



RESUMEN

El presente trabajo investigativo tiene por objeto la exposición de los cambios que han operado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con la entrada en vigencia de la Constitución elaborada en Montecristi y que gobierna nuestro sistema normativo desde octubre de 2008. La referida Carta Magna convierte al Ecuador en un **Estado Constitucional de Derechos y Justicia**, modelo que no constituye una simple retórica, si no por el contrario, implica profundos cambios en lo referente a la actividad estatal a través de sus distintas Funciones.

En primer lugar podemos destacar que la Constitución del 2008, es un documento jurídico de aplicación directa e inmediata lo cual subraya el carácter normativo de la misma; luego reconoce un amplio catálogo de **derechos fundamentales**, los cuales constituyen límites y vínculos para la actuación del Estado, en tanto y en cuanto, la organización estatal se encuentra obligada a desarrollarlos en la mayor medida de lo posible, considerando las posibilidades fácticas y la realización de los mismos.

En tal virtud, para que los derechos y principios consagrados en la Constitución se conviertan en realidades, es menester el establecimiento de los mecanismos adecuados para la materialización de los mismos; al efecto, se han creado distintos tipos de **garantías**, por medio de las cuales los administrados podemos concurrir ante las autoridades competentes con el objeto de detener, evitar y reparar las violaciones de derechos. 219



Uno de estos mecanismos es la **acción de protección**, cuyo objeto es el amparo efectivo de los derechos reconocidos constitucionalmente ante violaciones procedentes de actos u omisiones de las autoridades públicas no judiciales, o de particulares cuando se trate de servicios públicos impropios, cuando exista una relación de subordinación o situación de discriminación.

En la práctica, se observa que se desconoce las características de este mecanismo de defensa de derechos constitucionales, en concreto, se sostiene que la acción de protección tiene carácter **residual**, esto quiere decir, que es necesario agotar las instancias administrativas y judiciales para poder interponer esta acción.

PALABRAS CLAVES: ACCIÓN, PROTECCIÓN, RESIDUALIDAD, CONSTITUCIÓN, ECUATORIANA



ÍNDICE.

Introducción.	6
Capítulo 1.	8
Generalidades.	8
1.1.- La pluralidad jurídica.-	12
1.2.- La centralidad de los derechos en la Constitución.-	16
Capítulo 2.	19
La Garantía.	19
2.1.- Noción de garantía.-	19
Capítulo 3	28
La acción de protección	28
3.1.- La naturaleza de la garantía: La cautelaridad del amparo frente a la acción de protección y la reparación integral del daño.-	28
3.2.- La titularidad para accionar.-	37
3.3.- Requisitos.-	38
3.4.- La responsabilidad.-	39
Capítulo 4	41
La acción de protección: referencia a su naturaleza y trámite.	41
4.1.- El órgano que decide.-	43
4.1.1.- Independencia judicial.-	43
4.1.2.- Imparcialidad.-	43
4.1.3.- Sujeción al derecho.-	43
4.2.- El diseño de la garantía.	44
4.2.1.- El objeto de la protección de la garantía.-	44
4.2.2.- Regulación.-	47
4.2.2.1.- La legitimación activa.-	47



4.2.2.2.- Requisitos de la petición.-	48
4.2.2.2.1.- Persona de la que emana el acto o incurre en omisión.-	48
4.2.2.2.2.- La demostración de la existencia del acto u omisión.-	48
4.2.2.2.3.- El daño.-	49
4.2.2.2.3.- Requisitos formales.-	49
4.2.2.2.4.- Procedencia de la protección.-	50
4.2.3.-Naturaleza de la protección.-	50
4.2.4.- Competencia.-	51
4.2.5.- Trámite.-	52
4.2.6.- Reparación.-	53
4.2.7.- Cumplimiento.-	55
 Capítulo 5	 56
La no residualidad de la acción de protección.	56
 Conclusión.	 63
 Bibliografía	 67



**UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

**“LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: SU NO RESIDUALIDAD EN LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA VIGENTE.”**

**TESINA PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL DIPLOMADO EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
FUNDAMENTALES**

AUTOR: ABG. GABRIEL IVAN CORREA BARZALLO

DIRECTOR: DR. ENRIQUE CORREA.

CUENCA-ECUADOR

2010



INTRODUCCIÓN.

La vigencia de la nueva Constitución elaborada en Montecristi, introduce un modelo de estado al cual el Ecuador debe ajustarse; la referida Carta Magna, introduce un paradigma sustancialmente diferente del propuesto en la Constitución de 1998.

El presente estudio tiene por propósito desarrollar ciertas nociones de relevancia dentro del nuevo esquema constitucional, en concreto, a que se refiere el Art. 1 de la CRE, esto es, en que consiste el estado constitucional de derechos y justicia; pues, cada uno de estos adjetivos implica severos cambios en el pensamiento y procederes políticos de quienes componen las funciones estatales; la instauración de nuevas nociones y principios, todos en aras del respecto de los derechos fundamentales, creaciones éstas, que son anteriores y superiores al estado y por tanto son intangibles para los poderes públicos.

La presente investigación persigue el desarrollo de un concepto de la garantía como mecanismo de defensa constitucional, y en particular, nos referiremos a la acción de protección y su naturaleza no residual, tema que ha creado controversia dentro de quienes nos vemos de alguna forma familiarizados con el Derecho y sus intrincados senderos; polémica que se contrae al carácter residual o no de la acción de protección, situación que no ha sido pacífica entre juzgadores, letrados y comunidad en general.

En razón de ser un tema de importancia mayúscula, pues creemos que de las conclusiones a las que pueda arribarse, depende mucho la efectiva y real



vigencia de la Constitución y de todos los principios, derechos y garantías reconocidos por ella, ya que en cierto sentido, el sostener la residualidad de las acciones de defensa constitucional implica, en cierta medida, que la Constitución sea o no una mera declaración programática de principios, y no como efectivamente es, un cuerpo normativo con vida autónoma, cuya referencia se vuelve forzosa en todos los ámbitos de la convivencia social.



CAPÍTULO 1.

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: SU NO RESIDUALIDAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA VIGENTE.

GENERALIDADES.

El proceso constituyente vivido por el Ecuador en el año 2008, concluyó con la entrada en vigencia de una nueva Constitución, la que rige nuestro ordenamiento desde el 20 de octubre de 2008 (R.O. No. 449); Carta Magna que introduce un nuevo paradigma dentro del cual el estado ecuatoriano debe inscribirse.

Este nuevo arquetipo planteado por la Constitución de la República del Ecuador, se describe en su Art. 1 cuando indica: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”, cambiando, así, el “Estado social de derecho” de 1998.

Cada una de las características introducidas por el Art. 1 de la CRE, implica profundos cambios en lo que a la estructura estatal se refiere, por tanto, creemos pertinente, a los fines del presente estudio, conocer someramente lo esencial de las mismas.

El Estado constitucional resulta del desarrollo del Estado legal, modelo regido por el principio de legalidad, precepto por el cual, los actos del poder público serán válidos mientras estén permitidos por el ordenamiento jurídico, consecuentemente, el acceso y el ejercicio de la autoridad está sometido al



imperio de la ley. Por su parte, los actos privados son permitidos mientras no estén prohibidos, asimismo, por la ley.

La aparición del Estado legal constituye un adelanto verdaderamente valioso, pues su antecedente histórico, el Ancian Régimen (Estado absoluto), resulta una estructura donde la autoridad, concentrada en una persona o clase política, es anterior y superior a la ley, siendo competente para producir normas, administrar la Nación y la justicia; no teniendo límites en sus actuaciones, la ley se elabora sin procedimientos preestablecidos y se aplica sin el intermedio de reglas, primando la discrecionalidad y la arbitrariedad.

En el estado legal, la norma determina la autoridad y la estructura de poder; se forma en estricto apego de procedimientos determinados con antelación; establece las tres funciones del Estado: ejecutiva, legislativa y judicial, independientes entre ellas. Teóricamente el ejercicio del poder se divide entre las funciones, lo cual resulta conforme democracia. Sin embargo, la práctica evidencia, que en los estados legales, el poder se concentra en la clase política que compone el legislativo, pues todos los actos de autoridad se sujetan a la ley, y al no existir límites respecto de las materias que le competen reglar, el legislador puede controlar las actuaciones del ejecutivo e influir en el judicial. El parlamento puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías, puede incluso, cambiar la constitución, pues ésta, generalmente, no es rígida.

En contraste, el Estado constitucional se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley; dentro de este



modelo, las máximas autoridades están definidas en la Carta Magna, tanto su nominación, su forma de designación como sus competencias; las normas se producen con arreglo a los procedimientos fijados constitucionalmente; en estos aspectos existe similitud entre los modelos en análisis; la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder, recoge el catálogo de los derechos, cuya consecución será la finalidad del estado; determina los órganos del Estado, encargados de garantizar los derechos; establece los mecanismos de participación y las formas de protección de los derechos.

Dentro de este modelo, las disposiciones constitucionales son directamente aplicables, por y ante cualquier persona, autoridad o juez; en consecuencia, la norma constitucional no requiere de desarrollo legal para ser aplicable.

Al tener este carácter vinculante, es menester la existencia de una autoridad capaz de sancionar su incumplimiento, prerrogativa que en el Ecuador le corresponde a la Corte Constitucional (Art. 429 CRE), órgano con competencia para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y toda otra norma de carácter general y obligatorio, actos administrativos políticas públicas y providencias judiciales; se le confiere la facultad de referee para la resolución de conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones.

Otra de las características importantes de este estado constitucional, es la trascendencia adquirida por los derechos dentro del mismo, pues se constituyen en límites y vínculos de la actuación estatal. Límites porque ningún



poder los puede desconocer, aún tratándose de mayorías legislativas (numeral 4 del Art. 11 CRE), en razón de lo que se persigue es minimizar la violación de los derechos; y, vínculos en tanto y en cuanto los poderes estatales están obligados a efectivizarlos en procura de la maximización del ejercicio de los derechos.

La mayor diferencia entre los paradigmas legal y constitucional es el modo en que se determina la agenda legislativa; así, en el modelo legal, la materia a reglarse depende exclusivamente de la representación parlamentaria. Siempre que el legislador respete el procedimiento para la elaboración de la norma, el cuerpo legal expedido se supone justo y su validez no puede ponerse en entredicho. Al contrario, en el paradigma constitucional existen expresas prohibiciones para el legislador, tales como no emitir leyes contrarias a la Constitución o los derechos y existe un marco referencia para legislar.

Por otra parte, el Art. 1 de la Constitución del 2008 convierte al Ecuador en un estado de derechos, modelo que supera los esquemas estatales absoluto y de Derecho.

El estado absoluto se caracterizó por la supremacía del poder respecto del Derecho; por el contrario, en el estado de Derecho, la norma se impone a la organización, sujeción que podemos considerarla desde dos puntos de vista: el Derecho es entendido únicamente como la ley, ó, como el sistema jurídico formal, lo que significa el sometimiento a la Constitución.

Dentro de este último esquema el Derecho constituye el referente para la comprensión de los fenómenos políticos y jurídicos; el mismo Derecho crea e



interpreta el Derecho y soluciona los problemas producidos por la sociedad, por tanto, se erige como autónomo sin requerir del concurso de ninguna otra ciencia para su comprensión o aplicación; consecuentemente, el estado es el destinatario principal del Derecho y exclusivo obligado.

Por su parte, el estado de derechos se caracteriza porque los derechos, creaciones anteriores y superiores al estado, imponen límites y vínculos a todos los poderes, sean éstos públicos o privados.

Este paradigma modifica profundamente los puntos de referencia y análisis, así, el estado y el Derecho están sometidos a los derechos de las personas y colectividades, lo cual implica que la función legislativa no posee libertad absoluta para ordenar la norma; por otra parte, el destinatario de las obligaciones ya no es únicamente el estado, sino toda persona natural o jurídica que ostente poder y que pueda vulnerar o vulnere derechos.

Este modelo estatal nos obliga a realizar un nuevo análisis referente a la comprensión de las finalidades de la organización política, debiendo, al efecto, considerar:

1.1.- La pluralidad jurídica.- En el estado legislativo la única fuente del derecho es la ley, las demás que puedan invocarse sirven de complemento a la principal, lo cual asegura la materialización de la seguridad jurídica; por su parte el estado de derechos multiplica los sistemas jurídicos y las fuentes de los derechos, de este modo reconoce otros varios derechos además del producido por la función legislativa:



- a) La autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales); en el estado constitucional, el juzgador deja de ser “boca de ley” convirtiéndose en “cerebro y boca de la Constitución”¹, mutación que le obliga a justiciar aplicando los principios recogidos por la CRE.

El estado legislativo materializó la seguridad jurídica a través del monopolio de la producción legal, con este objeto, procuró reconocer derechos a través de normas hipotéticas.

La norma hipotética o regla, se compone de un supuesto de hecho y una obligación; el primera debe cumplirse en la realidad, sucedido lo cual el juez puede imputar determinada situación a una persona y subsumirlo en una regla, produciéndose la consecuencia prevista en el ordenamiento, de modo que, el juez no puede extenderse más allá de lo previsto en la norma, todo lo cual se traduce en seguridad jurídica: las conductas obligadas permitidas y prohibidas están establecidas previamente y la sociedad puede predecir, con cierta exactitud, las consecuencias de sus actuaciones.

La complejidad del mundo actual y de las relaciones que en él se desarrollan, pone de manifiesto la insuficiencia del sistema jurídico basado en normas hipotéticas, en razón de que el legislador no puede prever todas las situaciones en las que se violarían los derechos, por lo

¹ Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en La Constitución del 2008 en el contexto andino, pág. 30, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.



expuesto, surge la necesidad de elaborar preceptos tipo principio o normas téticas.

El principio carece de hipótesis de hecho y obligación, por lo mismo, no podría aplicarse en forma directa en una sentencia o resolución; sin embargo, y en consideración de lo dispuesto en el inciso tercero del numeral 3 del Art. 11 de la CRE, el cual ordena: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”, el juzgador está constitucionalmente obligado a aplicar la el principio previsto en la Carta Magna, para lo cual requerirá convertirlo en una regla, operación que implica un complejo proceso de argumentación jurídica. En consecuencia, los derechos son normas directamente aplicables, y el juez, al aplicarlos al caso concreto, está creando derecho.

- a) El numeral 7 del Art. 11 de la Constitución establece como fuente de los derechos al derecho internacional; sin embargo, no se trata de cualquier norma internacional, sino aquellas que tienen por objeto la protección de las personas. La CRE utiliza el vocablo “instrumentos”, con lo cual va más allá de los convenios que requieren del cumplimiento de formalidades (firma, ratificación, depósito, etc.), sino que se incluye a las declaraciones, resoluciones de órganos de las Naciones Unidas, normas mínimas, directrices, etc.



Adicionalmente, la jurisprudencia internacional es norma de cumplimiento obligatorio en nuestro país; por ejemplo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Ecuador al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió a respetar las normas y los derechos que constan en este instrumento, así como también a la observancia de las sentencias dictadas por el órgano contralor del cumplimiento de las obligaciones del estado que se originan en dicha Convención.

El acatamiento de la jurisprudencia proveniente de los órganos internacionales puede conseguirse mediante el ejercicio de la acción de incumplimiento prevista en el Art. 93 de la CRE: “La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos...”.

- a) Por otra parte, y dentro del ámbito nacional, las decisiones de la Corte Constitucional tienen “carácter vinculante”, según lo dispuesto en el Art. 171 de la CRE, con lo cual toda autoridad pública queda sujeta a la interpretación efectuada por la Corte.
- b) Dentro del estado de derechos, la función ejecutiva crea normas jurídicas cuando elabora y ejecuta políticas públicas.

Las políticas públicas, plasmadas en planes, programas y proyectos, constituyen facultades de las que se ve asistida la función ejecutivo y se caracterizan por gozar de un margen de discrecionalidad pues no están



expresamente determinadas en la ley. Dentro de este marco, el ejecutivo adopta decisiones que tienen carácter general y son de cumplimiento obligatorio, lo cual les asemeja a las leyes. Por lo expuesto, toda actuación del ejecutivo debe observar los parámetros constitucionales y están sujetas a control.

- a) El derecho indígena, sistema jurídico consuetudinario, posee sus propias características, principios, normas, procedimientos, autoridades y formas de ejecución, por tanto, los derechos y obligaciones que de él emanen ser deben observados.

1.2.- La centralidad de los derechos en la Constitución.-

En este estado de derechos, el fin de la organización política cambia por el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos; N. Bobbio en su ensayo denominado “La era de los Derechos”, se refiere a este aspecto, enfrentándola a la era de las obligaciones ahora superada.

La centralidad de los derechos invierte la importancia de la relación estado-individuo; lo trascendente es la persona, sus derechos y el destino que los gobernados elijan para si mismos, en resumen, que un estado se catalogue como uno de derechos, implica que sitúa el centro gravitatorio de los derechos de las personas y colectividades sobre el estado y la ley.

Por lo expuesto, se ha manifestado que dentro de este paradigma los derechos constituyen un eje transversal pues atraviesan las partes dogmática y orgánica



de la Constitución, las políticas públicas, el régimen de desarrollo, la participación, etc.

Por otra parte, el Art. 1 de la Carta Magna organiza al Ecuador como un estado de justicia. Las estimaciones acerca de este término pertenecen al campo de la filosofía del derecho, sin embargo, cuando de la justicia del Estado y del derecho se trata, los juristas pueden intervenir con el objeto de clarificar el vocablo.

En efecto, dentro de un estado de justicia debe revisarse el contenido de las normas jurídicas, mismas que, dentro de este contexto, tienen tres elementos.

En primer lugar encontramos los principios o normas téticas; su estructura carece de una hipótesis de hecho y una obligación concreta, constituyéndose como mandatos de optimización; los principios son el medio usual para establecer derechos y los encontramos, generalmente, en el ámbito constitucional.

Los principios imponen al estado una finalidad ideal, misma que no se agota en un solo acto o prestación, sino que debe alcanzársela paulatinamente. Las normas téticas no determinan específicamente cuales son las condiciones o circunstancias en las que surge el derecho, el momento en que es vulnerado como tampoco la forma de obligarse.

En segundo lugar, las normas hipotéticas o reglas, se componen de un supuesto de hecho y una obligación, necesariamente deben guardar armonía con los principios constitucionales y comúnmente se las encuentra en el derecho ordinario y la jurisprudencia.



Por último, el estado de justicia demanda que, al aplicar los principios y reglas el resultado debe ser la realización de la justicia; “una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio pero arroja un resultado injusto se debe buscar otra regla y otro principio”²; basándonos en estos criterios, es previsible concluir, que el análisis de la justicia, dentro del marco neoconstitucionalista, forma parte del derecho y por lo mismo debe efectuársele desde lo interno.

Por lo expuesto, las decisiones de autoridad, en su plano normativo, deben guardar conformidad con los principios, y en el plano epistemológico, con la justicia; consecuentemente, el producto de la actividad estatal, al estar limitado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, debe ser la realización de un orden social y político justo.

² ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO, La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, Pág. 25, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.



CAPÍTULO 2.

LA GARANTÍA.

2.1.- Noción de garantía.-

El Ecuador, al describirlo como estado constitucional de derechos y justicia, se transforma en una organización política cuyo objetivo primordial es el respecto y materialización de los derechos fundamentales. Sin embargo, este grado de desarrollo no se alcanza repentinamente, inclusive podemos afirmar que la vigencia de la Constitución de 2008 significa el punto de partida que posibilita una verdadera materialización de los Derechos Humanos en el Ecuador.

La controversia por la protección de los Derechos Humanos y su decisiva importancia, constituye un derrotero lleno de conquistas y frustraciones; una trayectoria en la que las consecuciones de una generación resultan insuficientes para la próxima. Similar afirmación formula Gerardo Pisarello, en su obra “Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción”, indicando que el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, por ejemplo, fue un triunfo del constitucionalismo en determinado estadio; sin embargo, a este logro le sucede un extenso debate entre quienes defienden la tesis de la exigibilidad judicial de los derechos sociales y quienes los preceptúan como meras declaraciones programáticas de bienestar social.



Como queda esbozado, la defensa de los Derechos Humanos resulta un incesante peregrinar lleno de campos por explorar.

Si nos preocupa la real vigencia y materialización de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, resulta imperioso proporcionarles herramientas eficaces que puedan activarse en el evento de una vulneración o violación.

El Ecuador como estado constitucional y garantista, plantea, con su nueva carta magna, una estructura protectora de derechos fundamentales, por medio de un mecanismo o instrumento clave, la garantía, noción que no resulta novedosa en el ordenamiento jurídico, por el contrario, siempre ha constado en la mayoría de sus ramas, no siendo la constitucional la excepción.

Previo al tratamiento del tema central de la presente investigación, la no residualidad de la acción de protección, es preciso realizar un acercamiento sobre las motivaciones generales de la garantía, observándola desde una perspectiva amplia, referida a las llamadas garantías constitucionales, individuales, derechos del hombre, fundamentales o subjetivos, etc., cada una de ellas considerando las distintas denominaciones propuestas por los autores, pero todas poseedoras de una misma esencia conceptual, pues, en su origen, que puede calificarse de “natural”, las garantías no constituyen elaboraciones de juristas, politólogos o sociólogos, como indica Luigi Ferrajoli refiriéndose al estado lato; la justicia en la ley no es producto de la elaboración humana por el hecho de emanar del órgano con competencia legislativa y por estar armónicamente relacionada con el principio de legalidad, sino que, son



auténticas vivencias de los pueblos o grupos de personas, por medio de las cuales, se obtiene el reconocimiento de libertades y atributos, de los derechos que corresponden a la persona humana por el simple hecho de ser tal; siguiendo la línea de Ferrajoli, se convierten en una “expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión).

Estas garantías, inherentes a los seres humanos por su calidad de ser tal, se levantan como auténticos frenos a la arbitrariedad de la administración, al exceso en el ejercicio del imperio estatal; sin embargo, no se trata de moderaciones legales ni procesales, sino más bien, esencialmente fundamentales, verdaderas resistencias y limitaciones del actuar, tanto de los poderes públicos cuanto de los particulares; es decir, se trata de auténticos “contrapoderes”, restricciones dispuestas al momento de la acción, cuyo génesis resulta la propia cesión de libertades que el individuo realiza al estado, concesión efectuada con la finalidad de que sean correctamente retribuidas y no con el propósito de condicionar derechos fundamentales.

Felipe Tena Ramírez manifiesta algo esencial y particularmente importante, con lo que estamos en completo consenso, sin embargo de parecer algo quimérico dentro de nuestro contexto, cuando indica que el respeto a la Constitución tiene que ser en principio, espontáneo y natural, y es aquí, a nuestro parecer, donde encontramos la primera garantía como una “fórmula moral” de volver efectivos los derechos.

Como decimos, es claro que lo anteriormente afirmado, ni remotamente se acopla a la realidad del individuo y menos aún de las sociedades, pues como



lo afirmó Hobbes en el Leviatán, “homo hominis lupus”, “el hombre es lobo del hombre”, por lo tanto y siguiendo al mexicano Juventino Castro, es imperioso establecer un sistema de métodos o instrumentos, por medio del cual se consiga el efectivo imperio de la Constitución, tanto sobre los actos del poder público como de los particulares, cuando éstos se opongan a ella, la incumplan, la desvíen o manifiestamente la contradigan.

Al respecto consideramos que, en las condiciones de nuestro caso particular, este concepto puede ser extendido, pues, dentro del estado constitucional de derechos y justicia, en el cual, el respeto a los derechos, a los principios, a la dignidad de la persona, se constituye en eje central de la organización estatal, de su estructura, del ejercicio inclusive de los particulares, se convierte al estado en una entidad extremadamente responsable y garantista.

La finalidad de estos instrumentos o mecanismos no es únicamente el hacer prevalecer la Constitución, yendo más allá, es el hacer predominar, el reafirmar los derechos sea de los individuos como de las colectividades, y de reintegrar la armonía y respeto a estos para que no vuelvan a ser conculcados.

Estos sistemas o mecanismos pueden tener muchas denominaciones dependiendo de los ordenamientos y de los autores cuya opinión se acoja, así, por ejemplo, Felipe Tena Ramírez, cuyo criterio estimamos entre los más acertados, nos habla del “control de la constitucionalidad”; Héctor Fix Zamudio, de la “defensa procesal constitucional”, invocando el término garantía en el sentido estricto de un remedio, un aspecto terapéutico, restaurador, un concepto genérico de salvaguarda de la norma fundamental; Jellinek las



señala como “garantías del derecho público”; así podría citarse otras denominaciones, no obstante, y entendiendo que se trata de un tema que podría tener relativa trascendencia, hay que mencionar que todos ellos coinciden en el fondo del asunto. Sin embargo, nos permitimos tomar la opinión de Juventino Castro, y referirnos a estos mecanismos como “defensa constitucional”, que en nuestro ordenamiento las tratamos como “garantías jurisdiccionales”.

De acuerdo con Jellinek, las garantías del derecho público son tan diversas como el Derecho mismo, dependiendo de la época y del estado de que se trate (como lo indicamos en líneas anteriores). De los distintos métodos existentes para garantizar los derechos, y sobre todo de la estructura que estos presenten frente a sus “protegidos” (derechos), Ramiro Ávila Santamaría realiza una distinción muy clara y universal, pues comprende la generalidad de garantías sintetizándolas en tres situaciones; la primera, la de un estado en el que existen derechos pero no garantías independientes que los protejan, como es el caso de los estados legislativos o liberales, los estados latos de Derecho. Aquí la consideración de Kelsen es la que prevalece, al decir que la Ley por sí sola constituye una garantía efectivizada, a través de la obligación contenida en la norma frente al incumplimiento o vulneración de la hipótesis planteada; el segundo sistema es aquel en donde existen garantías frente a los derechos, pero su diseño resulta deficiente al momento de pretender y alcanzar su protección y reparación frente a las eventuales vulneraciones; este era el caso que se presentaba con respecto de los derechos colectivos o difusos en la



Constitución de 1998, la efectiva vigencia de estos y su reparación era dificultosa de obtener, pues se encontraban sumamente condicionados y su incorporación al texto constitucional minimizaba el ámbito de acción de las garantías; y, el tercer caso es aquel en el que existen garantías suficientes o también llamadas adecuadas diseñadas para todos los derecho previstos, (inclusive para aquellos no previstos, pero que la Constitución los reconoce como aquellos derivados de la dignidad de la persona, por ejemplo) y que logran producir el resultado esperado, la reparación del derecho vulnerado; por lo expuesto, es acertada la reflexión de Luigi Ferrajoli, para quien la existencia de un derecho, demanda la creación de una garantía adecuada.

Con tal finalidad, el sistema garantista debe articularse en distintos ámbitos, como efectivamente se plasma en nuestra Constitución de 2008: **garantías primarias**, tales como el régimen de desarrollo y el del buen vivir, que a través de mandatos habilita la actuación de los poderes públicos; **garantías secundarias**, resguardos jurisdiccionales establecidos como un régimen armamentista de acciones para efectivizar los derechos; y, por último, lo que son las garantías normativas y de políticas públicas, que adecuan tanto la norma como los planes, políticas y programas a los derechos y su desarrollo progresivo.

Hasta aquí hemos analizado la noción de garantía y circunscribimos el tema medular de esta investigación, que es la acción de protección contenida dentro de nuestra defensa constitucional; continuando con su desarrollo, estimamos pertinente traer a colación algunos conceptos sobre garantía en el sentido de



mecanismo, con el objeto de llegar a una conclusión respecto del más adecuado:

- Juan Larrea Holguín, la concibe como “cualquiera forma de seguridad para el cumplimiento de una obligación o la conservación de un derecho”³.
- Javier Pérez Royo, dice: “las garantías son aquellas que existen para dar firmeza y seguridad a las garantías individuales o derechos”.⁴
- Luigi Ferrajoli entiende a las garantías como “la expresión del vocabulario jurídico que designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.
- Gerardo Pisarello son “mecanismos o técnicas predispuestos para la protección de los derechos”.
- Ramiro Ávila Santamaría indica que por garantía se debemos entender “los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma, que sin garantías los derechos no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad”. De lo afirmado por este autor, es posible realizar una pequeña puntualización, en el sentido de que las garantías dentro del sistema establecido por la Constitución de 2008, no están únicamente para la protección de aquellos derechos reconocidos en la misma, pues es la Carta Magna la que dispone el reconocimiento de todos los derechos

³ Larrea Holguín Juan, Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, Tomo IV, Pág. 403.

⁴ Pérez Royo Javier, Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2002.



que deriven de la dignidad de la persona, sin que se encuentren contenidos o desarrollados en ella.

Como se observa, estos mecanismos tienen naturaleza procesal, instrumental, sirven de medios para la consecución efectiva y la observancia de los derechos, por lo mismo, resulta un elemento que no puede ser escindirse o separarse de estos, y, al mismo tiempo, constituyen un derecho en sí, al punto que, se afirma que pueden existir derechos sin garantías, pero no garantías sin derechos que tutelar. Además, la garantía encuentra su propósito, en el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, siendo este elemento finalista el que justifica la existencia de un sistema de garantías adecuadas y de un “estado garantista”, pues solo así se puede maximizar el grado de los derechos fundamentales.

De esto se infiere, y al respecto tomamos la amplia definición propuesta por Carolina Silva Portero, misma que debemos entenderla en dos dimensiones, la primera, muy general, como “toda forma de proteger un derecho”⁵ y la segunda, referida a lo que se ha venido desarrollado, interpretada como todo mecanismo para hacer efectivo un derecho.

Del mismo modo trasladamos lo que dicho por Javier Pérez Royo al afirmar que estas formulas aseguran las garantías, es decir, son los mecanismos que garantizan las garantías.

⁵ Silva Portero, Carolina, “Las garantías de los derechos”, invención o reconstrucción, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pág. 62, Quito, 2008.



Por lo señalado, puede afirmarse que nuestro sistema de defensa constitucional, o, como la misma Constitución lo denomina “Garantías Jurisdiccionales”, se compone, en primer lugar, de un conjunto de parámetros a seguir para su promoción, sustanciación y reparación en general, aplicable a todas las acciones, así como un sistema articulador de acciones entre las que encontramos: Habeas Corpus, que protege la libertad individual y la integridad personal; el habeas data y la acción de acceso a la información pública, que brindan seguridad al derecho de información y su calidad y fidelidad, inclusive de cuando esta sea de carácter secreto o reservado; la acción por incumplimiento, que garantiza la aplicación de la normas dentro del sistema jurídico tutelando la eficacia de su cumplimiento; la acción extraordinaria de protección, que protege los derechos humanos y el debido proceso dentro del desarrollo de la justicia ordinaria; además, podemos sumar una complementaria, como es la acción de medida cautelar que, a nuestro parecer, reemplaza a la acción de amparo constitucional, y que persigue la adopción de medidas preventivas para evitar la violación de derechos, hacer cesarla o contrarrestar una amenaza de vulneración.

Finalmente, la más amplia y garantista de todas, la acción de protección, que será materia del siguiente capítulo, el cual iniciaremos tratando de dilucidar su similitud y errónea asimilación con la antigua acción de amparo.



CAPÍTULO 3

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

3.1.- La naturaleza de la garantía: La cautelaridad del amparo frente a la acción de protección y la reparación integral del daño.-

Desde la entrada en vigencia la nueva Constitución elaborada en Montecristi, la acción de protección ha sido equiparada, sin reparo alguno, con la antigua acción de amparo prevista en la carta política de 1998, llegando inclusive a llamarla dentro del coloquio de los abogados y de los funcionarios judiciales como “amparo de protección”, es decir, se la entiende como un híbrido indefinido y falto de comprensión, desconociendo los alcances que la acción de protección conlleva y de los cuales el amparo nunca gozó, pues ésta era una acción de tutela limitada, deficiente e insuficiente para la protección de derechos y su reparación.

Esta circunstancia ha dado lugar a una amplia discusión por parte de los juristas, debate que ciertamente no es pacífico, pues se sostiene que la acción de protección no resulta ningún gran avance, por cuanto el amparo nunca tuvo naturaleza cautelar, sino por el contrario, constituía un remedio reparador de las violaciones de los derechos, lo cual, consideramos, no se compadecía con la realidad, ni tampoco con lo afirmado por Rafael Oyarte Martínez, cuando indica que el amparo “es un proceso de naturaleza eminentemente cautelar”; sin que esta característica estuviera dada por los requisitos que precisaba para



su procedencia; la violación del derecho debía tener particularidades como la de ser grave e inminente y bajo esta lógica, la violación que no pudiera ser calificada con este adjetivo, no podía exigirse constitucionalmente, claro que también esto es cierto, pero la cautelaridad va mas allá.

En primera instancia, en la concesión del amparo: **a).- No se declaraba, en ningún momento, la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto; b).- No se cuantificaba la gravedad del daño, por lo que no se lo indemnizaba; y, c).- Tampoco se declaraba la violación del derecho del peticionario;** sino que simplemente se lo aceptaba o rechazaba, siendo siempre un proceso en contra del acto y no en contra de las instituciones o personas que han quebrantado un derecho fundamental.

Siguiendo la línea de Rafael Oyarte Martínez, la tutela que se brindaba a los derechos subjetivos constitucionales era una formula procesal de protección de los derechos fundamentales del peticionario, y que esta tutela o protección era de carácter netamente cautelar, tomando medidas provisionales de defensa o seguridad del derecho, más no se declara en este sentido, ni mucho menos se resolvía el asunto de lato conocimiento, donde se determina la violación de un derecho y se permite su cuantificación y reparación, pues esto –como sostiene el mencionado autor- corresponde a los procesos que resuelven el fondo del asunto controvertido.

Entonces, haber declarado procedente una acción de amparo, no significa, bajo ninguna óptica, resolver la situación de modo definitivo, en lo que al fondo del asunto se refiere, sino que prevenía o cesaba la vulneración de un derecho



tomando medidas urgentes para su seguridad, y ahí resalta su naturaleza cautelar, evidenciándose que no perseguía la de reparación del derecho, cosa que más adelante se observará, es muy diferente con la actual acción de protección.

Si se esperaba que los jueces ordinarios resuelvan la situación de fondo y mientras tanto el acto continuaba ejecutándose, esto ocasionaría un daño gravísimo para quien ya ha sido afectado.

Al respecto Javier Pérez Royo de forma meridiana sostiene que en el amparo constitucional la sentencia resuelve, o debe resolver, sobre la vulneración del derecho afectado y reponer las actuaciones al momento mismo en que se produjo la vulneración, a fin de que se continúe el procedimiento judicial ordinario y se administre la justicia que corresponda, sin vulneración de derechos, con lo cual establece la naturaleza cautelar del amparo.

Como se dejó señalado, no se puede esperar que un juez ordinario resuelva el fondo del asunto, pues uno de los atributos del acto administrativo es la presunción de legitimidad y como consecuencia de ello, el principio de ejecutoriedad o de ejecución, por lo que la interposición de un recurso en sede administrativa o de una acción jurisdiccional no impiden que este se cumpla, de lo cual aparece la necesidad de interponer una acción en base de la cual conseguir que los efectos del acto sean suspendidos y como finalidad evitar que -según lo dicho- el acto se ejecute, no que se lo anule o deje sin efecto, lo que no obstaba que posteriormente la autoridad accionada vuelva a expedir un



acto apegado a derecho y siguiendo el debido proceso, por lo que el amparo no tenía efecto de producir cosa juzgada.

Juventino V. Castro nos explica que por suspensión del acto se debe entender:

“La suspensión del acto es una providencia cautelar en los procedimientos de amparo, de carácter meramente instrumental para preservar la materia del proceso, y cuyo contenido reviste la forma de un mandato asegurador del cumplimiento y la ejecución de otra providencia principal que pudiere ordenar la anulación de la conducta positiva o negativa de una autoridad pública, haciendo cesar temporalmente sus efectos obligatorios mientras se resuelve la controversia constitucional.”

En los párrafos que anteceden, se ha demostrado con claridad el carácter cautelar de la acción de amparo, pero como también se mencionó, no existe consenso respecto de los efectos entre el amparo y la acción de protección.

La acción de protección sin duda alguna no tiene naturaleza cautelar, sencillamente debemos remitirnos a las disposiciones generales sobre las garantías jurisdiccionales, contenidas en el Art. 86 de la Constitución, que son la base de partida de todos los cambios que ha sufrido el sistema de defensa constitucional, y nos anclaremos aquí a fin de demostrar que si bien el amparo en su tiempo fue cautelar, la acción de protección es una fórmula distinta, que si bien en apariencia pueden ser similares, su naturaleza es distinta.

La acción de protección constituye un mecanismo que resuelve sobre el fondo del asunto, repara y reintegra el derecho o derechos vulnerados, y no está condicionada en virtud del carácter indivisible de los derechos, ni de la



gravedad de la vulneración, mucho menos a la inminencia del daño; es una acción de tutela directa y eficaz de los derechos que por razón de los parámetros que desarrollaremos a continuación, verdaderamente reivindica el derecho y satisface en la mayor medida posible al titular del derecho vulnerado.

Como se ha expuesto, es el Art. 86 el que brinda los parámetros generales que se debe seguir para acceder, sustanciar y resolver respecto de todas las acciones de defensa constitucional, salvo los requisitos de vulneración propios que deben distinguir a cada una. En materia de acción de protección esta es una técnica que se extiende a la totalidad de derechos que sean vulnerados, sea por autoridad pública no judicial, mediante acto u omisión, contra políticas públicas e incluso por un particular; en este caso, cuando el daño sea grave, preste un servicio público impropio, actúe por delegación o concesión, o si el afectado se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Siendo esta una acción que abarca la totalidad de los derechos, no obstante, deja salvedades para acciones por violaciones particulares que requieren de una tutela, procedimiento y reparación especializada –como se lo menciono y lo repetimos- son las de: Habeas Corpus, que protege la libertad individual y la integridad personal; el habeas data y la acción de acceso a la información pública, que brindan seguridad al derecho de información y su calidad y fidelidad, inclusive de cuando esta sea de carácter secreto o reservado; la acción por incumplimiento, que garantiza la aplicación de la normas dentro del



sistema jurídico tutelando la eficacia de su cumplimiento; y, la acción extraordinaria de protección, que protege los derechos humanos y el debido proceso dentro del desarrollo de la justicia ordinaria. Y complementaria a estas se presenta la acción de medida cautelar que a nuestro criterio sustituye al amparo constitucional, con el fin de tomar medidas preventivas para evitar la violación de derechos, hacer cesarla o contrarrestar una amenaza de vulneración, mediante el mismo efecto que tenía el amparo y que se ha desarrollado antes, suspendiendo los efectos del acto mediante providencia, dejando a salvo la posibilidad de dictar un nuevo acto apegado a derecho y que respete el debido proceso, o de discutir sobre el fondo del acto en vía ordinaria sin que este cumpla con sus efectos en razón del principio de ejecución propia y cause un daño irreparable al afectado.

En virtud de disposiciones generales del Art. 86 de la Constitución, encontramos las particularidades que distinguen notablemente la acción de protección del amparo, pues ubicándonos dentro de las mencionadas, no solo que la titularidad de la acción se amplía, llegando a tener el carácter de acción popular; posee un procedimiento sencillo, rápido y eficaz; es oral en todas sus etapas, en razón de ser una acción informal; sin embargo, en la práctica, no siempre se cumple con este sistema oral, pues si bien la demanda puede presentarse verbalmente, la calificación de la misma, su contestación y la sentencia, constan siempre por escrito; por otra parte, el allanarse a la demanda presentada oralmente, resultaría muy difícil, pues del demandado no podría saber con exactitud cuales son las pretensiones a las cuales se allana.



Asimismo, no hay necesidad de citar la norma infringida ni se requiere del patrocinio de un letrado para la presentación de la acción, no obstante, en la práctica, siempre se requiere del consejo de un letrado, pues se trata de una de las acciones más complejas que podemos encontrar; los medios por los cuales se pondrá en conocimiento de la parte accionada; la pretensión podrá ser cualquiera que esté al alcance del juzgador y no tendrá cabida ninguna norma procesal que pueda retardar su despacho; concede competencia a todos los jueces de instancia en su calidad de jueces constitucionales. El numeral 3 del mencionado artículo, brinda lineamientos muy particulares sobre los cuales se desarrolla la defensa constitucional, pues rompe con la teoría clásica del acto administrativo, invirtiendo el principio de legitimidad y volviéndolo de ilegitimidad, pues a la administración en materia de acciones jurisdiccionales le compete probar la legitimidad del acto y no al contrario; y, el de la carga de la prueba del derecho procesal, ya que como se acaba de mencionar, se presumirán de ciertos los fundamentos alegados por el accionante cuando la entidad pública no demuestre lo contrario.

Otro aspecto que estimamos conveniente resaltar, que determinará la mayor diferencia con la acción de amparo, es el referente a su naturaleza y forma de terminación.

En primer lugar, las acciones de defensa constitucional deben concluir mediante sentencia; sin embargo, la acción de protección determina otro avance, en lo referente a que estos procesos judiciales solo terminan en el momento en que la sentencia se encuentre ejecutada en su integridad; para



cuyo efecto, la norma faculta al juez para destituir de su cargo al funcionario público en el evento de no proceda a dar estricto y fiel cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia o resolución, sin dejar de lado la responsabilidad civil y penal a que dicho incumplimiento da lugar; ó, entratándose de un particular, el juzgador establecerá su responsabilidad.

No obstante, la diferencia medular entre el amparo y la acción de protección no se encuentra en el hecho de que el aquel terminaba con una resolución o providencia cautelar, y que esta concluye con una sentencia de ejecución íntegra; la distinción fundamental se observa en el hecho de que, las disposiciones generales determinan que el juez, **en caso de constatar la vulneración de derechos debe declararla**. La innovación la encontramos en que, como consecuencia de que el juzgador verifique la afección de derechos constitucionales, este funcionario debe ordenar su reparación integral, lo que convierte a este proceso de defensa constitucional en una acción declarativa o de fondo y no cautelar, pues se trata de un procedimiento de carácter constitucional, distinto del civil, penal, administrativo, etc., en los cuales lo medular es la existencia, modificación o extinción de derecho; cuando hablamos de acción de protección, en la sentencia es menester determinar la vulneración del derecho.

La obligación de reparación integral tiene su génesis en un principio muy aplicado dentro de la justicia interamericana de los derechos humanos, que es el de la *"restitutio in integrum"*, máxima que prevé, en primer instancia, la restitución de los derechos violados en la mayor medida posible. Con este



objeto, el juez podrá disponer el establecimiento de obligaciones positivas o negativas a cargo del destinatario de la decisión, intentando conseguir una reparación tanto material como inmaterial, es decir, tomando medidas que no se limiten únicamente a la reparación de carácter económico, sino que realmente restituyan el equilibrio de la esfera espiritual de la persona que sufrió el daño, es decir, una efectiva reparación inmaterial, mediante medidas como: las disculpas públicas, la restitución a un cargo de trabajo, evitar la repetición de estas violaciones, cumplir el estado con su responsabilidad negativa de respetar, investigar, emprender planes de desarrollo, hacer seguimientos, etc. Carolina Silva Portero expone con claridad lo que debemos entender por reparación integral cuando manifiesta:

“La reparación integral se logra, entonces, con medidas que brinden a víctimas un *satisfacción* mas allá de lo económico, como el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, los pedidos de disculpas, los actos de desagravio, las becas de estudio; así como con medidas orientadas a *evitar la repetición* en el futuro de hechos de esa naturaleza (cambios legislativos, investigación y sanción de los responsables de los hechos, educación en derechos humanos de funcionarios estatales, implementación de un registro de detenidos, entre otras). La reparación integral incluye también el pago de una indemnización que la Corte ha otorgado como *medida de compensación económica* del dolor sufrido, de los perjuicios patrimoniales generados y de los gastos realizados como consecuencia de las violaciones y la búsqueda de amparo de los derechos”.



Respecto de la reparación integral, debemos hacer mención al problema que plantea el Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el mismo que indica que, cuando parte de la reparación implique el pago de dinero al afectado, su monto deberá discutirse en vía verbal sumaria, si se trata de un particular, o, en vía contenciosa administrativa, si el requerido es un ente del sector público; con este requisito, se desfigura la naturaleza eminentemente garantista que tiene la acción de protección, pues el remitirse a estas vías ordinarias para obtener la reparación económica, implica, en la práctica, sostener juicios que bien pueden extenderse entre 4 y 7 años respectivamente.

Existen otros aspectos muy importantes, que hasta aquí han sido solo mencionados y a los cuales es preciso referirnos haciendo un desglose e irlos desarrollando de una manera clara y concisa para tener mayor conocimiento de la naturaleza y alcances de nuestra novísima y moderna defensa constitucional.

3.2.- La titularidad para accionar.-

La titularidad para accionar consiste en la potestad que le asiste a determinada persona para acudir ante la autoridad pública y poner en su conocimiento la vulneración de un derecho constitucional, con el objeto de conseguir su íntegra reparación, es decir, nos referimos a lo que en la doctrina clásica del derecho se conoce como legitimidad activa.



El principio que consagraba la Constitución de 1998 era el de que, únicamente quien es titular del derecho era a quien le correspondía la excitación del órgano jurisdiccional, a este efecto el Art. 95 de la citada Carta Magna, restringía la posibilidad de ejercer la acción a quien actúe “por sus propios derechos”.

Por su parte, la Constitución de 2008 permite que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad o pueblo” pueda proponer una acción constitucional, en razón de que la vulneración de un derecho humano no puede ajena y desconocida por los componente sociales, por tanto, se entiende, que la afección de un derecho fundamental le interesa tanto al estado como a la comunidad, así como la corrección de este atentatorio; motivo por el cual entendemos que actualmente las acciones constitucionales gocen de este carácter de “actio popularis” o acción popular de acceso colectivo por parte de cualquier persona.

3.3.- Requisitos.-

Como hemos venido mencionado en líneas anteriores, la Constitución de 1998, exigía, para que la acción de amparo sea procedente, la concurrencia simultanea de tres requisitos:

1. La existencia de un acto u omisión ilegítima de autoridad pública;
2. Dicho acto u omisión ilegítima debía afectar un derecho consagrado en la Constitución; y,
3. Que el daño sea grave e inminente.



Entendiéndose por daño, el considerable detrimento de un derecho, y a la inminencia como el vínculo temporal como el hecho y daño. De modo tal que se restringía las garantías constitucionales al concepto subjetivo de daño y a las meras formalidades de actuación judicial, situación inaceptable para una efectiva tutela de derechos.

La Constitución de 2008 impone como única exigencia, la verificación de un derecho violado, sin calificaciones de tipo cualitativo, simplemente la existencia de una vulneración a un derecho reconocido, sin importar de que acto u omisión provenga, de que autoridad y de la condición que tenga el afectado; por lo tanto, esta violación de derechos humanos, podría producirse tanto en el establecimiento de una política pública, cuanto por los efectos de un acto administrativo; en la expedición de una norma o en cualquier acto u omisión proveniente del estado como de un particular; sin embargo, esta garantía no contempla la protección ante actos emanados de autoridades judiciales (Art. 88 CRE).

3.4.- La responsabilidad.-

La Constitución Política de 1998, cuando de referirse al obligado o destinatario de la acción de la garantía constitucional, se trata, conforme con la doctrina tradicional, señala únicamente al Estado, motivo por el cual, en el Hábeas Corpus, la privación de libertad solo debía proceder de un funcionario estatal; en el Hábeas Data la solicitud se dirige solo al servidor público respectivo; y, en la acción de amparo, el acto u omisión ilegítimos, deben provenir de una



autoridad pública; en consecuencia, la responsabilidad establecida en la Constitución de 1998 era una responsabilidad vertical pública.

Por el contrario, la Constitución de Montecristi, enmienda el error y establece una responsabilidad pública o privada y, respecto de la medida cautelar, puede afirmarse inclusive la existencia de una obligación de carácter horizontal.

En el caso de la acción de protección decimos que la responsabilidad es vertical pública o privada, porque para su procedencia en contra de un particular, éste tiene que encontrarse en posición jerárquicamente superior al afectado, actuar por delegación o concesión de un servicio público, o encontrándose el accionante en estado de subordinación, indefensión y discriminación.

De lo expuesto, se evidencia claramente la diferencia existente entre las características que tuvo el amparo constitucional y las que actualmente ostenta la acción de protección, pues no solo que el amparo fue una acción de naturaleza eminentemente cautelar, cuyo efecto era suspender los efectos del acto u omisión ilegítimos, a fin de evitar o hacer cesar la vulneración, además se trataba de una acción reglada, con un procedimiento establecido, que si bien se la confundió suponiéndola residual, en tanto que no lo era, tampoco fue una acción informal, no reglada, integralmente reparadora, que terminaba con una sentencia que debía observarse imperiosamente, so pena de las sanciones de orden constitucional.



CAPÍTULO 4

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: REFERENCIA A SU NATURALEZA Y TRÁMITE.

La Acción de Protección, es una garantía constitucional contemplada en nuestra actual Constitución Política en su Art. 88, la cual como concepto básico contempla que es la facultad de defensa que posee cualquier persona o sujeto de derecho, dentro de la forma de acudir a ejercer la reclamación a los órganos jurisdiccionales legalmente establecidos y ante los diferentes jueces donde se origina tal violación de los derechos legales establecidos , dando con ello cumplimiento al fin superior que pretende la sociedad, garantizando la justicia, la paz y la seguridad.

La acción de protección garantiza:

- 1.- Remediar de manera urgente derechos constitucionales, para lo cual requiere un procedimiento especial.
- 2.- Es preferente, sencillo, breve y sumario.
- 3.- Es preferente, su tramitación es con carácter de urgente.
- 4.- Es Sumario, por tanto no es formalista y direcciona al juez a conocer del juicio propuesto.

La principal norma en la legislación ecuatoriana que regula la Acción de protección la encontramos dentro de las Garantías Constitucionales, propiamente en las garantías jurisdiccionales artículo 88 de nuestra Constitución de la República, donde señala que: "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 alcanza el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, teniendo como fin reparar el daño causado, hacerlo cesar si se está produciendo o para prevenirlo si es que existe la presunción o indicios claros de que el acto ilegítimo puede producirse.

No es necesario que el daño se haya causado, es suficiente la existencia de la amenaza de que el daño puede causarse, y tanto cuando se ha causado o se pueda causar, el juez que tramita la Acción de protección, tiene las más amplias facultades para tomar las medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

A continuación debemos referirnos a las particularidades que caracterizan a la acción de protección como mecanismo de defensa constitucional.



4.1.- El órgano que decide.-

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

4.1.1.- Independencia judicial.- Debemos entenderla como referida a las otras funciones (externa), como una manifestación del principio de división de funciones, y frente a otras instancias del mismo poder (interna). Esta independencia “no debe entenderse como separación de la sociedad, no como cuerpo separado de toda forma de control democrático”⁶

4.1.2.- Imparcialidad.- se define frente a dos o varios sujetos procesales que intervienen en la sustanciación de la causa.

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

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

⁶ Bergalli R., “Estado democrático y cuestión judicial”, citado por Péces Barba, p. 518



Si el órgano constitucional no tiene la facultad de interpretar con carácter general las normas del ordenamiento jurídico, entonces no es totalmente independiente, si los actores son políticos en funciones podrían incidir en sus resoluciones y estarían sujetos a la interpretación última de la Asamblea Nacional; es necesario hacer presente que, a lo largo de la historia del Ecuador, hemos tenido Tribunales Constitucionales contaminados políticamente y la actual Corte Constitucional parece padecer del mismo mal, todo lo cual debería terminar con el objeto de que la justicia prevalezca.

4.2.- El diseño de la garantía.

4.2.1.- El objeto de la protección de la garantía.- De lo expuesto hasta aquí queda claro y sin lugar a dudas que el titular del derecho violado tiene acción para ser protegido judicialmente, en este momento, podría pensarse que el concepto de derecho subjetivo puede ser de trascendental importancia.

Sin embargo, dada las múltiples situaciones en las que pueden existir violaciones a los derechos humanos y la necesidad imperiosa que esas violaciones sean corregidas y para que a futuro no vuelva a suceder, se debe prever situaciones en las que otra persona que no sea el titular del derecho subjetivo, pueda plantear la acción.



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

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

Todo derecho fundamental, positivo o natural, reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales y hasta en la ley secundaria, es objeto de protección judicial, no sólo los derechos subjetivos. “En el fondo, nos hallamos ante categorías jurídicas netamente diferentes (...) parece difícil que el derecho subjetivo pueda ser instrumento adecuado para asegurar las variadas exigencias que se deducen de los distintos valores expresivos de la centralidad de la persona”⁷. Conviene desechar el concepto de derecho subjetivo, que es restrictivo y con denotación individual, por el concepto amplio de derechos humanos o derechos fundamentales, que es extensivo y con denotación social y también individual.

⁷ Manuel Peña Freire, La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho, Madrid, Trotta, p. 131.



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

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

La preponderancia de la inmunidad y de la autonomía, se relativizan en un Estado Social de Derecho. Se requiere intervención estatal. De acuerdo con la teoría de Alexy sobre el campo de acción, todos los derechos, para ser efectivos, están integrados por un conjunto de situaciones positivas y negativas, sin distinguir si son derechos civiles o sociales⁸.

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

⁸ Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Fundamentales, Madrid, 1986, p. 447.



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

4.2.2.- Regulación.-

4.2.2.1.- La legitimación activa.-

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

A través de quién conoce el Estado de una violación a los derechos, pues, es secundario, en consecuencia, existe una especie de *actio populares*⁹.

Por ello, tienen legitimación activa cualquier individuo, grupo de personas u organizaciones, sin necesidad de que sean víctimas de la supuesta violación.

Así lo dispone la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰.

⁹ Diego Rodríguez Pinzón, “Jurisdicción y Competencia en las peticiones individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista Argentina de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2000, p. 5.

¹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 44. El Protocolo Opcional del Pacto de Derechos civiles y políticos y el sistema europeo de protección de derechos exigen que el peticionario sea una víctima.



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

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

4.2.2.2.- Requisitos de la petición.-

4.2.2.2.1.- Persona de la que emana el acto o incurre en omisión.-

Cualquier funcionario del Estado, cualquier persona, delegataria o no -actos impropios- del Estado; cualquier persona particular, natural o jurídica, aún si actúa sin la aquiescencia del Estado.

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



La acción de protección debe prever una fase probatoria y reglas sobre las pruebas, conforme a los estándares internacionales. Por ejemplo, si la prueba está bajo el control del Estado y éste no la suministra, debe admitirse la afirmación del peticionario (Art. 86 numeral 3 de la CRE).

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

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

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



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

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

4.2.3.-Naturaleza de la protección.-

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

El procedimiento cautelar cabe cuando hay un daño grave e inminente que, de no haberlo, podría ocasionar un daño irreparable. A nivel internacional esto suele llamarse medida cautelar, medida provisional o acción urgente. La característica de este procedimiento es que es sumario y sencillo. El procedimiento cautelar operaría antes del proceso de fondo, durante o



después, basta que exista el peligro de daño irreparable. La forma como se manifiesta lo dispuesto por el juez es una resolución.

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

4.2.4.- Competencia.-

De conformidad con el Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, “Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteada de modo adecuado, preferente e inmediato, En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal...”



En consecuencia, para conocer exclusivamente sobre las garantías constitucionales, tienen competencia los jueces constitucionales de primera instancia y las Cortes Provinciales en segunda instancia.

Todos los jueces tienen competencia para aplicar la norma constitucional y para conocer, cuando una de las partes lo invoque, la violación de un derecho durante un proceso. El juez constitucional podrá conocer de la violación del debido proceso sólo si el peticionario demuestra que, a pesar de haber invocado la violación de un derecho, el juez ordinario hizo caso omiso.

4.2.5.- Trámite.-

De acuerdo a la nueva Constitución, su procedimiento es sencillo, rápido y eficaz, constituyéndose así en una garantía efectiva y ágil, ya que en todas sus fases e instancias se utilizará la oralidad, no pudiendo aplicar normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho, además de que serán hábiles todos los días y horas para plantearla, misma que podrá ser propuesta oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin la necesidad de citar la norma legal infringida.

Las notificaciones que se necesiten hacer, se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

Una vez presentada la acción, la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, convocará inmediatamente



a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para que sean recabadas dichas pruebas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.

Luego de esto la jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de algún derecho consagrado en la Constitución, deberá declararla, así como ordenar la reparación integral, material e inmaterial, además de especificar e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de los servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar .

Por otro lado, cuando un particular sea quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

4.2.6.- Reparación.-

La reparación en derechos humanos es integral. El principio rector es volver las cosas al mismo estado anterior a la violación de los derechos humanos. Si esto



no es posible, el juez debe tener la amplitud suficiente para resolver el caso de forma adecuada y total. Uno de los aspectos es la cuantificación monetaria, otra es el impacto personal y social de la violación, la obligación de prevenir que a futuro pueda suceder otra vez la violación.

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

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

Por lo expuesto, creemos necesario insistir en el problema que plantea el Art. 19 de la LOGJCC, que remite la determinación del monto económico a recibir por el afectado como parte de la reparación, al sostenimiento de un juicio verbal sumario o contencioso administrativo, dependiendo del demandado, lo



cual implica que la reparación, que debería ser inmediata, quede en suspenso hasta la conclusión del respectivo juicio, mismo que puede extenderse hasta 4 y 7 años en muchos de los casos.

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

4.2.7.- Cumplimiento.-

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

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

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



CAPÍTULO 5

LA NO RESIDUALIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

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”¹¹.

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”¹².

¹¹ Oyarte Martínez Rafael, “La acción de amparo constitucional”, Andrade y Asociados, 2006, Quito- Ecuador.

¹² Segunda Sala. Resolución No. 0279-2003-RA



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”¹³.

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

¹³ Resolución No. 0013-2004-RA.



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 sumareidad, 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”¹⁴.

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

¹⁴ Tercera Sala. Resolución No. 0089-2003-RA.



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 formula 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, la 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.



CONCLUSIÓN.

De lo sucintamente expuesto en los diferentes capítulos del presente estudio, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La Constitución de 2008 determina un nuevo paradigma de estado, cuya principal obligación es el respeto, desarrollo, tutela y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna.
2. Los derechos fundamentales deben contar con una herramienta adecuada (garantías) para su defensa y restablecimiento, idea que nos lleva a compartir lo dicho por Ferrajoli, cuando indica que el reconocimiento de un derecho, demanda la creación de una garantía adecuada para su defensa.

Esta noción de garantía adecuada, implica que cada derecho fundamental que conste dentro del cuerpo constitucional, cuente con un mecanismo o procedimiento por medio del cual llegar a una reparación integral del derecho, en el evento de que sea o pueda ser vulnerado por la acción u omisión ilegítimas de autoridad pública o de los particulares en casos previstos por la norma.



3. La Constitución de 2008, ha diseñado e instituido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, un mecanismo de defensa constitucional adecuado, denominado acción de protección, la cual pretende la tutela de los derechos fundamentales, y que resulta una acción de carácter amplio, expedita, no residual y efectiva para la restitución de los derechos conculcados.
4. La acción de protección no tiene carácter residual, por cuanto el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, dentro del cual la principal y primordial función de la organización política la constituye la defensa, tutela y desarrollo de los derechos reconocidos por la Constitución, por tanto, no puede sostenerse con argumento válido, el carácter subsidiario de esta acción, pues, el agotamiento de las vías ordinarias, administrativas y judiciales, previstas para la impugnación actos que puedan lesionar derechos, no constituyen un mecanismo eficaz y efectivo para obtener la reparación de los derechos. Sin embargo, hay que hacer referencia al problema que plantea el numeral 3 del Art. 40 de la LOGJCC, disposición que intenta residualizar la acción de protección, al establecer que esta procede siempre y cuando no “exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. En este aspecto es necesario manifestar que los Arts. 86 y 88 de la Constitución de la República del Ecuador, no establecen ninguna limitación en este sentido, por lo tanto,



la Carta Magna establece la acción de protección como un mecanismo de defensa constitucional expedito, que puede ser utilizado sin el concurso previo de otros requisitos, reiteramos, no impone ninguna limitación procesal.

Por lo expuesto, sostenemos que el numeral 3 del Art. 40 de la LOGJCC contiene una norma que limita y restringe lo dispuesto en la Constitución, contradiciendo el principio de aplicación de los derechos contenido en el Art. 11 numeral 4 de la CRE, por tanto, en la tramitación de una acción de protección debería observarse lo dispuesto en la Constitución, Norma Suprema del Estado, y no atender el mandato inconstitucional de la LOGJCC. El imponer la obligación de agotar vías ordinarias para la proposición de la acción de protección implicaría la inminente vulneración de los derechos, pues los actos administrativos al estar revestidos de la presunción de legalidad y, en consecuencia, del principio de ejecutoriedad, pues dentro del ordenamiento ecuatoriano no existe la posibilidad de suspender la ejecución de los actos mediante la interposición de acciones administrativas o contenciosas.

No obstante todo lo expuesto, en la práctica seguimos encontrando juzgadores que entienden que la acción de protección tiene carácter residual y subsidiario, criterio que implica un gran retroceso dentro de la construcción del estado constitucional de derechos y justicia que



implanta la Constitución, además de implicar una violación de los principios de máxima eficacia (numeral 4 Art. 11 CRE), máxima efectividad (numeral 6 Art. 11 CRE) y principio pro homine (numeral 5 Art. 11 CRE).



BIBLIOGRAFÍA.-

1. Alexy, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Fundamentales, Madrid, 1986.
2. Andrade Ubidia Santiago, “La Casación Civil en el Ecuador, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados.
3. Arellano García Carlos, “El Juicio de Amparo”, México, Porrúa.
4. Ávila Santamaría, Ramiro, La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”.
5. Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en La Constitución del 2008 en el contexto andino.
6. Bergalli R., “Estado democrático y cuestión judicial”.
7. Bidart Campos Germán y Sagüés Nestor.
8. Convención Americana de Derechos Humanos.
9. Diez Manuel María, “Derecho Administrativo”, Omeba, Buenos Aires.
10. Dromi Roberto, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
11. Larrea Holguín Juan, Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana.
12. Oyarte Martínez Rafael, “La acción de amparo constitucional”, Andrade y Asociados, 2006, Quito- Ecuador.
13. Peña Freire, Manuel, La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho, Madrid, Trotta,
14. Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2002.
15. Resolución No. 0013-2004-RA.
16. Rodríguez Pinzón, Diego “Jurisdicción y Competencia en las peticiones individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista Argentina de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2000.
17. Segunda Sala. Resolución No. 0279-2003-RA



18. Silva Portero, Carolina, “Las garantías de los derechos”, invención o reconstrucción, en Neoconstitucionalismo y Sociedad.
19. Tercera Sala. Resolución No. 0089-2003-RA.