en estas instancias. Lo que nuestra Constitución exige es que el acto sea ilegítimo, que vulnere o

esté por vulnerar uno o más de los derechos constitucionales y que, además esta conducta cause o vaya a causar un daño grave”.

En similares términos se ha pronunciado la Tercera Sala, al indicar que el amparo cabe inclusive aunque existan otras vías de impugnación del acto vulnerador de derechos, así ha manifestado: “OCTAVO.- Erróneamente el Tribunal Distrital No. 3 Cuenca, recogiendo el argumento de los accionados en la audiencia pública, sostiene al resolver que la acción de amparo constitucional tiene el carácter de residual, esta concepción que restringe el amparo, que constituye un mecanismo procesal de defensa y protección efectiva de los derechos subjetivos garantizados en la Constitución Política y que el juez constitucional está llamado a tutelar y garantizar la eficacia de los mismos, frente a los excesos de la autoridad. Esta acción puede ser ejercitada por cualquier persona a efecto de que a través de ella, se adopten medidas urgentes para suspender provisionalmente el acto actual o inminente, y a través de su resolución disponer el que cesen o sean reparados los derechos ciudadanos conculcados; ello no obstante tener el afectado la posibilidad de recurrir por la vía judicial, que como bien conocemos, sujetarse a ella, implica una larga y costosa tramitación, mientras que a través de este procedimiento especial, por ser ágil y eficaz, y basado en los principios de preferencia y sumariedad, se pretende proteger de manera inmediata cualquier lesión actual o posible de los derechos constitucionalmente reconocidos. Estos fundamentos han sido recogidos por el Tribunal Constitucional, señalando que el amparo constitucional no es un recurso residual o que procede una vez que se ha agotado todas las vías o procedimientos ante otros jueces e instancias, como equivocadamente lo señala el Juez de instancia”.

Los mecanismos de defensa constitucional son instituidos con el objeto de precautelar los derechos que constan reconocidos en el cuerpo constitucional, por tanto, dentro de un estado constitucional de derechos y justicia, en el cual los derechos y su realización son el deber fundamental de la organización política, no cabe la posibilidad de residualizar dichos procedimientos de defensa constitucional, otorgarles una naturaleza

subsidiaria, pues tal situación, pondría en entredicho la vigencia e intangibilidad de los derechos y de la Constitución misma, ya que sus mandatos no serían de aplicación directa como dispone en el numeral 3 de su Art. 11; en consecuencia, afirmamos que las normas constitucionales no son simples enunciados o declaraciones de principios, por tal motivo, sus disposiciones deben observarse aún cuando el legislador no las haya desarrollado. Lo dicho resulta aplicable aún cuando el constituyente se haya remitido a la ley y esta no haya sido dictada, puesto que, la omisión legislativa, no puede ser causa de incumplimiento de la Constitución.

Dentro de este contexto, no entendemos a cabalidad, como la Asamblea Nacional ha introducido dentro del ordenamiento jurídico una disposición como la contenida en el numeral 3 del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que transcrita dice: “Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.

Esta disposición sale del marco del estado constitucional, intenta desfigurar la naturaleza de la acción de protección y desoye el mandato constitucional del Art. 88, norma que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, y que además, es clara y no impone requisitos; por el contrario, concibe a la acción de protección como un mecanismo expedito, listo para ponerse en marcha cuando las circunstancias lo demanden.

Por otra parte, la regla señalada se encuentra en contradicción con lo dispuesto en el numeral 4 del Art. 11 de Constitución: “4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Como se ha expuesto con notoriedad, la acción de protección es un mecanismo o fórmula procesal, declarativa, de fondo, que repara integralmente y que al estar en salvaguarda de derechos fundamentales, esta no es bajo ninguna óptica una acción de tipo residual, es decir, aquella

que requiere del agotamiento de las vías previstas ante la justicia ordinaria para su reparación, por tanto no es tampoco excepcional.

Vale resaltar que ni siquiera el amparo en su calidad de acción cautelar, tenía un carácter de ser subsidiario, siguiendo la línea de Rafael Oyarte Martínez, resultaba ilógico pensar que el amparo podía ser residual, en tanto que si esperaba hasta que a que el acto administrativo ilegítimo se cumpla íntegramente, con el principio de ejecución como atributo del mismo, el daño se llegaría a consumir, y por tanto no se podía esperar a agotar las vías articuladas por la justicia ordinaria o la vía administrativa para que seas factible la interposición de un amparo. Si esto sucedía con el amparo, la amplitud de ejercicio y tutela de los derechos que da la acción de protección es mucho mayor, tanto porque declara la vulneración del derecho así como porque lo repara.

Por las consideraciones y razonamientos realizados en los distintos capítulos del presente estudio, podemos concluir afirmando, que dentro del marco de la Constitución de 2008, mismo que determina que el Ecuador se convierta en un estado constitucional de derechos y justicia, la noción de la garantía como fórmula procesal, estimamos suficientemente explicada el carácter y naturaleza de los cuales se ve revestida la acción de protección como mecanismo de defensa constitucional, las cual, no obstante ciertas disposiciones legales, no tiene, bajo ninguna perspectiva, naturaleza residual o subsidiaria, pues, como se ha expuesto, esto va en contra de la noción misma del estado constitucional de derechos y justicia, del real y efectivo imperio de la Constitución y de los derechos en ella reconocidos". (p. 56-62)

Se exponen con mucha claridad los argumentos por los cuales se evidencia la existencia de una contradicción jurídica entre la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en la parte pertinente establece un criterio que impone a la acción de protección la naturaleza de convertirse en un medio residual de protección de derechos; y las normas de la Constitución de la República del Ecuador, que determina que la acción de protección se convertirá en un medio eficaz y efectivo de

garantizar los derechos, y que las disposiciones legales no podrán restringir los derechos de las personas.

La aplicación de la acción de protección con un carácter residual pone en un grave riesgo de vulneración, los derechos constitucionales de las personas, pues en la práctica jurídica se exige que se verifique que no hay ningún otro medio para hacer efectiva la defensa judicial y proteger el derecho vulnerado, en consecuencia se relega una garantía de orden jurisdiccional al hecho de que no exista otra vía jurídica por la cual se haga efectivo el derecho, situación que le resta eficacia e importancia a la acción de protección como garantía constitucional destinada de manera específica a proteger eficientemente los derechos constitucionales, los reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales y los que son indispensables para el desarrollo de la vida individual y colectiva del ser humano, para los cuales no está prevista ninguna otra garantía de rango constitucional.

Por las puntualizaciones anteriores se justifica el hecho de que es necesario que se incorpore en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las pertinentes reformas para eliminar la posibilidad que la acción de protección sea afectada por un carácter residual y más bien se convierta en una garantía que debe aplicarse de forma inmediata con la finalidad de tutelar y proteger de la mejor manera posible el derecho constitucional vulnerado.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN**

El estudio corresponde a un enfoque mixto, cuali-cuantitativo ejecutado en dos fases. En una primera fase de naturaleza cualitativa se procedió a la revisión de la doctrina, las normas legales y la jurisprudencia utilizando la técnica del análisis documental. Para fortalecer la tesis se procedió en una segunda fase a ejecutar una entrevista diagnóstica a expertos del derecho con la finalidad de conocer su opinión acerca de la temática de estudio.

Acorde con su finalidad se ejecutó una investigación de tipo pura ya que su objetivo es contribuir al conocimiento de la acción de protección.

De acuerdo con el nivel de profundidad, la investigación es de tipo descriptiva ya que se presentan elementos que describirán la acción de protección desde variables histórica, jurídica y doctrinaria.

Por su enfoque temporal, la investigación es transversal por cuanto se analizara la doctrina y se entrevistará a expertos en un solo momento del tiempo.

Por su nivel de impacto se trata de una investigación macrosocial por ser un tema de naturaleza jurídica que afecta a todos los ciudadanos.

Este proyecto explora las diversas teorías y criterios doctrinarios en torno a la evolución histórica de la acción de protección, su concepción y regulación actual, y la eficacia que la misma tiene como garantía jurisdiccional para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador. Así mismo está orientado a describir la forma en que viene siendo aplicada la acción de protección en la

sociedad ecuatoriana, pretendiendo demostrar la efectividad de esta acción, considerando para ello el carácter de residual de la misma que le impone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en contradicción con los preceptos constitucionales de protección a los derechos de las personas, pretendiendo explicar las razones por las cuales existe controversia en esta materia.

## **PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN**

**Universo de estudio:** El universo de investigación está integrado por los abogados en libre ejercicio que cumplen su actividad profesional en la ciudad de Chone, provincia de Manabí, República del Ecuador.

**Selección de la muestra:** Para la determinación de la muestra a investigar, se seleccionará al azar una población integrada por diez profesionales del derecho, por lo tanto corresponde a un tipo de muestreo de caso típico seleccionado por conveniencia del investigador. El muestreo de caso típico pretende mostrar a quién no está familiarizado con la realidad objeto de análisis los rasgos más comunes de dicha problemática analizada a partir del consenso de opiniones entre informantes clave, buenos conocedores de la realidad bajo estudio.

### **Técnicas de Investigación:**

**Análisis Documental:** A ser utilizado para la revisión de la doctrina.

**Procedimientos para la recolección de la información:** Para la recolección de la información, dada la naturaleza del presente trabajo investigativo, se privilegiará principalmente la consulta bibliográfica, que permitirá recopilar, los referentes conceptuales, doctrinarios, jurídicos y jurisprudenciales existentes acerca de la temática investigada.

A través del análisis de la información obtenida de parte de los abogados que integren la muestra investigada mediante de la aplicación de una entrevista, será posible determinar la forma en que viene aplicándose la acción de protección como garantía jurisdiccional de amparo eficaz y directo para la vigencia de los derechos constitucionales de las personas. Para la ejecución de las entrevistas se utilizará un guión con preguntas cerradas que permitirá sistematizar la información a obtenerse. El guión será construido utilizando las variables que estructuran la hipótesis, es decir, las preguntas se elaboraran en torno a la verificación de dichas preposiciones.

Dentro de la matriz de criterios para la elaboración de la entrevista, se consideran los siguientes:

- Acción de protección.
- Uso arbitrario e injustificado de la acción de protección.
- Problemas en la administración de justicia constitucional.
- Aplicación de la acción de protección con carácter residual.
- Derechos constitucionales de las personas.

### **Variable Independiente**

*“Carácter residual de la acción de protección”*

### **Variable Interviniente**

*“Uso indiscriminado de la acción de protección en la práctica”*

### **Variable Dependiente**

*“Inseguridad jurídica en los derechos de las personas”*

## **CAPÍTULO IV**

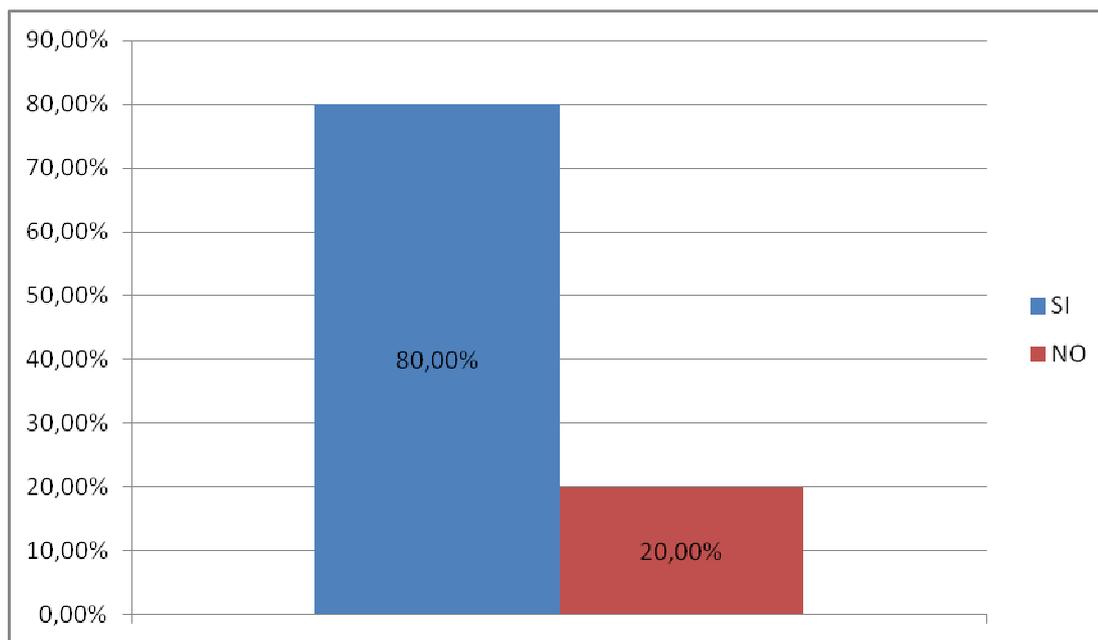
### **ANÁLISIS DE RESULTADOS**

Para obtener datos objetivos acerca de la investigación desarrollada se decidió la aplicación de una entrevista a profesionales del derecho que se desempeñan en el libre ejercicio de la abogacía en la ciudad de Chone de la provincia de Manabí.

#### **PRESENTACIÓN DE RESULTADOS**

Los resultados obtenidos en el proceso investigativo desarrollado son presentados de acuerdo al orden en que fueron planteadas las inquietudes a los profesionales participantes.

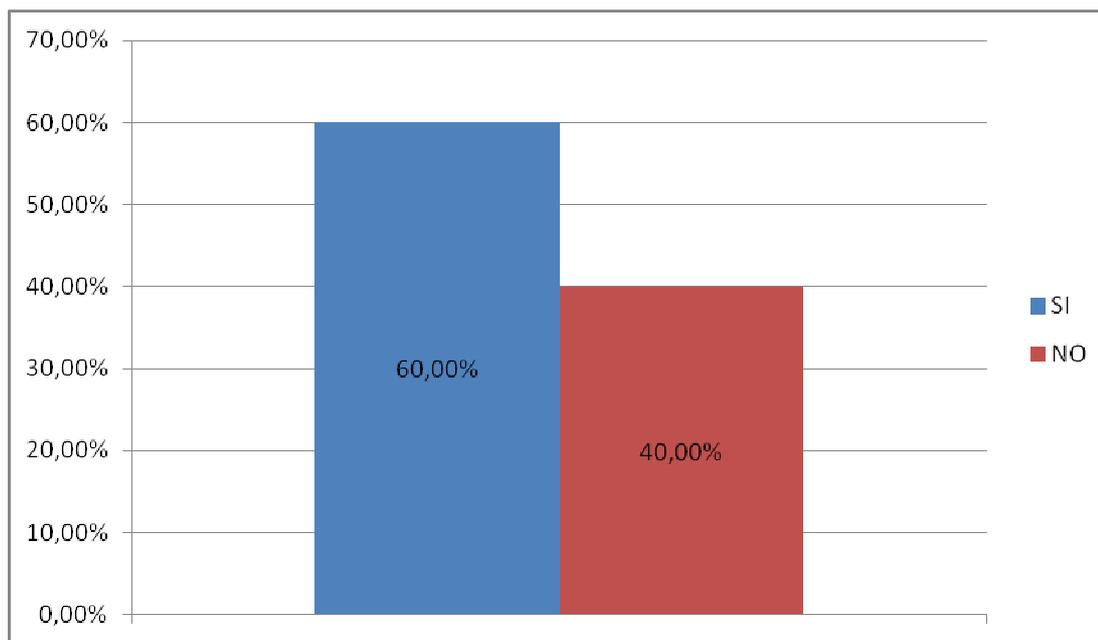
**¿En la práctica jurídica constitucional ecuatoriana, se hace un uso arbitrario e injustificado de la acción de protección y que esto ocasiona problemas para la administración de justicia y la vigencia de los derechos de las personas?**



La información proporcionada permite establecer que existe un criterio contundentemente mayoritario en el sentido de aceptar que en la práctica jurídica constitucional ecuatoriana, si se hace un uso arbitrario e injustificado de la acción de protección y esto provoca como consecuencia que deban enfrentarse problemas en la administración de justicia, y que no se garantice eficientemente los derechos constitucionales de las personas amparados por esta garantía jurisdiccional.

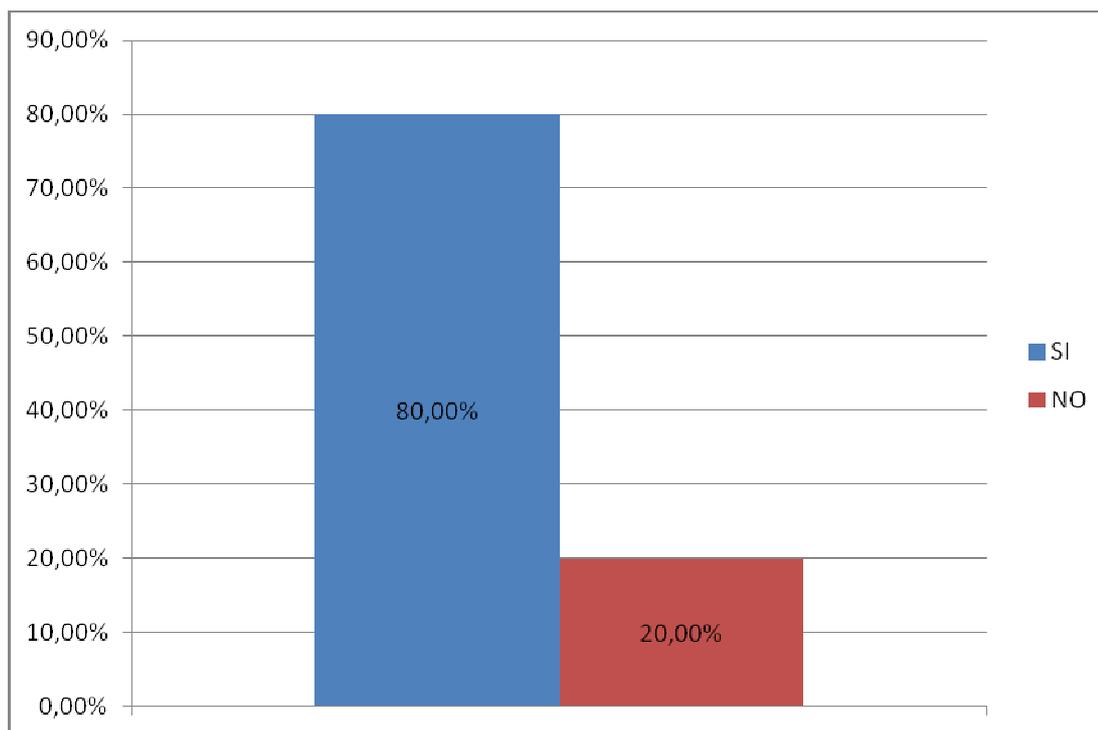
En verdad, como se planteó en el estudio conceptual, doctrinario y jurídico que se ha realizado en la parte pertinente de esta investigación, existe un uso arbitrario e indiscriminado de la acción de protección, determinándose que no hay una preparación profesional suficiente de quienes patrocinan dichas acciones y que esto ocasiona el entorpecimiento de la administración de justicia, pues tiene que invertirse recursos y tiempo en tramitar acciones que no tienen sustento, dejando de lado aquellas en las que efectivamente se verifican las causas por las cuales es procedente la acción de protección.

**¿De acuerdo con su experiencia considera usted que en la administración de justicia constitucional ecuatoriana, la acción de protección se aplica con carácter residual?**



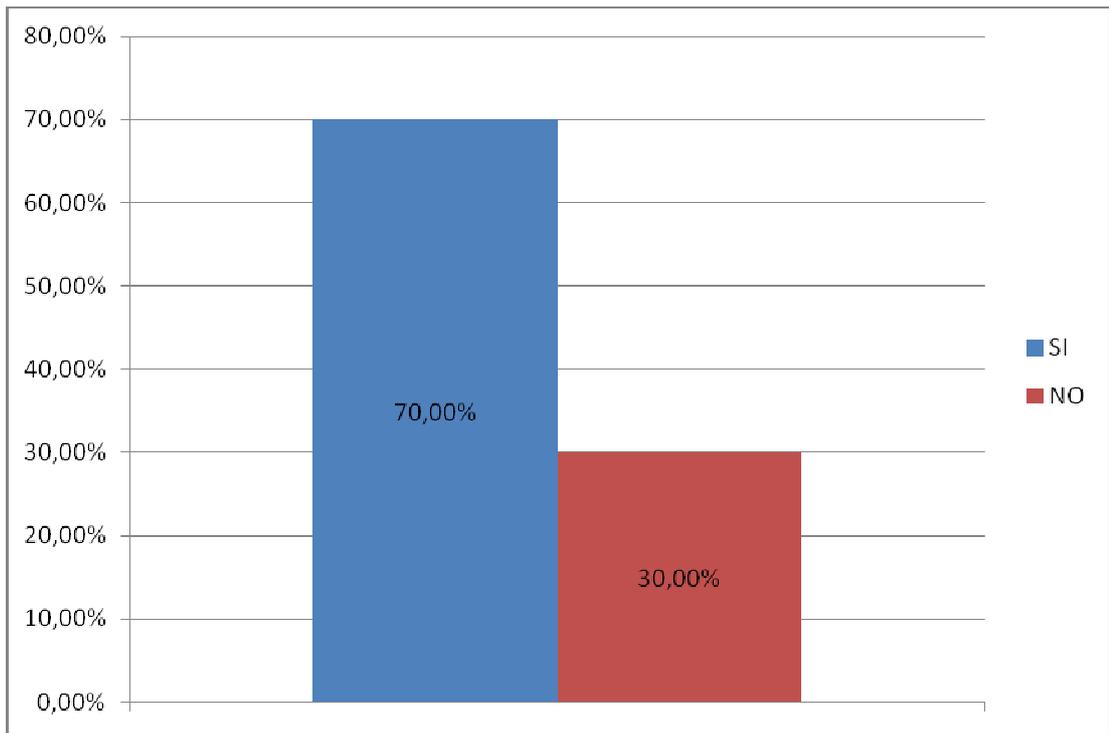
Partiendo de la experiencia profesional acumulada por parte de las personas, profesionales del derecho que participaron de la entrevista realizada se puede establecer que en la administración de justicia ecuatoriana, si se aplica la acción de protección con un carácter residual. Esta opinión, planteada por la mayoría de los participantes, confirman los criterios expresados en la investigación donde en la parte pertinente se dejó claro que por las contradicciones que se evidencian entre el régimen previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y la Constitución de la República del Ecuador, existe una aplicación residual de la acción de protección, lo que resta efectividad y eficiencia a esta garantía jurisdiccional para tutelar efectivamente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos jurídicos internacionales vigentes en nuestro país.

**¿Según su experiencia cree que al aplicarse la acción de protección con un carácter residual, provoca que no exista una garantía efectiva de los derechos constitucionales de las personas?**



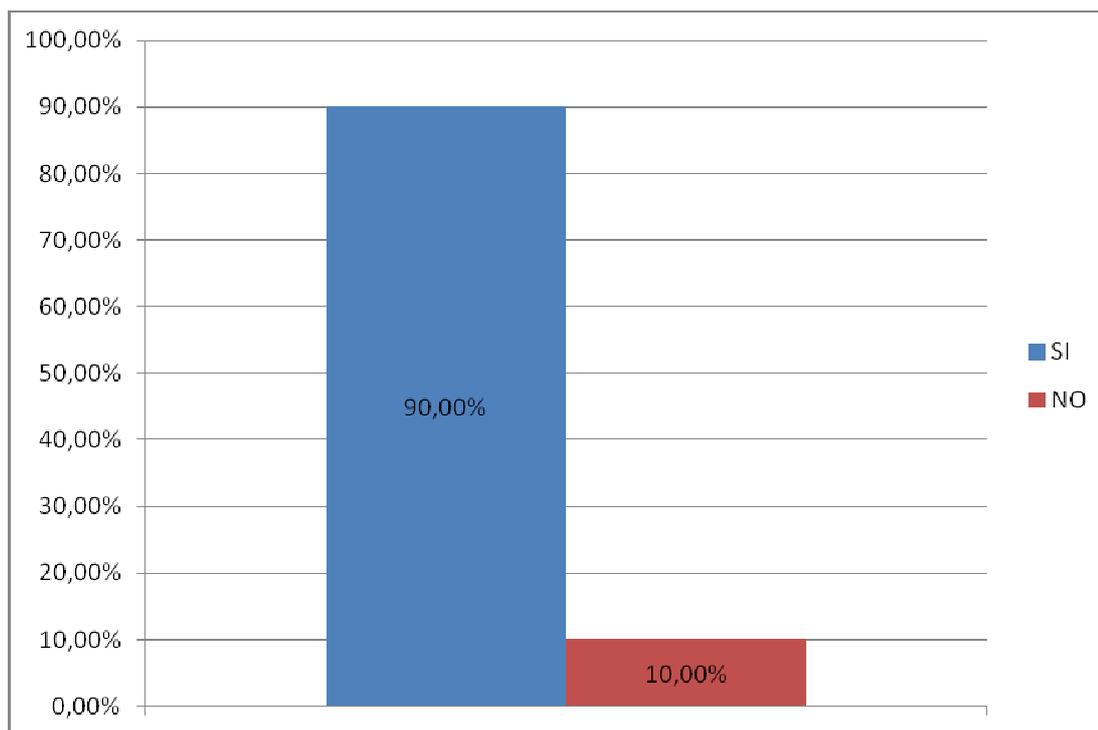
Considerando los criterios señalados en la pregunta anterior, se establece que al aplicarse en la práctica jurídica procesal constitucional ecuatoriana, la acción de protección con carácter residual, da como consecuencia que no se cuente con una garantía efectiva de los derechos constitucionales de las personas. Como se manifestó anteriormente en este trabajo, la residualidad que afecta a la acción de protección debido a la existencia de contradicciones entre el régimen legal que regula su procedencia y las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador, hace que esta garantía jurisdiccional deje de ser una garantía efectiva para la protección y tutela de los derechos constitucionales.

**¿Considera usted que el uso indiscriminado e imprudente de la acción de protección, contradice las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador sobre esta garantía jurisdiccional y provoca inseguridad jurídica para la vigencia de los derechos constitucionales de las personas?**



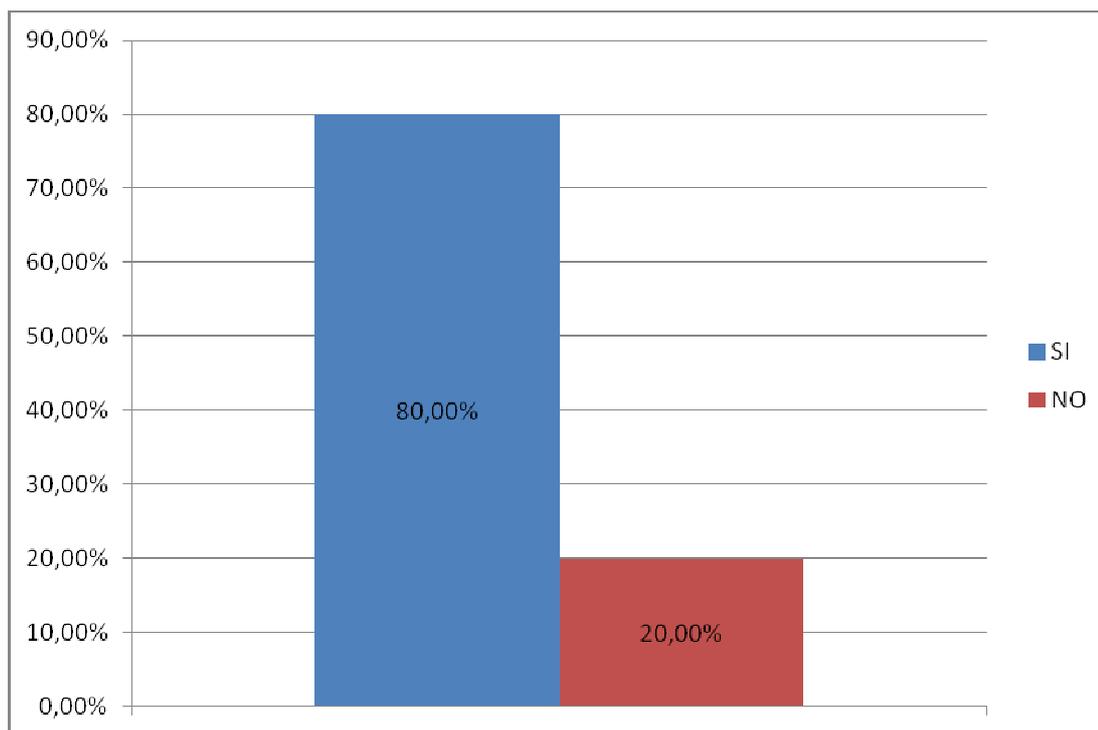
Tenemos que en la presente pregunta, los profesionales del derecho que participaron de la entrevista a través de sus respuestas, confirman que al hacerse un uso indiscriminado e imprudente de la acción de protección, se está contradiciendo las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador, respecto a esta garantía jurisdiccional, y consecuentemente se genera inseguridad jurídica para la vigencia de los derechos constitucionales de las personas. Estos criterios, recopilados de quienes participaron en la investigación de campo como entrevistados, sirven para confirmar dos situaciones que se hace un uso indiscriminado e imprudente de la acción de protección debido a que se plantean acciones sin ningún sustento legal; y que se contradicen las normas constitucionales según las cuales la acción de protección es una garantía efectiva de los derechos de las personas generando inseguridad jurídica debido a que en algunos casos no se otorga la tutela y protección urgente por la acumulación indiscriminada de estos procesos.

**¿Cree usted que sería conveniente que la acción de protección sea aplicada como una garantía no residual de protección de los derechos constitucionales de las personas?**



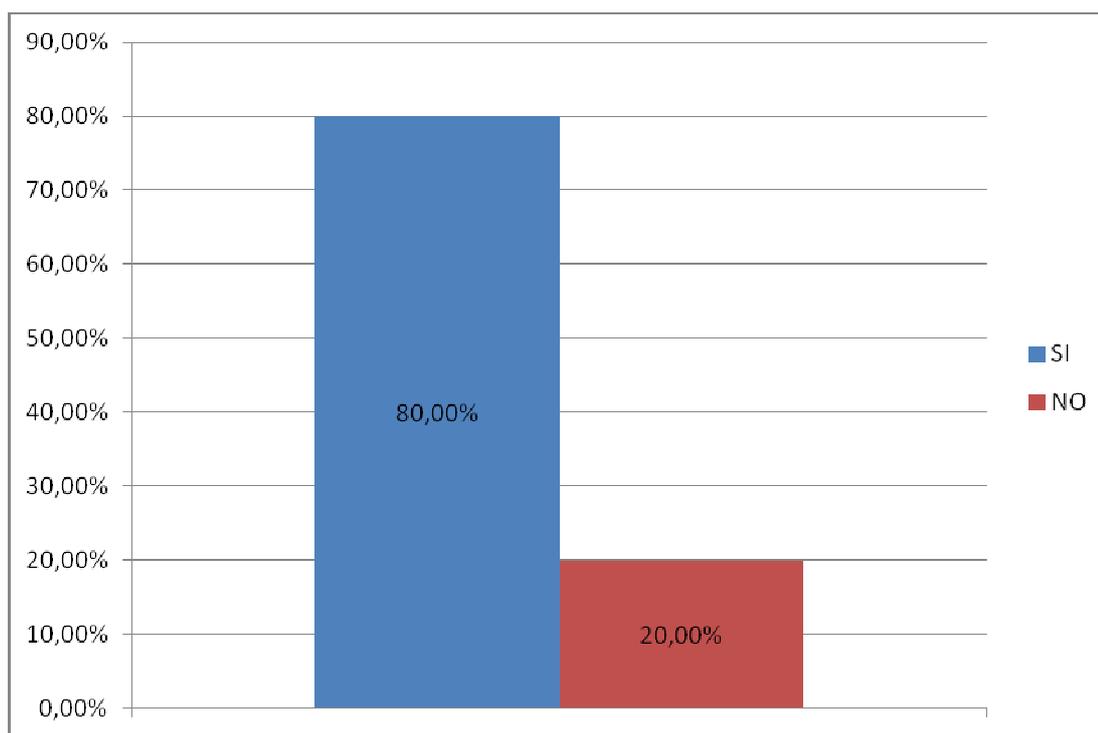
En el presente caso se obtiene la respuesta positiva de una contundente mayoría de los profesionales del derecho que fueron entrevistados, quienes asumen que sí sería conveniente que la acción de protección como un garantía jurisdiccional prevista en el ordenamiento constitucional y legal ecuatoriano, se aplique como una garantía no residual de protección de los derechos constitucionales de las personas. Es decir las personas entrevistadas, están de acuerdo en que la acción de protección debe ser considerada como una garantía no residual y aplicarse de esta forma para convertirse en un medio eficaz de tutela a los derechos de las personas reconocidos en la Constitución.

**¿Considera usted que en lo preceptos establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sobre la procedencia de la acción de protección, existe una contradicción a las normas señaladas en la Constitución de la República del Ecuador, respecto a la supremacía constitucional, ya que ninguna norma legal puede restringir la aplicación de los derechos constitucionales?**



Los resultados que se han obtenido en la presente pregunta permiten establecer que los preceptos que están contemplados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto a los casos de procedencia de la acción de protección, guardan una contradicción con las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador, sobre la supremacía constitucional, debido a que ninguna norma legal puede ser restrictiva de los derechos constitucionales. La contradicción existente entre la normativa legal y los preceptos constitucionales quedó debidamente evidenciada en la parte pertinente de la recopilación teórica presentada en esta investigación, por lo cual son pertinentes las respuestas de las personas entrevistadas que sirven para ratificar lo señalado en este trabajo investigativo.

**¿Cree usted que sería conveniente plantear una propuesta jurídica de reforma la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con la finalidad de regular de mejor forma la procedencia y aplicación de la acción de protección?**



Los resultados que se han obtenido en esta pregunta permiten establecer que sí sería conveniente que se realice el planteamiento de una propuesta jurídica de reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el propósito que se regule de mejor manera la procedencia y aplicación de la acción de protección. Esta información sirve para demostrar que la propuesta jurídica que constará como aporte final de esta investigación, en la parte pertinente de la misma, es factible y necesaria con la finalidad de convertir a la acción de protección en un mecanismo eficaz para garantizar los derechos constitucionales de las personas.

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **CONCLUSIONES**

La acción de protección fue instituida en la Constitución de la República del Ecuador vigente a partir del año 2008 como una garantía jurisdiccional que tiene por objeto proteger de manera directa y eficaz los derechos reconocidos en la Constitución, en los Instrumentos Jurídicos Internacionales, de los definidos en las resoluciones de la Corte Constitucional de Justicia y de todos aquellos que son indispensables para el desarrollo individual y colectivo de las personas que no son objeto de protección de otras garantías jurisdiccionales.

En la práctica jurídica constitucional ecuatoriana se hace un uso arbitrario e imprudente de la acción de protección, esto ha provocado que exista una excesiva carga procesal a consecuencia de una serie de acciones que no tienen ningún sustento constitucional ni legal, pero que afectan la adecuada administración de justicia constitucional, generando inseguridad jurídica para la vigencia de los derechos constitucionales de las personas.

Existe en la práctica procesal constitucional que se desarrolla en el Ecuador una aplicación de la acción de protección con un carácter residual, lo cual impide que se constituya en una garantía eficiente de los derechos constitucionales de las personas.

Se identifica un contradicción jurídica entre la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que da un carácter residual a la acción de protección y las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador, sobre el principio de supremacía constitucional, por el cual ninguna norma jurídica vigente en el país puede ser restrictiva de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento constitucional, la cual

impide que la acción de protección sea un medio eficaz de tutela y protección de los derechos de las personas.

## **RECOMENDACIONES**

El ejercicio ético de la abogacía exige que los profesionales del derecho en el patrocinio de los procesos para la vigencia de los derechos y garantías de las personas se ajusten fielmente a los presupuestos constitucionales y legales para la procedencia de la acción de protección, y no recurran a ésta como un medio a través del cual se pueda retardar la eficiente administración de justicia, en perjuicio de los intereses nacionales que requieren que esta sea pronta y eficaz.

Es indispensable que los jueces de primer nivel, que al conocer una acción de protección se convierten en jueces constitucionales, en caso de determinar que las acciones propuestas, se apartan de los presupuestos de procedencia determinados legalmente y que obedecen a la velada intención de obstruir la administración de justicia, impongan las sanciones pertinentes a los profesionales del derecho que si actúan.

La Asamblea Nacional de la República del Ecuador debe emprender en una revisión profunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con la finalidad de adecuar sus preceptos de que tal forma que las garantías jurisdiccionales sean mecanismos eficientes para proteger los derechos de los ciudadanos ecuatorianos, pues es evidente que en el contenido normativo previsto en la mencionada ley, existen algunas insuficiencias jurídicas así como criterios contradictorios con la norma constitucional, haciéndose indispensable el estudio y reforma de la mencionada normativa.

Es indispensable que formación profesional de los estudiantes de abogacía y de quienes se encuentran en libre ejercicio como profesionales del Derecho esté relacionada y afianzada directamente en el conocimiento conceptual, doctrinario y jurídico de las garantías jurisdiccionales, pues es necesario que

estos medios puedan ser responsable, coherente y efectivamente aplicados en todos los casos en que se determine que son los mecanismos jurídicos pertinentes para garantizar el respeto a los derechos de las personas, en procura de cumplir efectivamente con el Estado Constitucional de Derechos y justicia, en el que vivimos actualmente los ecuatorianos.

## **PROPUESTA**

### **LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

#### **CONSIDERANDO:**

Que, el Ecuador, es de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución de la República, un Estado constitucional de derechos y justicia;

Que, es deber primordial del Estado ecuatoriano garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales;

Que, un principio constitucional de la aplicación de los derechos en el Ecuador es que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales;

Que, en la práctica del derecho procesal constitucional ecuatoriano, la acción de protección viene aplicándose con un carácter residual, lo que afecta la posibilidad de que se convierta en un medio eficaz y derecho de protección de los derechos fundamentales de las personas;

Que, las normas previstas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, contradicen la garantía inmediata y eficaz que la acción de protección debe brindar para los derechos constitucionales de las personas; y,

Que, es necesario reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con la finalidad de asegurar que la acción de

protección sea un medio eficaz, inmediato y oportuno de garantizar los derechos constitucionales de las personas;  
En uso de las atribuciones conferidas por el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, resuelve expedir la siguiente:

## **REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL**

**Artículo único.-** “Suprímase el numeral 3 del artículo 40”.

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA:** Todas las normas que en su contenido se opongan a la presente Ley, quedan derogadas.

**DISPOSICIÓN FINAL:** Esta reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Salón de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, a los veinte días del mes de mayo del 2014.

**f). Presidenta**

**f). Secretaria**

## BIBLIOGRAFÍA

1. Andino, W. (2011). *La Acción Ordinaria de Protección en el Derecho Constitucional. Análisis de la sentencia vinculante de la Corte Constitucional por destitución del Presidente del Consejo de la Judicatura. (Doctrina-Jurisprudencia-Parte Práctica)*. Editorial Jurídica del Ecuador.
2. Andrade, S. y otros (2009), *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*. Editorial Corporación Editora nacional.
3. Aninat, L. (2003). *Los Terceros en el Recurso de Protección*. Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile.
4. Añón, M. (2004). *La Universalidad de los Derechos Sociales: El Reto de la Migración*. Tirant Lo Blanch.
5. Arciniega, H. (2011). *Garantías Constitucionales No. 3, Programa de Divulgación Constitucional con la Ciudadanía*. Corte Constitucional para el Período de Transición.
6. Ávila, R. (2011). *Del Amparo a la Acción de Protección Jurisdiccional*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.
7. Becerra, M. (2007). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco Años de su Funcionamiento*. Universidad Nacional Autónoma de México.
8. Burneo, R.(2009). *Derechos y Garantías Constitucionales en el Ecuador. Evolución y Actualidad. Volumen II*. Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones.

9. Bustamante, C. (2012). *Nueva Justicia Constitucional, Neoconstitucionalismo, Derechos y Garantías, Teoría y Práctica*. Editorial Jurídica del Ecuador.
10. Cevallos, I. (2009). *La Acción de Protección Ordinaria Formalidad y Admisibilidad en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
11. Correa, G. (2010). *La acción de protección: su no residualidad en la legislación ecuatoriana vigente*. Universidad de Cuenca.
12. Cueva, L. (2009). *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Ediciones Cueva Carrión.
13. Chanamé, R. (2010). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Editorial Adrus.
14. Díaz, F. (2004). *Hacia un Sistema constituyente de Derecho Humanos. Reflexiones en torno a la Justicia Constitucional*. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil.
15. Escobar, I. (2008). *Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional, en La Ciencia del derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*. Universidad Nacional Autónoma de México.
16. Ferrer, E. (2008). *Derecho Procesal Constitucional, Origen científico (1928-1956)*. Editorial Marcial Pons.
17. Fix Z., H. (2002). *Breves referencias sobre el concepto y el contenido del derecho procesal Constitucional. Tomado de la obra colectiva Derecho Procesal Constitucional. Editorial Porrúa*.

18. García, G. *Procesos Constitucionales de Protección de los Derechos Fundamentales en el Caso Chileno*. Disponible en: <http://www.cijc.org/actividades/CartagenalIndias2013/Ponencias/Chile.%20Procesos%20constitucionales%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20fundamentales.pdf>
19. Gozaini, O. (2011). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa.
20. Hernández, R. (1995). *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Juricentro.
21. Jaramillo, M. *La Acción de Protección*, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/presentacion1.pdf>
22. Mayta, R. (2010). *Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa en la nCPE*. Universidad Mayor de San Andrés.
23. Montaña, J. (2012). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de Trabajo*. Corte Constitucional para el Periodo de Transición.
24. Nogueira, A. (2010). *La Acción Constitucional de Protección en Chile y la Acción Constitucional de Protección en México*. Universidad de Talca.
25. Oyarte, R. (2006). *La Acción de Amparo Constitucional*. Andrade y Asociados.
26. Sojo, A. y Uthoff A. (2009). *Desempeño económico y política social en América Latina y el Caribe, los retos de la equidad, el desarrollo y la ciudadanía*. Editorial CEPAL.

27. Torres, L. (2003). *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, Editorial Librería Jurídica Cevallos.
28. Velásquez, S. (2010). *Manual de Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Editorial Edino.
29. Zavala, J. (2011). *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*. Edilex S.A., Editores.
30. Zavala, J., y otros (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Edilex S.A., Editores.

## **CONSTITUCIÓN Y LEYES**

1. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
2. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2013, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.

## **JURISPRUDENCIA**

1. Sentencia de Interpretación N° 102-13-SEP-CC de la Corte Constitucional de la República del Ecuador.

## **ANEXOS**

### **GUIÓN DE LA ENTREVISTA**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Señor Abogado:

Con la finalidad de cumplir con un requisito esencial del programa de Maestría en Derecho Constitucional, me encuentro desarrollando el trabajo de Tesis titulado: “LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL ECUADOR, SU NO RESIDUALIDAD Y APLICACIÓN INDISCRIMINADA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA”, por lo que de la forma más comedida acudo a usted y le solicito que se sirva responder las preguntas formuladas a continuación, las respuestas que proporcione son de mucha importancia para poder cumplir con los fines de la investigación por lo que expreso mi infinita gratitud por su participación.

1. ¿En la práctica jurídica constitucional ecuatoriana, se hace un uso arbitrario e injustificado de la acción de protección y que esto ocasiona problemas para la administración de justicia y la vigencia de los derechos de las personas?
2. ¿De acuerdo con su experiencia considera usted que en la administración de justicia constitucional ecuatoriana, la acción de protección se aplica con carácter residual?
3. ¿Según su experiencia cree que al aplicarse la acción de protección con un carácter residual, provoca que no exista una garantía efectiva de los derechos constitucionales de las personas?

4. ¿Considera usted que el uso indiscriminado e imprudente de la acción de protección, contradice las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador sobre esta garantía jurisdiccional y provoca inseguridad jurídica para la vigencia de los derechos constitucionales de las personas?
5. ¿Cree usted que sería conveniente que la acción de protección sea aplicada como una garantía no residual de protección de los derechos constitucionales de las personas?
6. ¿Considera usted que en lo preceptos establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sobre la procedencia de la acción de protección, existe una contradicción a las normas señaladas en la Constitución de la República del Ecuador, respecto a la supremacía constitucional, y a que ninguna norma legal puede restringir la aplicación de los derechos constitucionales?
7. ¿Cree usted que sería conveniente plantear una propuesta jurídica de reforma la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con la finalidad de regular de mejor forma la procedencia y aplicación de la acción de protección?

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**