



FACULTAD DE DERECHO

“LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO MECANISMO DE GARANTÍA DE DERECHOS,
DENTRO DEL MODELO CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía:
Dr. José Alcívar Bernal

Autor:
Luis Felipe Gordón Proaño

Año:
2013

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el/la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

.....
Dr. José Alcívar Bernal

ABOGADO

C.C.: 170687979-6

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

.....

Luis Felipe Gordón Proaño

C.C.: 171767774-2

DEDICATORIA

Dedicado a mi pequeño hijo Matías Adrián, quien ha sido mi fortaleza e inspiración para culminar mis estudios superiores.

AGRADECIMIENTO

Yo, Luis Felipe Gordón Proaño, expreso mi más sincero agradecimiento tanto a la Universidad de las Américas por darme la oportunidad en las aulas para adiestrarme en la difícil carrera del Derecho, otorgándome las herramientas pedagógicas y científicas necesarias para tal cometido; a mis padres por su abnegado esfuerzo, así como al maestro y amigo, señor Dr. José Alcívar Bernal, por dedicar buena parte de su tiempo en la elaboración de este trabajo.

RESUMEN

Las garantías en un sentido general son los medios o instrumentos jurídicos de los que disponen los ciudadanos para hacer efectivos los derechos constitucionales, aspecto que la Constitución de 2008, amplía y fortalece.

La Constitución codificada de 1998, desarrollaba especialmente las llamadas garantías jurisdiccionales; es decir, una serie de acciones jurídicas ante los jueces ordinarios para impugnar la vulneración de sus derechos, tal es el caso del amparo, el hábeas corpus y el hábeas data.

La Constitución de 2008, mantiene estas garantías, pero además incorpora otras de carácter jurisdiccional y no jurisdiccional. Entre las jurisdiccionales se eleva a nivel constitucional, el acceso a la información pública y las acciones de incumplimiento de sentencias constitucionales y por incumplimiento de normas en informes de derechos humanos de organizaciones internacionales; además se crea la acción extraordinaria de protección que procede contra sentencias judiciales, prohibida en la Constitución de 1998. Entre las no jurisdiccionales se considera como garantía de los derechos a la actividad normativa y en general a la producción de normas, a las políticas públicas y la participación ciudadana, cuando éstas vulneran derechos constitucionales.

Entre las garantías jurisdiccionales encontramos a la “acción de protección”, la misma que reemplaza a la figura jurídica del “amparo constitucional” prevista en la Constitución de 1998, la misma que rige actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, la cual como veremos en el desarrollo de este estudio comporta una serie de variantes de origen constitucional y legal para su accionar respecto de su antecesora, y además, constituye el argumento principal para el estudio y análisis de este Trabajo de Titulación, sin descuidar sus antecedentes históricos y su aplicación en el Derecho comparado. Se demostrará además, dos concepciones jurídicas antagónicas; una de corte garantista conforme a la Constitución que busca desarrollar las garantías

constitucionales; y otra, restrictiva de las garantías anclada en el formalismo prevista en una Ley de dudosa constitucionalidad.

En conclusión, estimo que la temática planteada en este trabajo académico, es de suma importancia tanto por su actualidad, cuanto por su relevancia en el quehacer jurídico ecuatoriano, por lo que aspiro atraer el interés de estudiantes y profesionales del Derecho, con lo cual, tendré la satisfacción del deber cumplido y la certeza de que este trabajo no ha sido en vano.

ABSTRACT

The warranties in a general sense are the means and legal instruments at a citizen's disposal, for enforcing their constitutional rights, issues that the Constitution of 2008 have broadened and strengthened.

First of all, the Constitution of 1998 developed some jurisdictional guarantees. This refers to a series of legal actions that can be taken before the ordinary courts to sue violations of citizen's rights, such as: *ampáro*, *habeas corpus* and *habeas data*.

The 2008 Constitution hold these guarantees, but also incorporates others of judicial nature and non-judicial nature. Within the courts, accesses to public information and failed actions of constitutional rulings have been brought up to a constitutional level due to a failure in overall effect standards. Also the extraordinary action of appropriate protection against the courts decisions, which was prohibited by the Constitution of 1998, was established. Among the non-judicial, the general legislative activity and the production of standards, public policy and citizen participation, when they violate constitutional rights, are considered as a guarantee of rights.

Among the judicial guarantees we find the "protective action." This is the same that replaced the legal concept of "constitutional protection" under the 1998 constitution, and the same that currently governs our legal system, which involves a series of source variations for constitutional and legal action over its predecessor. This allows constitute the main argument for the study and the analysis of the thesis, without neglecting its historical background and its application in comparative law. It will also demonstrate two opposing legal concepts, a cutting guarantor in accordance with the constitution that seeks to develop the constitutional guarantees and other guarantees restrictive formality anchored under a law of dubious constitutionality.

In conclusion, I believe that the issues raised in this scholarly work, are critical both for its' presence now as for its relevance in the Ecuadorian legal endeavor. I therefore aim to get the interest of students and lawyers; thus, I will have the satisfaction of accomplishment and the knowledge that this work has not been completed in vain.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I: LAS GARANTÍAS JURIDICCIONALES.....	3
1.1. Antecedentes Históricos.....	3
1.2. Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador.	7
1.3. Las Garantías de los Derechos Constitucionales.	13
1.3.1. Las garantías genéricas.....	15
1.3.2. Las Garantías Específicas.	16
1.3.2.1 Garantías Normativas.	16
1.3.2.2 Garantías de Control y de Fiscalización.	17
1.3.2.3 Garantías de Interpretación.	18
1.4. Garantías de los Derechos en el Ecuador.	19
2. CAPÍTULO II: LA ACCIÓN DE AMPARO.....	21
2.1 Antecedentes Históricos.....	21
2.2 La acción de amparo en la Constitución de 1998.....	23
2.3 La acción de Amparo en el Derecho Comparado.	29
3. CAPÍTULO III: NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.....	35
3.1 Finalidad y objeto.	35
3.2. Legitimación activa.....	36
3.3. Legitimación pasiva.	38
3.4. Principios y derechos en que se fundamentan.....	39
3.5. Medidas Cautelares.....	42

3.6. Rol del juzgador	44
3.7. Argumentación Jurídica.....	47
3.8. Reparación y cumplimiento.....	49
4. CAPÍTULO IV: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	54
4.1. La Acción de Protección en la Constitución del 2008.....	54
4.2. La Acción de Protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.....	56
5. CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	71
5.1. Conclusiones.....	71
5.2. Recomendación y propuesta.....	72
REFERENCIAS	75
ANEXOS	78

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1998 incorporó la Acción de Amparo Constitucional como una de las principales herramientas jurídicas de defensa de los derechos, que garantizaba aquella Constitución.

Con la vigencia de la Constitución de 2008 se reemplazó la Acción de Amparo por la Acción de Protección, con la finalidad de lograr mayor eficacia en la defensa de los derechos de las personas.

La Constitución de 2008 denominada como: “de la República”, o Constitución de “Montecristi”; ha sido caracterizada como una Constitución eminentemente “garantista”. Esto significa que el Estado tiene como prioridad la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Para hacer efectiva esta tarea del Estado el constituyente ha instrumentalizado varias garantías jurisdiccionales que no son otra cosa que las herramientas que tienen todas las personas para hacer efectivos sus derechos, las mismas que se encuentran previstas en el Capítulo Tercero, Sección Primera, artículos 86 y siguientes de la Constitución.

El artículo 88 de la Constitución de la República se refiere precisamente a una de estas herramientas: “La Acción de Protección”, la misma que se diferencia de la Acción de Amparo en que amplía el ámbito de defensa expedita y directa de los derechos constitucionales, en conformidad con los principios y postulados establecidos en la Constitución.

Esta Acción de Protección conforme el referido artículo 88 de la Constitución de la República tiene 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 (...)*”, es importante recordar que para las actuaciones judiciales que vulneran derechos constitucionales el constituyente ha previsto la “Acción Extraordinaria de Protección”.

Con la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y concretamente en relación a la **Acción de Protección**

prevista en su artículo 42, se plantean varias restricciones, convirtiendo a ésta en una garantía jurisdiccional “subsidiaria”; es decir, **que solo cabe ser activada cuando se hayan agotado otros mecanismos previos y eficaces contemplados en el ordenamiento jurídico**, limitando el objetivo fundamental que nos plantea el referido artículo 88 de la Constitución; es decir como una verdadera herramienta de defensa directa de los derechos. Especialmente restringiendo los estándares internacionales señalados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH en relación a que los recursos judiciales sean rápidos, sencillos y efectivos.

Estas restricciones que rompen con los postulados y principios que plantea la Constitución de la República, y que nos impone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, constituirá el problema fundamental a desarrollarse en este trabajo, titulado: **“La Acción de Protección como Mecanismo de Garantía de Derechos, dentro del Modelo Constitucional en el Ecuador”**, analizando también los antecedentes históricos en el Ecuador de este Instrumento Jurídico; se efectuará además una revisión comparativa entre las acciones de Amparo y de Protección y se dará una breve mirada al Derecho comparado.

El tema escogido para este estudio permitirá una vez concluido el mismo, aplicar y conocer de mejor manera los cambios profundos que en materia constitucional el Ecuador ha experimentado desde la instalación de la Asamblea Constituyente de Montecristi y posterior aprobación de la Constitución de la República en el 2008, especialmente en materia de Garantías Constitucionales; del mismo modo, este trabajo podrá ser de utilidad a quienes ya por estudiantes, ya por su ejercicio profesional se interesen por éste, y se constituirá en el motivo inspirador para profundizar en esta apasionante materia, incomprendida a veces, pero de gran trascendencia e influencia en la actividad político jurídica interna.

CAPÍTULO I: LAS GARANTÍAS JURIDICIONALES

1.1. Antecedentes Históricos.

Agustín Grijalva Jiménez nos explica que las garantías constitucionales son las herramientas imprescindibles que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que se encuentra reconocido por la propia Constitución. Sin las garantías los derechos se constituirían en meros enunciados retóricos que carecerían de eficacia jurídica.

En principio los derechos carecían de garantías constitucionales, los únicos derechos que se podían exigir eran aquellos regulados por el derecho ordinario, característica propia de los estados legales de derecho o estados liberales. Por ejemplo, el derecho a la vida se podía garantizar a través de la tipificación en los códigos penales; el derecho a la propiedad y la autonomía de la voluntad se garantizaban a través del derecho civil. A nivel constitucional quizá la única excepción era el derecho a la libertad de movimiento, que se garantizaba a través de la figura del Habeas Corpus.

En el siglo XX, en Europa, se establecen múltiples derechos entre los que destacan los catálogos de derechos humanos que aumentaban considerablemente, especialmente a finales de este siglo.

La Constitución ecuatoriana de 1929 ya reconocía algunos derechos civiles, económicos, sociales, culturales, políticos y colectivos; no obstante, la garantía era deficiente. La garantía constitucional solo operaba en casos extraordinarios; es decir cuando se trataba de garantías de naturaleza cautelar, o de manera subsidiaria, cuando se trataba de derechos civiles. Por ello autores como Bobbio, que se citará en el presente estudio, para disminuir las discusiones sobre los fundamentos de los derechos ya reconocidos pensaba en métodos o mecanismos de mayor eficacia para garantizarlos.

“Las garantías eficaces son aquellas que están diseñadas para que todos los derechos reconocidos en la Constitución produzcan el resultado previsto por el constituyente, que es reparar la violación del derecho” (Ferrajoli, 2009), en la Teoría Garantista de Ferrajoli, la existencia de un derecho demanda la creación de una garantía adecuada, si no existe la garantía hay una omisión por parte del Estado, del legislador, o del juzgador; por lo tanto es inconstitucional.

La Constitución de 1998 adolecía de esta inconsistencia en tanto no regulaba garantía alguna, como en el caso de los derechos sociales con dimensión colectiva, o cuando regulaba las garantías de forma deficiente como en el Amparo.

La garantía en la Constitución de 1998 se encuentra ligada principalmente a la acción judicial y subsumida en el título que reconoce “los derechos”. En el capítulo VI que se denomina “de las garantías de los derechos”, se refiere al Habeas Corpus, Habeas Data, Amparo y a la Defensoría del Pueblo. Aunque existe el principio que establece la obligación general del respeto a los derechos humanos como “el más alto deber del Estado”, este no se facilita como garantía, sino a través de lo judicial; razón por la cual esta concepción de garantía resultaba restrictiva.

La referida Constitución en cuanto a la titularidad para accionar, ésto es, la facultad de las personas para acudir ante una autoridad judicial y poner en conocimiento la existencia de una violación de derechos la denominaba “legitimación activa”; es decir, es una característica propia del derecho clásico vinculado con el derecho privado en el cual existe la idea dominante de que el titular del derecho subjetivo es a quien le asiste el derecho de presentar una acción.

Esta misma Constitución (1998) restringe la posibilidad de ejercer la acción constitucional exclusivamente a la persona que actúa “por sus propios derechos”; sin embargo, es esta misma Constitución la que curiosamente establece la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica o grupo humano, pueda ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico

pero únicamente para la protección del medio ambiente. En materia penal se permite, en cambio, que cualquier persona pueda poner en conocimiento del Fiscal la existencia de una infracción penal.

En cuanto a la naturaleza de la garantía, la Constitución de 1998, al regular el Amparo y el Habeas Corpus; lo hace como acciones cautelares, es decir, que proceden excepcionalmente cuando se produce una violación de derechos con características de grave e inminente. Desde esta perspectiva la violación de derechos que no cumpla con estos requerimientos simplemente no son exigibles constitucionalmente, ésto hace suponer que debía existir una acción en el derecho común que declare la violación del derecho y su reparación. Esa acción, cuando el agente violador es el Estado, debía encontrarse en el derecho administrativo; sin embargo se evidencia la inconsistencia en el sentido de que en el derecho administrativo del Ecuador tampoco se desarrolló esta posibilidad de exigibilidad. En definitiva, a pesar de ser procesos sumarios, no dejaron de ser procedimientos burocráticos, lentos frente a la inminencia y de consecuencias inútiles.

En cuanto a los requisitos, la Constitución de 1998, determinó que para la procedencia de la Acción de Amparo deben concurrir tres requisitos: 1.- un acto u omisión ilegítima de una autoridad pública; 2.- la violación de un derecho consagrado en la Constitución y 3.- la existencia de un daño grave e inminente. Estos requisitos según la jurisprudencia del entonces Tribunal Constitucional debían ser simultáneos y a falta de uno de sus requisitos la acción era rechazada, tal como ocurre en la Resolución No. 0479-2008-RA, publicada en el Registro Oficial No. 96 de martes 03 de febrero de 2009. (Anexo 1)

En cuanto al Habeas Corpus a su vez, procede cuando se produce una ilegal privación de la libertad; ésto es, la no exhibición de la orden judicial, no cumplir con los requisitos legales, la demostración de vicios de procedimiento o si no se justificare el fundamento del recurso. En la práctica, cuando el agente del Estado presentaba la boleta de detención con todos los requisitos formales no

procedía el recurso, aun cuando al momento de la detención no se presentó la boleta.

En el caso del “obligado” en la Constitución de 1998 y concretamente en el Habeas Corpus, la privación de la libertad solo podría producirse por un funcionario o empleado estatal; para el caso del Habeas Data se solicitaba al “funcionario respectivo”; en el Amparo se presenta la acción por las consecuencias de un acto u omisión de una autoridad pública; y, contra particulares cuando se afectaba gravemente un interés colectivo, comunitario o derecho difuso.

En relación a la “autoridad competente”, esta misma Constitución, establece que salvo el Habeas Corpus que lo conocía el Alcalde, las garantías se presentan “ante el órgano judicial designado por la ley”; ese órgano era el Juez de lo Civil o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal. Todas las garantías jurisdiccionales establecían la opción de apelación ante el Tribunal Constitucional.

En relación a los efectos de la resolución establecía que el Juez, al encontrar fundamentos, ordenara la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de derecho; con esta característica, el Tribunal Constitucional se limitaba a sí mismo, asumiendo el rol de “legislador negativo”.

Finalmente, en cuanto a asegurar su cumplimiento la Constitución de 1998, establecía que el Juez podía adoptar las medidas que estime oportunas para ejecutar la decisión, para lo cual, podía contar con la asistencia de la Fuerza Pública. Esto en la práctica, lamentablemente no ocurrió, el juicio de garantías terminaba con la resolución que en muchos de los casos no reparaba adecuadamente una violación a los derechos, o lo que es peor, no era acatada.

Por su parte, la Constitución del 2008, trae avances sustanciales en relación a la regulación de las garantías; misma que desarrollaré más adelante.

1.2. Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador.

En el Ecuador tradicionalmente se ha entendido como garantías constitucionales, exclusivamente a las denominadas “*garantías jurisdiccionales especiales o constitucionales*”; es decir, aquellas que suelen encomendarse a los tribunales especializados, como son los tribunales constitucionales o superiores; siendo principalmente su objetivo establecer mecanismos de control y reparación. Concretamente, se ha concebido como garantías al amparo, al habeas corpus, al habeas data y a la Defensoría del Pueblo.

Respecto de ésta última, ésto es, la inclusión de la Defensoría del Pueblo entre las garantías constitucionales en la Constitución de 1998, es una evidente demostración de la limitada concepción puramente jurisdiccional y especializada de las garantías. Efectivamente, tal cual se desprende del texto de aquella Constitución, la Defensoría es una garantía en razón de que su objetivo es la defensa de derechos constitucionales; sin embargo, no es una vía procedimental, sino más bien una suerte de órgano autónomo que facilita “visibilidad pública” a las violaciones de derechos constitucionales, y eventualmente patrocina acciones constitucionales, principalmente de los ciudadanos; debemos tener presente que este órgano no tiene capacidad de juzgamiento, por lo tanto no sanciona ni repara.

Pisarelo, en su ensayo “Las Garantías Constitucionales en el Ecuador” ha clasificado a la Defensoría del Pueblo, junto con las comisiones anticorrupción y los tribunales de cuentas, entre las garantías que él denomina “garantías semi- jurisdiccionales”.

Del mismo modo, en la Constitución de 1998 en su artículo 24, se hacía referencia a las garantías básicas del debido proceso, artículo que establece que estas *garantías*, pueden ser de carácter constitucional, legal, internacional o incluso establecerse vía jurisprudencia. Esto significa que, en la práctica, son los mismos jueces los que por iniciativa propia podían diseñar y crear garantías para garantizar determinados derechos en el proceso.

Así también el artículo *ibídem*, en términos generales se refiere a las garantías establecidas en instrumentos internacionales vigentes; por tanto, a más del amparo, habeas corpus y habeas data, reconocidos en la Constitución, existirían otras acciones e instituciones del derecho comparado que hacen las veces de garantías y por lo tanto también tienen vigencia en el Ecuador.

La noción de garantía constitucional que prevalecía en el Ecuador, antes de la Constitución de 2008, evidenciaba este irregular proceder de sustraer a otros poderes públicos y sociales sus facultades y responsabilidades en la defensa de los derechos constitucionales.

Es así que, para el estudio que voy a realizar, usaré el marco teórico referente a la relación entre derechos y sus garantías que nos enseña el tratadista Luigi Ferrajoli, Ferrajoli en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales* nos explica: “los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o de prohibición (de lesión)” (2009, p. 26).

De esta manera Luigi Ferrajoli llama “garantías primarias a estas obligaciones y prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir las violaciones a sus garantías primarias” (2009, p. 26).

Las *garantías primarias*, consisten en obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión, a los que los poderes públicos o los particulares están jurídicamente obligados a proteger. Así por ejemplo, el Habeas Corpus es una garantía secundaria que procede únicamente cuando la garantía primaria consistente en la obligación del estado de no detener a nadie al margen de la ley, ni arbitrariamente, no ha sido cumplida. En definitiva las dos garantías, ésta es, la primaria y la secundaria, protegen el derecho a la libertad.

Como vemos, en el caso ecuatoriano se asumía que solo existían las garantías secundarias de tipo jurisdiccional, en otras palabras, que un derecho como el de la libertad estaba garantizado única y exclusivamente por los jueces constitucionales a través del Habeas Corpus. En realidad la garantía primaria corresponde al ejecutivo que como titular de la fuerza pública, está obligado a seguir ciertos procedimientos y omitir otros en toda detención. Por su parte, los jueces ordinarios y concretamente los jueces penales también deben respetar el derecho a la libertad, siguiendo a cabalidad las normas del debido proceso; adicionalmente, el legislador no puede regular estas materias que no sea a través de una ley, como tampoco puede reformar las normas constitucionales sobre el derecho a la libertad y demás derechos constitucionales si no en base al procedimiento de reforma constitucional establecido en la Constitución; éstas en definitiva serían las garantías normativas del derecho a la libertad. Como se puede observar, son múltiples las funciones de los poderes públicos quienes mediante tareas específicas, garantizan la libertad y no solo las autoridades que conocen y resuelven el Habeas Corpus.

Queda claro entonces que, el legislador también está obligado a garantizar derechos constitucionales, por lo que cuando éste los ignora, procede recurrir a una garantía secundaria y jurisdiccional, como lo es la acción de inconstitucionalidad o una acción de omisión legislativa.

Pero además, como lo señala el mismo Pisarelo, las garantías jurisdiccionales no agotan el universo de las garantías secundarias, en otras palabras, hay también *garantías secundarias Legislativas y Administrativas*, es decir, sanciones y reparaciones adoptados por el órgano legislativo, tal es el caso, cuando se presenta un juicio político, o por órganos administrativos, cuando se realizan actividades de inspección o supervisión. Las sanciones y reparaciones decididas por estos órganos no judiciales, a no dudarlo, cumplen también la función crucial de garantizar los derechos constitucionales.

Es así que dentro de la tesis del tratadista Luigi Ferrajoli que tiene que ver con relación a los derechos y garantías, se realiza una diferencia al interior de las

garantías jurisdiccionales, diferenciando las garantías jurisdiccionales “secundarias”, tal es el caso del Amparo o Habeas Corpus, de las garantías jurisdiccionales “primarias”, entendidas como tales, las confiadas a tribunales ordinarios con capacidad para conocer y resolver vulneraciones de derechos. En otras palabras, la justicia ordinaria está obligada a preservar los derechos constitucionales y tal como ocurre en el caso ecuatoriano, cuando eso no ocurre, se debe acudir a las garantías jurisdiccionales de tipo constitucional.

Agustín Grijalva Jiménez nos enseña que las garantías jurisdiccionales no solo que incluyen a las jurisdicciones ordinaria y constitucional, sino que además funciona a escala supra estatal, es decir, cuando la violación de derechos constitucionales es conocida por tribunales internacionales, como es el caso del sistema interamericano de derechos fundamentales.

Por otro lado, nos explica Agustín Grijalva Jiménez en su obra, *Constitucionalismo en Ecuador*. :

“que no solo son los órganos “estatales jurisdiccionales” los que actúan para garantizar los derechos; son los ciudadanos, ya sea mediante el sistema representativo o mediante su participación política directa, quienes inciden en el reconocimiento de los derechos. Estos mecanismos de participación política como el caso del voto, consulta popular, revocatoria del mandato, configuran “las garantías sociales de los derechos”, es decir, en un Estado democrático son los ciudadanos los que proponen, definen y demandan el ejercicio pleno de sus derechos”. (p.248, 2011)

Por lo tanto, la reducción de las garantías de los derechos exclusivamente a las de tipo jurisdiccional constitucional, inciden sobre la forma como éstas últimas se conciben. Bajo esta noción reducida de las acciones de Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data, tendían a verse como medios procesales únicos antes que integrados en el sistema de defensa de derechos.

Por último, la Constitución de 2008 fortalece y consolida las garantías constitucionales, ésto se explica por la ampliación del tipo de garantías, como por el desarrollo de las garantías jurisdiccionales ya reconocidas en la Constitución de 1998.

En efecto, la Constitución de 2008, distribuye a las garantías constitucionales en: Garantía normativas; políticas públicas, garantías políticas o de participación ciudadana, y garantías jurisdiccionales.

El principio central que guía esta distribución es la existencia de múltiples mecanismos a más de las garantías jurisdiccionales, que obligan a las instituciones, órganos y autoridades del Estado a respetar y desarrollar los derechos constitucionales. Las garantías normativas se encuentran establecidas en el artículo 84 de la Constitución de la República, mismas que establecen la obligación de cualquier autoridad con potestad normativa de regular los derechos constitucionales mediante ley, sin atentar contra el núcleo de esos derechos.

Por su parte el artículo 85 de la Constitución de la República establece que las “políticas públicas” deben ser concebidas como garantes de los derechos fundamentales, por lo tanto, deben ajustarse a las disposiciones constitucionales. Del mismo modo, las garantías políticas que son propias de la participación ciudadana sirven como mecanismo de exigibilidad de los derechos constitucionales; este criterio ampliado de la noción de garantía constitucional tiene como objetivo principal el hecho de que todas las funciones del Estado, órganos y autoridades públicas y eventualmente los particulares, están obligados a respetar y hacer respetar la Constitución. Por tanto, constituye una visión del poder estatal que se encuentra limitado y vinculado por y al servicio de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, la Constitución en análisis en unos casos desnaturaliza estas garantías, en unos las constitucionaliza o amplia su objeto, esto ocurre principalmente con las acciones de Protección y Habeas Corpus y acceso a la

información pública. Estas particularidades, constituyen avances importantes respecto de la Constitución de 1998.

Los principios comunes a las garantías previstas en el artículo 86 de la Constitución de la República, hacen relación a los legitimados activos, la competencia de los jueces que conocen de estas acciones, el procedimiento a seguirse incluyendo medidas cautelares, audiencia, pruebas, sentencia y apelación, así como la ejecución de la sentencia; las sanciones por incumplimiento y la revisión de las sentencias por parte de la Corte Constitucional sin descuidar la reparación integral.

Otro cambio importante hace relación al carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías, previsto en el artículo 436, numeral 6, de la Constitución de la República, que viene a constituirse en fuente de Derecho, antes únicamente fuente de derecho secundaria, es decir una fuente subordinada.

La Acción de Protección que reemplaza la figura del amparo trata de superar las inconsistencias atribuidas a ésta.

Se establecen dos tipos de amparo: la acción “ordinaria” de protección y la acción “extraordinaria” de protección.

Respecto a la acción ordinaria de protección que es la que reemplaza a la acción de amparo prevista en la Constitución de 1998, esta es ampliada en su objeto, esto es cuando los particulares se encuentran en situaciones de agravio como la subordinación o discriminación así como en los casos en que la violación del derecho resulta de una inapropiada y deficiente prestación de los servicios públicos. Estos cambios pretenden la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos o colectivos contra el abuso de la autoridad pública o de decisiones judiciales.

En contraste con la Constitución de 1998 se crea la acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales.

El Hábeas Corpus también nos presenta un cambio sustancial respecto a la Constitución de 1998, dado también en la ampliación del objeto; en efecto, la Constitución de 2008 amplía el ámbito de protección de esta Institución a “toda forma” de privación arbitraria de la libertad, que puede incluso venir de los particulares. Esta ampliación del objeto de la acción permite que se proteja la vida y la integridad física de quienes están privados de la libertad así como los actos de tortura, trato cruel o degradante.

Respecto del Hábeas Data se completa y perfecciona el procedimiento de esta acción, es decir, se busca una protección más efectiva de los datos genéricos y los archivos de datos personales constantes en las diferentes instituciones. El titular tiene derecho a conocer la finalidad, el propósito, el origen y destino de su información personal. Si los datos son sensibles el titular podrá solicitar se adopten las medidas necesarias que preserven tal información.

El Acceso a la Información Pública es una garantía que incluye directamente la Constitución del 2008. Este derecho constaba anteriormente en la Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública. La constitucionalización de este derecho tiene la ventaja de integrar esta acción al sistema de garantías constitucionales, sujetándola a sus principios procesales y protegiéndola de tendencias restrictivas propias de la normativa secundaria.

La acción por incumplimiento por su parte es una respuesta al hecho de que con alguna frecuencia las decisiones no son acatadas, esta figura permite a la Corte Constitucional efectuar un seguimiento de sus decisiones y por supuesto que estas sean acatadas a cabalidad.

1.3. Las Garantías de los Derechos Constitucionales.

La obligación de los órganos internos de los estados de respetar y garantizar los derechos lo ha señalado clara y directamente la Corte Interamericana de

Derechos Humanos como intérprete máximo en el ámbito regional. (*Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador; 7 de septiembre de 2004*). (Anexo 2). Otra obligación de los estados es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocido por la Convención interamericana de Derechos Humanos:

“obligación que implica el deber de los estados parte de organizar toda una estructura gubernamental a través de la cual se manifieste el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Obligación que va más allá cuando tienen que prevenir, investigar y sancionar todos los derechos reconocidos por la Convención, la restauración del derecho vulnerado y su reparación” (Nogueira, 2004, p. 122).

La normativa constitucional de los derechos, debe necesariamente acompañarse de la respectiva “garantía” esto es, de los mecanismos que aseguren la plena observancia de los derechos establecidos en la Constitución.

En la presente investigación es importante clasificar las garantías de los derechos, para lo cual estudiaremos la clasificación del tratadista Antonio E. Pérez Luño, la cual se analiza desde la perspectiva de la realidad jurídica en el Ecuador.

Quienes se ocupan del derecho comparado, por ejemplo Antonio E. Pérez Luño, suelen distinguir entre instrumentos de protección genérica e instrumentos de protección específicos.

Antonio E. Pérez Luño, en su obra *Los Derechos Fundamentales*, nos enseña:

“Las garantías específicas serían los establecidos con la exclusiva finalidad de tutelar los derechos fundamentales, mientras que las garantías genéricas harían referencia a las garantías jurisdiccionales de todos los derechos e intereses protegidos por el ordenamiento jurídico y

entre los que, por tanto, también deben incluirse los derechos fundamentales” (2011, p. 76).

El tratadista Humberto Nogueira nos explica que las garantías de los derechos en un primer momento se los pueden clasificar en *garantías nacionales* y *garantías internacionales*. Esta primera aproximación cobra sentido si consideramos que las garantías no se agotan en el plano interno de un estado sino que trascienden al plano supranacional, a través de estructuras y mecanismos entre los que se encuentran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Las garantías nacionales a su vez pueden ser clasificadas en *genéricas* y *específicas*.

1.3.1. Las garantías genéricas

Las garantías genéricas están representadas por los principios que definen a un Estado permitiendo mantener una visión integral de los derechos que determinan la vigencia efectiva del Estado constitucional de derechos (artículo 1 Constitución de la República) como el caso ecuatoriano; un poder legislativo representativo de una sociedad, encargado de la elaboración de normas y el aseguramiento que incluye los derechos de “participación” esenciales a una visión integral de los derechos fundamentales.

La vigencia de un efectivo Estado Constitucional implica la limitación del poder previsto en la Constitución y la normativa secundaria y de la vigencia de principios básicos como el de supremacía constitucional, de aplicación inmediata de los preceptos constitucionales, fuerza normativa, de legalidad, el control constitucional de las leyes y actos administrativos, de responsabilidad de los gobernantes y agentes del Estado y de una necesaria rigidez constitucional como limitante al legislador y que permita garantizar el desarrollo de los mismos,

1.3.2. Las Garantías Específicas.

Las garantías específicas son las distintas herramientas de protección jurídica de los derechos que asegura la Constitución; a su vez Humberto Nogueira nos explica que pueden ser clasificadas en garantías Normativas; de Control o Fiscalización; de Interpretación y Jurisdiccionales.

1.3.2.1 Garantías Normativas.

Las garantías normativas de los derechos fundamentales hacen referencia al principio de legalidad en sentido amplio, concentrando su significado en los derechos fundamentales, regulando su desarrollo y aplicación, lo mismo que en la reforma.

Una primera garantía normativa de los derechos se expresa en el principio de reserva legal, como por ejemplo el caso de la legislación tributaria ya que solo mediante ley se crea, modifica o se extingue tributos (artículo 301 Constitución de la República). El legislativo es uno de los órganos apropiados para regular los derechos en la medida de que es el intérprete de la soberanía nacional más representativo de la sociedad.

Con el concepto de reserva de ley, se definen sectores y materias que están reservados exclusiva y completamente a la ley y excluyendo su regulación por parte de la administración.

De esta manera no solo se reserva al legislador sino que también se limita la libertad de acción del legislador en la regulación de derechos fundamentales, el cual queda obligado a regular las materias de dicha reserva.

La reserva de ley constituye así una limitación a la potestad reglamentaria del Ejecutivo, y un mandato específico del constituyente al legislador, para que solo

este regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales; asegura también que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo que se fundan en los principios de publicidad, contradicción y debate. Estamos en presencia absoluta de reserva de ley cuando el constituyente utiliza términos tales como *“solo por ley”* o *“la ley regulará”*, etc.

La reserva de ley para asegurar los derechos se ve fortalecida por la obligación que tiene el legislador de no afectar el núcleo de los derechos, particular que además, se funda en el principio que establece “que las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

Al respecto Humberto Nogueira Alcalá en su libro *Los Derechos Fundamentales*, expresa: “el legislador debe respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que es preexistente al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos. Así, el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho, constituye una entidad previa a la regulación legislativa” (2004, p. 128.).

1.3.2.2 Garantías de Control y de Fiscalización.

Estas garantías son instrumentos parlamentarios encaminados a supervisar la incidencia que, en la esfera de los derechos fundamentales, tiene la actividad de los otros órganos y funciones del Estado. En estas garantías encontramos, la acusación constitucional o enjuiciamiento político por vulneración de la Constitución y las leyes, como consecuencia del abandono de deberes en materia de derechos fundamentales; la figura del Defensor del Pueblo, entre otros.

1.3.2.3 Garantías de Interpretación.

Humberto Nogueira nos explica:

“Las garantías de interpretación hacen referencia a los mecanismos destinados a garantizar una adecuada interpretación de los derechos; en otras palabras es la obligación de los órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los Tratados de Derechos humanos ratificados por los Estados”. (2004, p. 135).

El compromiso de todos los órganos y personas que nace de la Constitución significa que su actuación nunca puede afectar el ejercicio de los derechos más allá de las limitaciones que el texto de la Constitución imponga y las obligaciones derivadas en los tratados de derechos humanos, las mismas que contienen normas interpretativas en materia de derechos.

Los principios “*favor homine*” o “*pro cives*” previstos en el párrafo tercero del numeral 3 del artículo 11 de la Constitución de la Republica, que implica la aplicación de aquella norma del derecho internacional o interno que mejor asegure el ejercicio de los derechos.

De igual modo, los principios de progresividad de los derechos y no regresividad (artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la Republica) constituyen también elementos garantizadores del pleno goce de los derechos constitucionales.

Asegurar el principio de proporcionalidad como criterio de ponderación de las regulaciones y restricciones de los derechos fundamentales.

Los principios de probidad y transparencia exigen al legislador y a la administración una información oportuna frente a la adopción de sus medidas o

decisiones, a fin de cumplir las exigencias y obligaciones que determinan la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

1.4. Garantías de los Derechos en el Ecuador.

De modo general, puede afirmarse que en comparación con la Constitución de 1998 la Constitución de Montecristi, amplía y fortalece la compleja red de las “garantías de los derechos”; incrementando por una parte sus instrumentos de defensa y por otra especificando y desarrollando el contenido de las garantías ya existentes en la anterior Constitución. Esta particularidad evidencia una vez más su carácter garantizador dado la amplitud de los mecanismos e instituciones creadas para la protección de los derechos. Al respecto, Claudia Estorini en su obra: *La nueva Constitución del Ecuador; Estado, derecho e instituciones* nos señala:

“...este garantismo responde al deseo de conferir un auténtico carácter normativo a los preceptos relativos a derechos fundamentales, ya que, esa condición resulta necesaria para su plena realización, de la importancia de las garantías para el ejercicio de los derechos fundamentales puede dar cuenta el hecho de que gran parte de los derechos, y que las mismas garantías deben considerarse derechos” (2009, p.287).

La Constitución de la República en su título III, artículos 84 al 94, se refiere a las garantías constitucionales del siguiente modo:

“Garantías Normativas: Artículo 84.- la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y

nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentaran contra los derechos que reconoce la Constitución”.

Por su parte el artículo 85 prevé que cualquier autoridad en el desarrollo de las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, deberán adoptar sus decisiones hacia la realización de sus derechos.

El artículo 86 se refiere a las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales; y los artículos 87 al 94, hacen referencia a las medidas cautelares, a la acción de protección, al hábeas corpus, a la acción de acceso a la información pública, a la acción de hábeas data, a la acción por incumplimiento y a la acción extraordinaria de protección, respectivamente.

CAPÍTULO II: LA ACCIÓN DE AMPARO

2.1 Antecedentes Históricos

La acción de amparo constitucional es un instrumento procesal específico de los derechos fundamentales en un proceso constitucional directo, ágil, sumario y eficaz, proceso en el cual las dilatorias o el rigorismo civilista, el incumplimiento de los plazos y los requisitos sacramentales que normalmente se emplean para la presentación de una acción cualesquiera que esta fuere, no se aplican, pues corren el riesgo de sacrificar su eficacia y su naturaleza jurídica.

A nivel de América Latina el amparo aparece por primera vez en México, a mediados del siglo XIX, constituyéndose hasta la presente en una de las herramientas más sólidas e importantes en materia de protección interna de los derechos humanos en nuestros países. Es importante rescatar la amplitud de cobertura del amparo mexicano, pues este incluye la protección frente a las detenciones arbitrarias, la impugnación de leyes constitucionales para casos concretos (amparo contra leyes), la impugnación de última instancia de resoluciones judiciales, la impugnación de resoluciones de autoridades administrativas cuando no existieren otras vías y, como instrumentos tutelar de los derechos de los campesinos sujetos a la reforma agraria.

El amparo mexicano constituye el referente latinoamericano en esta materia para luego ir incorporándose en los diferentes ordenamientos jurídicos internos de países como: Colombia, donde se le identifica como Acción de Tutela, Mandato de Seguridad en Brasil, Recurso de Protección en Chile y actualmente Acción de Protección en el Ecuador. El amparo mexicano no obstante su enorme trascendencia, influencia y amplitud lo abordaremos de manera específica y con el desarrollo del capítulo se abordará el tema con mayor profundidad.

Como es natural cada uno de los países le han otorgado características específicas que dependen del tratamiento legal que esos países le den a esta

acción; no obstante es importante recoger algunos elementos básicos que guían el accionar de este tipo de garantía.

En el Ecuador se trata de una acción constitucional sumaria y eficaz que procede contra los actos ilegítimos que vulneren o amenacen con violar derechos constitucionales.

El Manual Técnico sobre las Garantías Constitucionales nos enseña que: *“el objeto de la Acción de Amparo es tutelar un derecho a través de la implementación de medidas urgentes que logren evitar, cesar o remediar cualquier actuación ilegítima que conlleve a la violación o amenaza de un derecho fundamental”* (2006, p.41).

El Manual Técnico sobre las Garantías Constitucionales nos enseña que en el Ecuador el amparo constitucional aparece por primera vez en la Carta Fundamental de 1967, como derecho garantizado por el Estado ecuatoriano, cuyo artículo 28 numeral 15, señalaba: *“el derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales sin perjuicio del deber que incumbe al poder público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes”*.

Ciertamente no se conoce de demandas presentadas ante el poder judicial de esta forma de amparo, ni de algún tipo de estudio doctrinario sobre esta materia, de lo que se concluye que el amparo en sus inicios no fue eficaz ni sumario, cual es, su objeto y naturaleza.

La Constitución de 1978, no contempla ninguna forma de acción de amparo de los derechos de las persona; y es apenas en la Constitución codificada de 1996 que se incorpora en la sección sobre las garantías de los derechos la figura del amparo, al igual que por primera vez el habeas data y la Defensoría del Pueblo.

El 2 de julio de 1997 se expide la Ley de Control Constitucional, por medio de la cual se reguló el amparo, habeas corpus y habeas data y el funcionamiento del entonces Tribunal Constitucional ahora, Corte Constitucional. La expedición de esta ley, no obstante que era anterior a la Constitución de 1998, fue beneficiosa en algunos aspectos, especialmente en cuanto terminaba con el

problema que se había presentado sobre la dificultad de aplicar las garantías constitucionales por falta de ley.

En junio de 1998 la Asamblea Constituyente de ese año elaboró un nuevo texto constitucional, en el cual se innovó la normativa suprema que regulaba el amparo y habeas data, cuyo texto entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, y que si bien mejoró el objetivo de protección de derechos fundamentales, ocasionó por otro lado, la caducidad temprana de algunas normas de esa Ley. No obstante lo anotado, en materia de garantías constitucionales y de conformidad con el informe de labores presentado por el Tribunal Constitucional al Congreso Nacional de esa época, desde el 1 de enero del 2004, al 31 de diciembre del mismo año, ingresaron al Tribunal Constitucional en apelación 1.135 acciones de amparo; 113 acciones de hábeas data; y 89 acciones de hábeas corpus, de los cuales el Tribunal Constitucional, en ese periodo resolvió 960 acciones de amparo; 108 acciones de hábeas data; y 88 acciones de hábeas corpus.

2.2 La acción de amparo en la Constitución de 1998

El artículo 95 de la Constitución Política de 1998 al instituir el amparo desarrolló el procedimiento básico al que se sujeta este instrumento jurisdiccional de garantía de los derechos humanos, la referida norma constitucional sobre el amparo al igual que la disposición del habeas corpus son típicos ejemplos de los que se denominan “normas reglamentarias” que dan a la Constitución.

La Ley que reguló los detalles del procedimiento respecto del amparo así como del hábeas corpus y el hábeas data, se denominaba “Ley del Control Constitucional”, que fue promulgada el 2 de julio de 1997; es decir, antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1998. Esta particularidad obviamente determinó que algunas normas legales no guardaban conformidad con la ley fundamental, por lo que en algunos casos fueron declaradas

inconstitucionales; es de destacar, que aquella Constitución desarrolló con amplitud la acción de amparo, la cual podía ser utilizada sin necesidad de que se agoten otras vías judiciales o administrativas, es decir, no era residual; tampoco se estableció que esta acción proceda cuando el afectado no disponía de otro medio de defensa judicial, es decir, tampoco era subsidiaria.

El Manual sobre la Acción de Amparo Constitucional en el Ecuador nos enseña que:

“Por finalidad de la acción de amparo, el alcanzar del órgano competente de la Función Judicial la disposición que ordene tomar medidas urgentes, destinadas a cesar, evitar la comisión remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión que viole un derecho reconocido en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Ecuador”. (1999, p. 13).

Hernán Salgado Pesantes, en el Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana nos dice que:

“La acción de amparo desde el punto de vista procesal es de carácter extraordinario, según la norma constitucional el amparo es un acción de procedimiento preferente y sumario, por ello, se señalaba que en la tramitación del amparo, no son aplicables las normas procesales que de alguna manera se opongan a éste, como tampoco las disposiciones que retardaban su ágil despacho, se disponía que respecto del amparo los jueces no se podían inhibirse y todos los días eran hábiles para su presentación, es de destacar, que la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, en ejercicio de las facultades que le concedía su Ley Orgánica, emitió un instructivo de bastante utilidad para los jueces y tribunales sobre todo en los casos de improcedencia de esta acción” (2004, p.77).

En cuanto a la legitimación activa el amparo lo podía presentar cualquier persona que consideraba haber sufrido la violación de un derecho garantizado por la Constitución. Si bien es verdad respecto a los colectivos y los derechos colectivos la norma constitucional no los facultaba, la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional fue superando este escollo permitiendo que también puedan interponer el amparo respecto de aquellos derechos que les afectaba.

Quien presentaba esta acción lo podía hacer por sí mismo o a través de un representante o apoderado con el ofrecimiento de ratificar su intervención en el término de tres días. Estaba también facultado el Defensor del Pueblo quien podía interponer un amparo por iniciativa propia para proteger un derecho colectivo o interés difuso, o a petición de los interesados con la debida justificación (artículo 48 Ley de Control Constitucional, artículo 96 de la Constitución Política de 1998 y artículo 2 letra a) Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo).

En materia de medio ambiente la Constitución facultaba que cualquier persona, natural o jurídica igual que el Defensor del Pueblo puedan presentar una acción que proteja este derecho. Los colectivos y las comunidades indígenas o negras debían estar representados por su autorizado, sin que tenga que recurrir a las solemnidades legales exigidas para otros casos, en definitiva, bastaba que se demuestre de modo razonable la representación que ostentaba.

El legitimado pasivo como en toda acción procesal debía ser identificado con claridad. Cuando se trataba de una autoridad como generalmente sucedía se debía cuidar que el acto u omisión provenga de esa autoridad. Así por ejemplo: si la violación del derecho provenía del Municipio, había que demandar al Alcalde y Sindico; de igual modo, cuando el demandado era el Consejo Provincial, pero, sería diferente si el acto era ocasionado por una autoridad como el comisario municipal.

El amparo también podía dirigirse contra aquellas personas que sin ejercer autoridad prestaban un servicio público, o cuando éstas actuaban por delegación o concesión de una autoridad pública. En estos casos el amparo debía referirse a los actos u omisiones relacionados directamente con la prestación de servicio público excepto aquellos casos de origen contractual, los mismos que como veremos más adelante no eran susceptibles de acción de amparo.

En el caso de los particulares que no están en las condiciones antes señaladas era procedente el amparo si su conducta afectaba grave y directamente un interés comunitario colectivo o un derecho difuso (inciso 3 del artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador de 1998). Esta particularidad de la entonces Constitución constituyó un verdadero avance en materia de derechos colectivo.

El entonces Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia sobre el amparo determinó los elementos básicos para su procedencia, estos son: 1.- Acto u omisión ilegítimos de autoridad pública; 2.- Violación de uno o más derechos reconocidos en la Constitución; y, 3.- Un daño grave e inminente, los mismos que debían concurrir de manera simultánea y el actor debía probar su existencia para su procedencia.

El acto u omisión mencionado, era de naturaleza administrativa y de carácter unilateral, en el sentido de que se trata de una decisión tomada por un funcionario público.

Los contratos administrativos no eran susceptibles de esta acción por cuanto son de naturaleza bilateral, diferente a la unilateralidad exigida por el amparo, sobre este particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fue clara y constante.

Este acto además, debía ser ilegítimo en el sentido de que haya sido dictado por una autoridad que no tenga competencia para ello sin observar el procedimiento establecido, o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico, o bien que se lo haya dictado sin fundamento o la debida motivación.

Según Hernán Salgado Pesantes, en el Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, explica que en el caso de la omisión ilegítima se debía establecer el deber jurídico de la autoridad y determinar su incumplimiento.

Era necesario demostrar que el acto u omisión ilegítimos hayan violado uno o más derechos constitucionales.

Así mismo, el daño es otro elemento importante que había que establecer en razón de que no se trataba de cualquier daño o de cualquier naturaleza, este daño viene a ser potencial, que se prevea con certeza, no era una mera

conjetura, debía ser concreto y real debiéndose precisar por parte del afectado en qué medida lo perjudica.

Otro elemento de importancia para Hernán Salgado Pesantes, en el Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana es que esta acción era la inminencia del daño grave que era necesario establecer pues bien podía ocurrir que con el paso de los meses, ni se diga de los años, pierda su fundamento y en este contexto la acción de amparo pierda también su razón de ser. Lo expresado nos lleva al caso “de la subsistencia del daño”, que podía presentarse, cuando éste no haya desaparecido y que permanezca y siga produciendo efectos gravemente nocivos.

Por último, no se podía presentar amparo a favor de terceras personas, solo cabía respecto del titular del derecho violado.

En suma, para Hernán Salgado Pesantes, en el Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, estos tres elementos eran necesarios para la procedencia del amparo mismos que además debían concurrir de manera simultánea, esto es, que la falta de uno de estos elementos devenía en la improcedencia de la acción planteada.

Conforme a la Ley Orgánica de Control Constitucional vigente en ese entonces, se señalaba que la acción de amparo debía ser presentada ante un Juez de lo Civil o Tribunal de Instancia del lugar donde se produjo el daño o del sitio donde generaba sus efectos.

Como en toda especialidad y materia el sorteo de las causas revestía especial importancia en tanto garantizaba la competencia de los jueces.

Según la referida Ley de Control Constitucional los jueces de lo penal podían atender a esta acción en los días feriados y festivos, ésta excepción debía ser calificada por el Juez. En este caso no existía sorteo.

La Ley en mención prohibía que el amparo se interponga más de una vez sobre la misma materia y el mismo objeto, pues tal actuación era sinónimo de mala fe y que bien podía inducir a error a los jueces. Para que esta prohibición sea efectiva se dispuso que el peticionario declare bajo juramento que no se ha

presentado otro amparo sobre la misma materia y con el mismo efecto ante otro juez o tribunal. El no cumplimiento de esta disposición podía invalidar la acción de amparo. La norma legal en prevención de esta posible irregularidad facultaba al Juez a que esta actuación sea calificada de maliciosa y se fije una multa hasta por cien salarios mínimos vitales, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que podían devenir de esta actuación dolosa.

La norma constitucional establecía que dentro de las 24 horas siguientes de la presentación de la demanda el Juez, convocaría a las partes a audiencia pública, estando facultado también para ordenar la suspensión provisional del acto violatorio del derecho siempre que existiere fundamento para esta medida cautelar.

La misma Ley se refería a la no comparecencia del demandado o su representante legal y señalaba que tal ausencia no impedía que la audiencia se realice, en cambio, si faltaba el actor se consideraba como desistimiento sin que el interesado pueda volver a plantear un amparo por la misma materia, salvo que su ausencia sea debidamente justificada ante lo cual el juez podía fijar otra fecha para que se realice la audiencia (artículo 50 Ley Orgánica de Control Constitucional).

Resuelto el amparo se podía plantar el recurso de apelación en el término de tres días ante el Tribunal Constitucional, quien resolvía de manera definitiva esta garantía constitucional. El Juez para el cumplimiento de la sentencia estaba facultado para adoptar todas las medidas jurídicas a su alcance para que se cumpla esa decisión e incluso estaba facultado para pedir la ayuda de la fuerza pública (artículo 95 inciso 5 Constitución Política del Ecuador de 1998).

Las autoridades o personas que incumplía la decisión podían ser objeto de sanciones sin perjuicio de indemnizar los daños que el incumplimiento acarree al peticionario.

La Constitución Política del Ecuador de 1998 en su artículo 95 en relación al amparo, disponía de manera expresa que no procede el amparo contra decisiones judiciales adoptadas en un proceso, quedando de este modo al

margen del amparo las decisiones adoptadas en los procesos de la justicia ordinaria.

2.3 La acción de Amparo en el Derecho Comparado.

La acción de amparo en el derecho comparado nos presenta una gran variedad de tendencias connaturales a los países en que se originan. Como lo habíamos mencionado anteriormente el amparo mexicano reviste una enorme trascendencia e influencia en el quehacer constitucional latinoamericano, razón por la cual, no podemos dejar de lado la posibilidad de desarrollar con mayor énfasis y profundidad esta institución mexicana como guía para desarrollar este capítulo.

Esta institución, la más importante del derecho procesal mexicano, se creó después de una lenta y a veces atormentada evolución en la cual se combinaron influencias externas con el desarrollo de instrumentos consagrados en documentos constitucionales mexicanos. El resultado fue un instrumento híbrido, esto es la influencia del *common law*, en un procedimiento inspirado en la legislación hispánica.

Dando una breve mirada a los antecedentes externos, vemos en primer plano la influencia en el derecho constitucional anglosajón, tanto por que hace referencia al habeas corpus que tiene origen británico, como la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*).

Según el tratadista Héctor Fix-Zamudio, en su obra “Ensayo sobre el Derecho de Amparo” menciona:

“ Pero la denominación deriva de la tradición hispánica, en razón de que el nombre de Amparo, considerado como castizo, evocador y legendario, tal cual como lo describe el tratadista mexicano Felipe Tena Ramírez, se inspira en dos instituciones, en el derecho castellano que era aplicable a las colonias españolas en América, además de las llamadas leyes de

Indias, como en los procesos forales aragoneses, en ambos casos como instrumentos protectores de los derechos de los gobernados” (1993, párrafo 15, p. 240).

Dentro de este marco también influyeron directa o indirectamente en el amparo, algunas instituciones francesas. En primer término por medio del llamado Supremo Poder Conservador, órgano político establecido en las leyes constitucionales centralistas de 1836, que tenía por objeto declarar la nulidad de los actos o de leyes a petición de alguno de ellos. En segundo lugar la casación francesa que se insertó en el amparo contra las resoluciones judiciales en cuanto se aceptó la procedencia del propio amparo contra las decisiones de los jueces.

Héctor Fix-Zamudio no explica que conforme esta evolución el juicio de amparo fue introducido en tres etapas: En primer lugar en la Constitución de Yucatán expedida en mayo de 1841, en segunda en el ámbito nacional fundado en el documento denominado “acta de reformas”, y finalmente en la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 en la cual el amparo se consagró de manera definitiva.

Una vez establecido de manera definitiva el juicio de amparo en la Carta de 1857, esta institución sufrió una evolución sustancial que se inició con la vigencia de la segunda Ley reglamentaria del 20 de enero de 1869. Dicho instrumento disponía en su artículo 8 la prohibición de procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, sin embargo, este precepto fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en 1869. Esta decisión es considerada por la doctrina mexicana similar a la sentencia pronunciada por la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de 1803, en el clásico caso *Marbury versus Madison*. Luego, la ley reglamentaria del juicio de amparo expedida en 1882, reconoció la admisibilidad del juicio de amparo contra las resoluciones de los jueces y tribunales.

Posteriormente, una vez que la jurisprudencia y la legislación aceptaron el amparo contra resoluciones judiciales por motivos de legalidad, el amparo se

transformo en un Recurso de Casación de tipo francés, es decir, con reenvío al Tribunal de la causa.

Héctor Fix-Zamudio nos explica que durante los debates del constituyente de Querétaro, que tuvo a cargo la elaboración de la Constitución de 1917, se presentó nuevamente la polémica entre los que querían retornar el juicio de amparo como control constitucional estricto de constitucionalidad y los que consideraban al amparo como casación Federal. Triunfó la tesis del amparo judicial.

Como resultado de la evolución anterior el juicio de amparo mexicano comporta en la actualidad una estructura procesal muy compleja, es así que en primer término la ley de amparo establece los lineamientos de un procedimiento concentrado con todas las características del tradicional Habeas corpus; en segundo lugar dentro de las funciones históricas el amparo también se utiliza para la impugnación de las decisiones legislativas, y, en tercer lugar es el relativo a la impugnación de las resoluciones judiciales en particular de las sentencias definitivas. Esta práctica ha sido calificada como amparo judicial, pero con mejor técnica podría denominarse amparo-casación ya que es equivalente a un recurso de casación a nivel nacional.

A partir del Tribunal Fiscal de la Federación en 1936 el juicio de amparo disminuyó de manera paulatina cediendo facultades, pero, en la actualidad posee plena autonomía pues se han establecido de manera paulatina tribunales administrativos tanto en el Distrito Federal como en varias entidades federativas, incorporadas al texto constitucional a partir de 1967.

El mismo autor en su obra "Ensayo sobre el Derecho de Amparo" nos explica que finalmente en el año de 1962 se introdujo un nuevo tipo de proceso en el juicio de amparo, pues se pretendía crear prerrogativas procesales en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria de propiedad social. Por la importancia de dichas reformas las mismas se concentraron en junio de 1976 en un segundo libro denominado "Del Amparo en materia Agraria". Esta nueva institución se denomina como "Amparo Social Agrario" cuyo benefactor directo son los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria. Con la

expedición de la Ley Orgánica en febrero de 1992 a esta materia se le atribuyó en cuanto al procedimiento, al amparo como casación, es decir que ahora existe una casación agraria.

De manera concreta podemos señalar que la concepción histórica del juicio de amparo desde sus inicios constituyó un instrumento procesal protector de los derechos humanos, frente al abuso de la autoridad pública, a través de un procedimiento sencillo dotado de eficaces medidas cautelares, de efectos restitutorios que ha permitido influir en otros ordenamientos jurídicos creándose instrumentos similares hasta con la misma denominación.

El mismo Héctor Fix-Zamudio en su obra nos dice:

“Haciendo una breve revisión histórica al amparo podemos observar lo evidente de su origen histórico mexicano y desde ahí partir al desarrollo de la acción, recurso o juicio de amparo en varios ordenamientos latinoamericanos inspirados en el modelo de la institución mexicana, en los cuales ha fructificado ampliamente debido a la común tradición jurídica proveniente del derecho hispánico, o si se quiere ibérica”. (1993, Párrafo 30 p. 246).

Para entender como llego el amparo a los demás ordenamientos jurídicos, el autor nos explica:

“El derecho de amparo se ha implementado y desarrollado en Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador (al menos de 1967 al golpe de estado de 1971), El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, instrumentos a los cuales deben agregarse el “mandato de seguridad de Brasil”. (1993, Párrafo 31 p. 246)

Este tratado de seguridad por tratarse de puntos en común con nuestras instituciones se ha traducido al castellano por algunos tratadistas como “mandamiento de amparo”.

Por otro lado el Habeas Corpus quedó establecido en el derecho peruano especialmente a partir de los decretos-leyes de octubre de 1968 y marzo de 1974.

Sobre el particular el autor en referencia nos dice: *“En todas estas legislaciones, y en particular la brasileña y argentina, el amparo a tenido un amplio desarrollo legislativo y jurisprudencial asumiendo su concepción clásica de instrumento protector de los derechos fundamentales”*. (1993, Párrafo 32 p. 247). Y al mencionar las falencias de la institución del amparo nos menciona: *“estamos consientes de que el derecho de amparo, en el ámbito de los países latinoamericanos, ha sufrido y padece graves limitaciones en aquellos ordenamientos especialmente en los cuales imperan régimen militar”*. (1993, Párrafo 34, p. 247)

Más adelante señala:

“Por otro lado en los citados ordenamientos constitucionales de Latinoamérica, o en sus leyes reglamentarias, se han introducido elementos que constituyen innovaciones procesales en relación con el modelo del amparo mexicano, el cual todavía conserva aspectos tradicionales derivados de su evolución histórica, y entre estos factores novedosos que pueden constituir materia de reflexión en una futura regulación, encontramos el recurso de amparo español, podemos mencionar la extensión del concepto clásico de autoridad, para comprender también a los organismos públicos descentralizados, los que se han multiplicado de manera extraordinaria en los últimos años, ya que según la legislación mexicana estos últimos no pueden ser demandados a través de acción de amparo”. (1993, Párrafo 36, p. 248).

Es de tanta influencia el recurso de amparo mexicano que en el ámbito interamericano e internacional los representantes mexicanos han propiciado la consagración de este instrumento inclusive con el mismo nombre de amparo en varios documentos internacionales como son: la Declaración Americana y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de los Derechos del Hombre,

del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como vemos el juicio de amparo mexicano ha influido de tal manera en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y en la actual estructura de los instrumentos internacionales que sin duda alguna constituirá un verdadero referencial que permita seguir desarrollando esta temática y demostrar la gran influencia de éste en nuestro actual ordenamiento jurídico interno.

CAPÍTULO III: NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

3.1 Finalidad y objeto.

Conforme los artículos 88 de la Constitución de la República, 6 y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección (LOGJCC) tiene como 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 afecta se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

De lo transcrito se desprende que el objeto de esta garantía jurisdiccional se interpreta como mecanismo de tutela frente al abuso de los distintos actores de tentadores del poder público y eventualmente de algunos particulares cuando sus actuaciones vulneran derechos constitucionales o fundamentales.

Tal cual se desprende del contenido del texto constitucional en concordancia con la LOGJCC sin duda alguna la oferta que nos plantea es de una tutela directa y eficaz.

La Constitución de 1998 al regular las garantías particularmente el amparo y el habeas corpus lo hacía como acciones cautelares, esto es, que proceden excepcionalmente cuando se producen violación de derechos constitucionales con características de grave e inminente. Desde esa perspectiva la violación de derechos constitucionales que no califiquen bajo esos parámetros simplemente no eran exigibles constitucionalmente. Esto suponía a la vez la existencia de una acción en la justicia ordinaria que declarararía la violación del derecho y su posterior reparación que en la generalidad de casos correspondía al Tribunal

Contencioso Administrativo. Por su parte la actual Constitución reivindica estas inconsistencias al establecer que estas garantías son tanto cautelares como de conocimiento y como acción preventiva tenemos la medida cautelar, motivo de posterior análisis.

En suma se solicita la acción de protección cuando la violación ya se ha consumado por lo que corresponde su reparación, es decir, a través de esta acción no se pretende la declaración de un derecho como sucede en la justicia ordinaria sino garantizar su cumplimiento y reparación.

3.2. Legitimación activa.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 11 de la Constitución de la República: *“los derechos se podrán (...) promover y exigir de forma individual y colectiva (...)”*. Este enunciado tiene relación con la acción popular *“actio popularis”* reconocida en el numeral 1 del artículo 86 de la LOGJCC, al establecer que *“cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”*; es decir se faculta a que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad puedan proponer acciones constitucionales.

Al respecto Ramiro Ávila Santamaría en el libro *Derechos y Garantías* nos dice: *“la violación a los derechos humanos no puede ser ajena a ninguna persona o grupo de personas. Al Estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos”* (2011, p. 64).

Este avance de derechos intenta corregir aspectos que la Constitución de 1998 desconocía, es así que para exigir lo que ahora conocemos como derechos del *“Buen Vivir”* solo se podía presentar acción de amparo por *“sus propios derechos”* lo cual impedía el apoderamiento que hoy se pretende y la sociabilización del derecho constitucional.

La Constitución al determinar que cualquier persona, grupos de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad pueda presentar cualquier acción prevista en la Constitución, nos indica que no se requiere ser el titular ni comparecer con poder o representación tal cual ocurre en la justicia ordinaria, sin embargo, de conformidad con literales a) y b) del artículo 9 de la LOGJCC, contraviniendo lo expresado en la Constitución; se determina que para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y la Ley, podrán ser ejercidas siempre que actúe por sí misma o por intermedio de un representante o apoderado y por el Defensor del Pueblo. Es decir el *actio popularis* que reconoce la Constitución se reduce a la teoría clásica del derecho subjetivo que tienen como característica ser personales, personalísimos, donde solo el titular de un derecho tiene la titularidad ante la justicia.

Sobre el particular el mismo Ramiro Ávila intentando reivindicar lo señalado en la norma legal, sugiere:

“Por tanto cuando la ley habla de que solo puede presentar las personas por sus derechos o sus representantes y apoderados, habrá que entender que representante es aquella persona que lo hace sin mandato a diferencia de apoderado, y que “representa” hasta que comparezca la víctima y ratifique o desapruebe lo actuado por este sujeto que actúa ad-hoc” (2011, p. 193).

Respecto al Defensor del Pueblo es necesario precisar que éste como legitimado activo de la comunidad ha demostrado en la práctica muchas falencias en el patrocinio constitucional, lo que nos lleva a la conclusión de que la eficacia de las garantías no puede depender de la buena voluntad de quienes ejercen cargos públicos, sino más bien lo que corresponde es ahondar esfuerzos en la necesidad de lograr solidariamente la eficacia de la justicia constitucional.

3.3. Legitimación pasiva.

Conforme el artículo 88 de la Constitución, la acción de protección:

“(…) 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 probación el goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación procede de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

En el Estado clásico liberal se concibe como único responsable de la violación de derechos humanos al Estado y eventualmente por delegación o concesión a los particulares cuando estos prestan servicios públicos, en cambio en un régimen garantista la protección constitucional se la efectúa contra cualquier acto del poder sin importar si este proviene del Estado o de un particular. Respecto de los particulares cuando estos entran en controversia judicial por la relación de igualdad la vía adecuada debe ser la acción ordinaria.

La Constitución de 1998 establecía que los legitimados pasivos constituían las autoridades públicas y los particulares, estos últimos bajo dos circunstancias: La Primera, por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública; y en Segunda, cuándo la conducta de los particulares afectaba grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

La concepción garantista de la Constitución del 2008 al determinar que la acción de protección se puede presentar contra cualquier acto u omisión de autoridad pública e inclusive contra particulares en situaciones de indefensión, discriminación y subordinación, evidencia la tendencia de la Constitución a incluir también a los particulares que a través de sus actuaciones también son proclives a vulnerar derechos constitucionales o fundamentales.

En este sentido se destaca la tendencia garantista de la Constitución de 2008 respecto de la anterior Constitución de 1998 en materia de legitimación pasiva.

3.4. Principios y derechos en que se fundamentan.

Es importante entender un punto decisivo dentro de los derechos fundamentales, como es el “mandato de optimización”, para lo cual analizaremos al tratadista Rober Alexy que nos enseña la importancia del “mandato de optimización”.

Según Ramiro Ávila, Rober Alexy, autor citado en el libro; Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos, nos explica que:

“los principios son mandatos de optimización. Al decir que son mandatos, refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y como tales deben ser aplicadas. Al expresar que son de optimización quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad. El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua por que requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino parámetros de comprensión; ambigua porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso en concreto. Proporcionan un haz de posibilidades para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados; finalmente es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetros de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción” (2011 p. 57 y 58).

Rober Alexy en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales* nos explica que: “los principios como mandato de optimización son el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios” (2008, p. 67).

Además nos enseña que los principios son normas que ordenan para que se realice algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades reales jurídicas. En su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales* nos explica:

“Los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos” (2008, p. 68).

El mismo autor al referirse a las reglas nos explica que son meras normas que pueden cumplirse o no.

“Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” (2008, p. 68).

Los principios generales de aplicación en nuestra Constitución se encuentran contemplados en el Capítulo Primero del Título II de la Constitución de la República. El texto constitucional intenta establecer criterios para evitar que los principios y derechos queden en meros enunciados o aspiraciones, es decir, existe una decidida reacción frente al carácter declarativo del reconocimiento de derechos. En efecto, en razón de este antecedente se consagran los principios de exigibilidad tanto individual como colectiva, los principios de igualdad, de directa e inmediata aplicación de los derechos, no solo a los consagrados constitucionalmente sino también a los contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, el principio de plena justiciabilidad, el principio de responsabilidad del Estado tanto por las acciones como por las omisiones que provoquen vulneración de

derechos, el principio de no regresividad que impide que cualquier acción u omisión que de manera injustificada menoscabe el contenido de derechos ya reconocidos en la Constitución, así como también el principio de progresividad que propugna el desarrollo progresivo de los derechos se constituye por tanto en la otra cara del principio de no regresividad. Se enuncia además el sistema de garantías que tiene como deber asegurar el carácter inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente y de igual jerarquía de todos los derechos.

El hecho de que la Constitución de la República, haya elegido separar los derechos en distintos capítulos no significa bajo concepto alguno un trato diferente que implique diferenciar jerarquías ni cuestionar la interdependencia que vincula en su integralidad a todos los derechos.

En efecto, el Capítulo III, del Título II, hace referencia a los diferentes grupos de derechos entre los que destaca: Los derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección.

Es evidente que la intención del constituyente al efectuar esta clasificación es superar las anteriores clasificaciones de derechos que sí eran jerarquizadas, que distinguía entre derechos civiles, políticos y sociales y económicos, con lo cual se los encuadraba en la doctrina de las generaciones y por consiguiente de distinta estructura y valor. Basta recordar que los derechos económicos para ser reconocidos debían estar sujetos a disponibilidades presupuestarias, lo que no siempre ocurría.

La tendencia innovadora de la Constitución prefiere el término “derechos de participación” para subrayar el protagonismo de los distintos sujetos en la toma de decisiones en el ámbito político; así mismo, en lugar de hacer referencia a los derechos sociales y económicos se aporta la novedosa denominación “derechos del buen vivir”, o *sumak kawsay*, que evidencia la presencia y aporte de las culturas indígenas en la construcción del desarrollo social en procura de la búsqueda de mejores condiciones de vida.

Los elementos así dispuestos le dan sentido a la nueva categorización del Estado ecuatoriano es decir, como “Un Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, que intenta superar el tradicional estado neo-liberal. Sobre el particular Marco Aparicio Wilhelmi, en el libro; *Desafíos Constitucionales. La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, nos dice:

“El proyecto presupone esta sujeción pero va mas allá y define al Estado ecuatoriano por su vinculación no al derecho sino a los derechos. Con ellos sitúa a sus titulares, a los sujetos ya sean individuales o colectivos como autentica razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico; como pieza básica, activa y no como objeto de regulación. En definitiva, con claridad, se marca el carácter instrumental de la organización política y de los mecanismos jurídicos para la protección de los intereses y la consecución de los proyectos de vida de las personas, de los grupos y de la naturaleza; se trata de las condiciones para la realización “del buen vivir” o *sumak kawsay*, que inunda el texto constitucional” (2008, p. 22 y 23).

3.5. Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares son medidas urgentes y provisionales orientadas a evitar o cesar el daño resultante de la violación de un derecho constitucional.

Al respecto, el artículo 87 de la Constitución de la República establece:

“Se podrá ordenar 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”. Esta norma se encuentra incorporada en las disposiciones comunes a todas las garantías constitucionales previstas a partir del artículo 85 *ibídem*.

Como se puede observar del contenido de la norma constitucional invocada no excluye a garantía de protección alguna, lo cual debió ser acatado por el

legislador; esto se evidencia de manera clara si consideramos que en el tercer párrafo del artículo 27 de la LOGJCC se excluye la interposición de medidas cautelares “cuando se trate de ejecución de ordenes judiciales o cuando se interponga en la acción extraordinaria de protección de derechos”.

Es necesario precisar que la disposición prevista en el artículo 87 de la Constitución es el equivalente al amparo establecido en el la Constitución de 1998, con la diferencia de que la actual institución “medidas cautelares” resulta más protectora en tanto no califica de grave la violación ni tampoco establece un procedimiento judicial.

El requisito medular para que proceda la medida cautelar es la amenaza inminente de que se va a cometer o se esté cometiendo una violación. En consecuencia la medida cautelar previene o detiene tal violación, nada más. Al prevenir una violación no tiene sentido que opere el procedimiento de protección de conocimiento o de fondo, pues bien podría ocurrir que se declare una violación que no ha ocurrido. Si se detiene una violación, lo más probable es que el juez deba resolver esa medida cautelar e iniciar un procedimiento para determinar la violación y la reparación. Es por estas distinciones, que la Constitución establece la posibilidad de ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección. En ningún caso se podrá ordenar medidas privativas de la libertad, ni cuando existan medidas cautelares en las vías administrativa y judicial.

Ramiro Ávila en su ensayo sobre Los Desafíos constitucionales nos explica que: las medidas cautelares en el Ecuador, al igual que en el derecho comparado el procedimiento es sencillo y rápido; en efecto las medidas existentes en el sistema de protección internacional de derechos humanos a nivel regional o universal se reduce al envío de un fax denunciando el hecho que está ocurriendo o que esta por ocurrir, y de considerarse necesario, el órgano supranacional actúa de modo inmediato en el propósito de evitar que suceda o se detenga el acto que provoca la violación de derechos. Este proceso cautelar al igual que el establecido en el Ecuador no significa un prejuzgamiento sobre el tema de fondo.

Sobre el particular Ramiro Ávila dice:

“La Constitución del 2008 trae avances sustanciales en relación a la regulación de las garantías. Todos los derechos de todas las personas podrán ser exigidos. Se ha abierto una puerta tan grande como numerosos son las violaciones de derechos en el País. Es de esperar que la Corte Constitucional y los jueces que ejercen competencia constitucional sepan distinguir entre los derechos fundamentales y los derechos que pueden ser exigidos por la vía ordinaria; de igual modo es de esperar estas herramientas usen los mas necesitados y no los que tienen mayor acceso a la administración de justicia. Sin duda las garantías han sido inspiradas en quienes sufren las violaciones y no en los abogados que abusan de estas herramientas. No podía ser de otro modo, si lo que se quiere es un verdadero Estado Constitucional de Derechos” (2008, p. 108).

La Corte Constitucional a pesar del ejercicio de sus atribuciones previstos en el artículo 436 de la Constitución, y concretamente en su numeral 6, se encuentra facultado para expedir sentencias que constituyan “jurisprudencia vinculante” respecto de las garantías jurisdiccionales, entre ellas, de las medidas cautelares; sin que hasta la fecha se haya pronunciado sobre el alcance de éstas. Es conveniente que la Corte Constitucional haga un pronunciamiento sobre el tema a efecto de guiar de mejor manera el accionar de los jueces en materia de medidas cautelares.

3.6. Rol del juzgador.

Sin duda alguna la actual Constitución otorga al Juez constitucional y en general a los jueces ordinarios la importante tarea de materializar los postulados, principios y valores que establece el texto constitucional. La tarea del Juez constitucional reviste especial trascendencia para este propósito en tanto a éste le corresponde difundir a través de sus fallos los nuevos

postulados constitucionales. Según la Constitución de 1998, se preveía “(...) *el Ecuador es un Estado social de derecho*”, premisa que mas allá, de inducir a pensar que se trataba de un verdadero Estado constitucional, en la práctica no ocurría así, puesto que más bien se encontraba caracterizado por aspectos de índole administrativa y legalista; particularidad que obviamente guardaba conformidad con el modelo Neo-Liberal preponderante a ese momento. Al respecto Pablo Alarcón refiere: “Precisamente, bajo la concepción positivista inherente al Estado liberal, el papel del operador jurídico se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas y el Juez era la boca de la ley” (2010, p. 564).

Bajo la concepción de este régimen el legislativo tenía o ejercía permanente influencia en la justicia y dominio sobre cualquier otra Función del Estado es así que a través de la vía legal se restringían derechos, se limitaban las garantías y los postulados constitucionales que en la mayoría de los casos se menoscaban o anulaban.

Como un avance significativo de la actual Constitución, el artículo Uno, establece una nueva forma o modelo de Estado como parte del proceso de evolución constitucional al disponer que el “Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, sistema en cual, exige el sometimiento de toda autoridad, órgano, función o acto a las disposiciones previstas en la Constitución de la República.

Este postulado reviste una enorme trascendencia en el contenido mismo de la Constitución y el rol que deben desempeñar los jueces en este nuevo paradigma; es decir, que todos los jueces sin distinción alguna asumen la competencia para resolver sobre derechos humanos en los casos sometidos a su conocimiento; y en otros, para resolver casos específicos de violación de derechos.

El constituyente de Montecristi al eliminar la hegemonía del régimen legislativo y establecer una verdadera “jurisdicción constitucional”, pretende especialmente la plena y eficaz defensa de los derechos constitucionales y la adopción de un nuevo sistema en la cual los jueces asuman posiciones

críticas, de inventiva, de iniciativas y de gran conocimiento en defensa de estos objetivos; de este modo, debe dejar de lado el trabajo descriptivo de lo jurídico y la aplicación formal de las reglas que por lo general se encontraban previstas en los códigos procedimentales. Es así que el rol del juzgador asume nuevas tareas en la creación del Derecho constitucional cuyo objetivo también es fuente de Derecho.

La práctica judicial deja de ser una operación de subsunción lógica para convertir al Derecho en una sistemática operación de argumentación y de interpretación.

Al respecto el mismo Pablo Alarcón nos explica:

“En síntesis, el Estado Constitucional impulsa y remarca la importancia del nuevo papel que se ve obligado a desempeñar el juez constitucional. Así, debe terminar por abandonar esa labor pasiva – mecánica de subsunción positiva y transformarse en el garante de la democracia constitucional y de los contenidos materiales plasmados en los derechos fundamentales “(2010, p. 565)

En definitiva el nuevo régimen contemplado en la Constitución de la República impulsa y remarca la importancia del nuevo rol que está obligado el Juez constitucional a desempeñar; se encuentra por tanto obligado a abandonar aquellas prácticas pasivas, mecánicas, formalistas y transformarse en un verdadero garante de los postulados constitucionales

Estas características esenciales del Estado constitucional y el rol de los jueces constitucionales, nos conducen necesariamente a evidenciar el rol de los jueces dentro de las garantías jurisdiccionales y concretamente de la acción de protección, es precisamente aquí donde el Juez deberá enfrentar verdaderos retos para la solución de las controversias.

3.7. Argumentación Jurídica.

La administración de justicia ordinaria se ha caracterizado por emplear un razonamiento denominado “subsunción” que consiste en la aplicación mecánica de la norma jurídica, mas estrictamente es la relación lógica de una situación en particular, por consiguiente daba lugar a la institucionalización de la injusticia y arbitrariedad por parte de los jueces.

En cambio con el diseño de la Constitución del 2008 se intenta introducir una administración de justicia definitivamente más técnica, la premisa normativa requiere interpretación y la premisa fáctica necesita de prueba. Esta fórmula jurídica se encuentra orientada a lograr una adecuada motivación que debe existir en todo fallo en cumplimiento a las garantías básicas del debido proceso. En otras palabras permite una adecuada argumentación jurídica y fáctica previa a la subsunción.

En la justicia constitucional el problema de la argumentación se torna más complejo en razón de la variedad de normas que hay que aplicar a diferencia de la justicia ordinaria que aplica simplemente reglas dadas por el legislador que prevén en su estructura una hipótesis de hecho y una obligación como consecuencia.

La justicia constitucional emplea normas que doctrinariamente se denominan “téticas” o principios que en su diseño carecen de hipótesis de hecho y de consecuencia; es decir, antes de aplicar la norma se debe construir una regla o una norma hipotética, para lo cual el Juez deberá acudir a las múltiples fuentes normativas tales como la jurisprudencia existente tanto en el ámbito nacional como en el internacional, a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y a la doctrina. Es por ello que la misma Constitución ha otorgado a los jueces la necesidad y la obligación de ser creativos y dinámicos en sus fallos y se constituyan en la boca de la Constitución.

Con la expedición y entrada en vigencia de la nueva Constitución el resultado jurisprudencial por parte de los jueces constitucionales se prevé que debe ir cambiando de forma progresiva. El nuevo paradigma constitucional exige de

los jueces y demás operadores jurídicos desarrollen su actividad, bajo parámetros interpretativos nuevos a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Dentro de este marco se presentan técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales tales como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, los principios de regresividad y no regresividad, de aplicación inmediata de los derechos, el principio *pro personae*, entre otros.

Como que no bastara con lo anterior los operadores jurídicos tienen que lidiar con “valores” es decir, con las conductas que orientan nuestro comportamiento, constitucionalizados y que requieren de una técnica aclarativa que sea capaz de garantizar los derechos de las personas en los casos concretos.

Sobre el tema Miguel Carbonell en la Introducción de su ensayo “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, nos indica:

“Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales” (p.11, 2008).

Y en este punto vemos la importancia de mencionar el mandato de optimización antes ya mencionado y explicado dentro del presente capítulo, en el apartado 3.4 por Robert Alexy, utilizando este concepto de mandato como la argumentación jurídica para permitir o prohibir.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad forman parte de la Constitución, por lo que pueden ser invocados para la protección y defensa de los derechos fundamentales, es decir, la Constitución permite recurrir al amplio ámbito de fuentes del derecho y interrelacionarlos en los casos concretos lo que permitirá que la Corte Constitucional expida fallos con efectos vinculantes.

Sobre el particular Ramiro Ávila nos ilustra:

“Con relación a la posibilidad de practicar prueba en los procedimientos constitucionales, hay que tener en cuenta que la acción es de conocimiento y no cautelar, el Juez al tener que declarar la existencia de una violación de derecho por medio de una sentencia requiere tener información procesal que demuestre los hechos que se alegan, es decir, la violación de derechos constitucionales. La Constitución determina que de ser necesario, en cualquier momento puede el Juez ordenar la práctica de pruebas y que, incluso, puede disponer la formación de comisiones para recabarlas. La prueba entonces debe entenderse que es informal y que tienen como objetivo que el Juez se forme criterio. En consecuencia, los hechos al igual que el derecho deben ser fáctica y jurídicamente argumentado”. (p. 246, 2011).

3.8. Reparación y cumplimiento.

En materia de garantías jurisdiccionales cuando el Juez previo el análisis correspondiente ha determinado una violación de derechos constitucionales debe enmendar esa vulneración a través de la “reparación integral”. Este concepto por su naturaleza es mucho más amplio que el concepto civilista de enmienda de daño restringido al lucro cesante y daño emergente. La reparación deberá consistir en una garantía de no repetición, la satisfacción, la indemnización y la rehabilitación.

En efecto el artículo 18 de la LOGJCC, establece:

“Reparación integral.- En caso de reclamarse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución

del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud”.

En el eventual caso de que el Juez no reparase integralmente o simplemente no disponga medida alguna para afrontar la violación de derechos, este estaría desatendiendo su obligación de Juez garantista, es decir, el que toma medidas positivas para atender en el caso en concreto.

Conforme la Constitución de 1998 el Juez debía adoptar las medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos, es decir, sin especificar cuáles medidas en concreto debían aplicarse a pesar de que utilizaba el verbo remediar. La Constitución en vigencia, en cambio, determina tal como se desprende de su texto, medidas urgentes y por tanto definitivas para reparar el derecho vulnerado. En definitiva, con la Constitución anterior, no se establecía con claridad el modo de reparación.

En contraste, la Constitución de la República desarrolla y puntualiza de manera específica el modo y la forma en la que consiste la reparación integral, dando así un importante paso en el desarrollo de la reparación de los derechos vulnerados previstos en la Constitución.

Sin duda alguna el sistema jurídico ecuatoriano ha asumido el rol protagónico en adecuación normativa conforme a los estándares normativos del derecho internacional; superando así las concepciones restrictivas en relación a la reparación del daño. En otras palabras se ha evolucionado al menos en el diseño formal y concepción restrictiva de la reparación y cuantificación monetaria y con ello al concepto de daños y perjuicios y lucro cesante instituido en nuestro ordenamiento jurídico especialmente en el derecho civil.

Para evitar cualquier duda sobre el contenido normativo el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución de la República recoge la jurisprudencia de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la reparación integral, al establecer:

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

A su vez este precepto normativo con más claridad ha sido desarrollado por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos.

Uno de los casos más relevantes de reparación integral es el anteriormente denominado Tibi vs. Ecuador, a través del cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó en sentencia de 7 de septiembre de 2004, que el Estado ecuatoriano indemnice materialmente al afectado (anexo 2).

Concretamente la sentencia en análisis ordenó:

- Que el Estado ecuatoriano violó el Derecho a la libertad Personal consagrado en el artículo 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Daniel Tibi.
- Que el Estado ecuatoriano violó los Derechos a la Libertad Personal y a la Protección Judicial consagrados en los artículos 7.6 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Daniel Tibi.
- Que el Estado ecuatoriano violó Derecho a la Integridad Personal consagrado en el artículo 5.1, 5.2, y 5.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, también viola las obligaciones previstas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio del señor Daniel Tibi.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso una forma de reparación al daño ocasionado al ciudadano francés por parte del Estado ecuatoriano, de esta manera, se puede observar como los organismos internacionales también intervienen en los casos de vulneración a los derechos humanos.

La Constitución de 1998 incluía en su texto un amplia gama de facultades para garantizar el cumplimiento de una decisión tal es el caso de emitir la orden de ser ejecutada de inmediato, la amenaza de sanciones de carácter normativo y administrativo, la adopción de cualquier medida oportuna al caso, inclusive se podía acudir a la Fuerza Pública aspectos que no siempre eran suficientes para la reparación.

La Constitución de la República y la LOGJCC que la regula establecen dos categorías importantes para garantizar el cumplimiento de las decisiones: La primera hace relación con la toma de medidas contra las personas renuentes a ejecutar el fallo, cuando tienen la obligación de hacerlo; y la segunda, el ejercicio del control jurisdiccional hasta el cumplimiento total de la sentencia. En efecto, el numeral 4 del artículo 86 la Constitución de la República determina que si la sentencia no se cumple por parte de los servidores públicos el Juez ordenará su inmediata destitución del cargo. Es claro que conforme a la simple lectura del texto Constitucional, el Juez tiene la amplia facultad de tomar cualquier medida que fuere necesaria para el cumplimiento de la sentencia, incluso el uso de la fuerza Pública.

Por su parte el artículo 21 de la LOGJCC a más de reiterar la facultad de los jueces a tomar cualquier medida se previene que el caso no se archivaría con la expedición de la sentencia ejecutoriada, sino cuando la sentencia se cumpla a cabalidad, el texto señala:

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

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

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

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

CAPÍTULO IV: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

4.1. La Acción de Protección en la Constitución del 2008.

En la Constitución de 1998, el amparo, actual acción de protección, constituía una herramienta estrictamente cautelar. Esto quería decir que la solución dada por los jueces era provisional, esto suponía a la vez, que el beneficiario de este recurso debía acudir a la vía ordinaria que por lo general era la Contencioso Administrativa a fin de pretender su reparación. El requisito era que el amparo procedía cuando había un daño grave e eminente; particular que evidentemente la actual acción de protección lo supera; es decir que no es cautelar. La acción de protección es de conocimiento, y más bien, la institución de “medidas cautelares” que conforme a la Constitución en vigencia se constituye en una acción, asume el rol de suspender “provisionalmente” los actos violatorios de los derechos protegidos.

La Constitución de 1998, se refería al amparo, como una Institución autónoma, es decir que podía ejercerse con independencia. La Constitución del 2008 mantiene el carácter autónomo pues no incluye ninguna restricción o requisito respecto a las acciones legales alternativas, y por el contrario según el artículo 88, se pretende *“la protección directa y eficaz de los derechos constitucionales”*

Cuando esta norma constitucional establece que la acción de protección proveerá “un amparo directo” debe entenderse que al existir violación o riesgo de violación de un derecho constitucional, no puede interponerse ni exigirse acción procesal alguna adicional que dilate la obtención de una decisión. El nexo entre garantía y derecho es inmediato, justamente porque pretende ser eficaz, y por lo tanto, afín con los postulados constitucionales garantistas;

La gravedad y daño que implica la violación real o potencial de un derecho constitucional exige que la garantía constitucional opere de manera urgente y eficaz. Es por esta razón, que la Constitución facilita radicalmente el acceso a las garantías a fin de que la justicia proteja inmediatamente el derecho

vulnerado sin someterlo a formalidades. Sin embargo, la LOGJCC, de manera contraria a la Constitución, incluye en su normativa una serie de mecanismos restrictivos que como lo analizaremos más adelante adolecen de serios indicios de inconstitucionalidad.

Por ello resulta curioso que dentro del marco de una Constitución estrictamente garantista, los assembleístas hayan disminuido en la práctica los estándares de protección de los derechos reconocidos por la Constitución.

Pablo Alarcón ha realizado un estudio a efecto de explicar esta paradoja, y nos explica de modo general como establecer algunos indicios que esta contradicción acarrea, permitiéndonos formular algunas hipótesis. Una de ellas según la jurisprudencia desarrollada hasta este momento es que muchos jueces utilizan la restricción de la LOGJCC para disminuir su carga de trabajo, desestimando a las acciones de protección. Ciertamente hay que reconocer, que existen juzgados con una excesiva carga laboral, sin embargo éste no es ni puede ser originado por la existencia de la “acción de protección” delegada a los jueces ordinarios para su conocimiento, si no de una deficiente administración de justicia en la que el Consejo de la Judicatura ha tenido gran responsabilidad. Otra posible razón vinculada con la primera, se refiere a la cultura judicial altamente formalista y legalista propia de los jueces del Ecuador, los mismos que, no dudan en sacrificar los derechos constitucionales con la aplicación de formalidades, cuando su función conforme a los nuevos postulados y paradigmas de la Constitución de la República es proteger y garantizar los derechos constitucionales, tarea encomendada precisamente a los jueces como principales garantes; según Pablo Alarcón, otra razón radica en el hecho de que la Corte Constitucional hasta la presente no ha desarrollado aún la jurisprudencia obligatoria que permita orientar el actuar de los jueces, prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República..

Agustín Grijalva nos explica que es necesario recordar que originalmente la intención del constituyente era acercar a los ciudadanos y a los jueces ordinarios, denominados jueces constitucionales para el conocimiento de las garantías jurisdiccionales pues, con el anterior “amparo” su accionar se restringía a las principales ciudades del país sin que el resto de poblaciones del

Ecuador aprovechen el ejercicio pleno de estas garantías en defensa de sus derechos constitucionales. Agustín Grijalva menciona al respecto:

“...esta reforma tenía originalmente como objetivo acercar a los ciudadanos y a los jueces constitucionales, pues según los estudios estadísticos en el periodo de 1997 – 2004, la apelación de amparos estaba concentrada en Quito y Guayaquil, es decir los ciudadanos de otras provincias apelaban las decisiones de amparo mucho menos que los de aquellas ciudades posiblemente debido a costos y dificultades de acceso” (constitucionalismo en Ecuador, Grijalva, Pág. 256, 2011).

Para entender de mejor manera esta encrucijada constitucional, se hace necesario un análisis al respecto, razón por la cual en los siguientes párrafos se considera el tema.

4.2. La Acción de Protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El Artículo 88 de la Constitución de la República establece:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos por 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” (Constitución , 2008)

Por su parte, el artículo 39, de LOGJCC, establece el objeto de la acción de protección al señalar:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”

Como se puede establecer de la normativa invocada esta garantía jurisdiccional en armonía con el texto constitucional tiene como objetivo el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por tal motivo nos preguntaremos, ¿en qué circunstancias o por qué motivo cabe la acción de protección?

Para responder esta interrogante planteada el tratadista Colon Bustamante Fuentes nos enseña que esta acción constitucional puede interponerse cuando exista una violación de los derechos constitucionales y derechos humanos establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, mediante un trámite preferente y sumario, sencillo, rápido y eficaz, ante un Juez ordinario que tiene entre sus potestades adoptar “medidas cautelares” destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar las consecuencias de un acto u omisión de una autoridad pública no judicial; por lo tanto esta acción podrá interponerse cuando exista una vulneración de los derechos constitucionales y en los contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, al respecto Colon Bustamante Fuente, en su obra; Nueva Justicia Constitucional, explica:

“La acción de protección tiene sus características propias y procede:

- a) Contra los actos u omisiones del funcionario, autoridad o prestador del servicio público que vulnere los derechos y garantías constitucionales;
- b) Contra políticas públicas, locales o nacionales, que impidan el goce o ejercicio de los derechos o garantías constitucionales;

- c) Contra los actos u omisiones de las personas naturales jurídicas del sector privado, cuando concurran al menos una de las razones siguientes:
 - 1. Presten servicios públicos y propios o de interés público o social; y,
 - 2. Presten servicios públicos por delegación o concesión.
- d) La acción de protección es de carácter universal en virtud de que protege todos los derechos consagrados en la Constitución por los instrumentos internacionales de derechos humanos;
- e) Es una acción procesal directa e inmediata y preferente puesto que su procedimiento debe ser sencillo, rápido, eficaz y oral en todas sus fases e instancias procesales;
- f) La acción de protección puede interponerse de manera independiente o conjuntamente con medidas cautelares;
- g) La acción de protección termina con la ejecución integral de la sentencia; y,
- h) La acción de protección es de rango constitucional y de carácter extraordinario y no está sujeta a los procedimientos y normas de la justicia ordinaria” (2011, p. 257 y 258).

Una vez estudiados los casos de procedencia nos corresponde estudiar el objetivo de la acción de protección para lo cual el tratadista antes mencionado nos explica:

“Del mismo modo, La acción de protección tiene como objetivo:

- a) La protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos;
- b) La declaración de violación de uno o varios derechos; y,

- c) La reparación integral de los daños causados por violación de uno o varios derechos” (2001, p. 351).

Es importante mencionar que los jueces o juezas tiene competencia para lo cual Colon Bustamante Fuente nos enseña que conforme el artículo 7 de la LOGJCC, cualquier Juez de primera instancia del lugar donde se origina el acto u omisión, o donde se producen sus efectos, es competente para conocer y resolver de esta acción. Si existen dos o más jueces competentes la demanda se sorteará entre ellos.

¿Se requiere de patrocinio de Abogado?

El numeral 7 del artículo 8 de LOGJCC, establece que no se requiere de patrocinio de un Abogado para la presentación de la acción de protección, ni para su apelación; no obstante, en la práctica ventajosamente no ocurre así, ya que si es necesario acudir al patrocinio de los Abogados para la presentación o apelación de esta acción, quien por último, conocen del Derecho en general, y desde luego, hay quienes se especializan materia constitucional.

Conforme los artículos 13 y 14 de la LOGJCC, presentada la acción de protección el Juez califica la demanda dentro de las 24 horas siguientes y convocará a una audiencia en el que podrá intervenir la persona afectada y el accionante si no fueren la misma persona; y, la persona o entidad accionada.

La falta o ausencia de la parte accionante podrá considerarse como desistimiento; no así la ausencia de la parte demandada o accionada que no impide que la audiencia se realice, por tanto, el trámite continúe. (Artículo 14 de la LOGJCC).

Por su parte los artículos 17 y 24 de la Ley en revisión, establece que las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la correspondiente Corte Provincial de Justicia. Cuando exista más de una sala se procederá al sorteo correspondiente.

Demostrada la vulneración de derechos constitucionales el juez en sentencia, ordenara la reparación integral por el daño material e inmaterial. Además, se determinara las obligaciones positivas y negativas que debe cumplir el

demandado y las circunstancias en que debe cumplirse (artículo 18 de la LOGJCC).

Conforme el artículo 40 de la referida Ley, la acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Violación de un derecho constitucional;
- b) Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
- c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Para promover esta acción constitucional, según el artículo 9 de la LOGJCC, la acción de protección se encuentran legitimadas las siguientes personas:

- a) Cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,
- b) Por el Defensor del Pueblo.

Los legitimados pasivos son:

- a) Los funcionarios o autoridades públicas Las personas naturales o jurídicas del sector privado que hubieren violado o amenazado violar los derechos recocido por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, por acción u omisión no judiciales; y,
- b) Las personas naturales o jurídicas del sector privado que hubieren violado o amenazado violar los derechos recocido por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, por acción u omisión.

Conforme el artículo 41 siempre de la LOGJCC, la acción de protección procede contra:

- 1) Todo acto u omisión de autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio;
- 2) Toda política pública, nacional o local que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías;
- 3) Todo acto u omisión del prestador del servicio público que viole derechos y garantías;
- 4) Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
 - a. Presten servicios públicos impropios o de interés público;
 - b. Presten servicios públicos por delegación o concesión;
 - c. Provoque daño grave; y,
 - d. La persona afectada que se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

La demanda debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 10 de la LOGJCC. Si la demanda no contiene los elementos previstos en dicha norma se dispondrá que se complete en el término de tres días. Transcurrido este término si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave el Juez en virtud del principio *iura novit curia* establecido en el artículo 4 numeral 13 de la LOGJCC, que dice: “la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional”; deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda a la audiencia.

Para ilustrar lo expresado se acompaña la sentencia No. 001-10-PJO-CC, dictada dentro de la acción de protección No. 0999-09-JP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010, que además constituye jurisprudencia vinculante. (ANEXO 3).

Ahora bien, el análisis del artículo 42 de la LOGJCC, nos resulta de singular importancia para nuestro estudio en tanto nos permitirá identificar con precisión desde la perspectiva legal los motivos y razones por los cuales esta acción de protección, en la práctica, no cumple con el mandato constitucional previsto en el artículo 88 de la Constitución; para lo cual realizaremos una revisión de los “filtros regulatorios y restrictivos” a fin de determinar las causas que impiden una eficaz defensa de los derechos constitucionales a partir de su creación. Sobre el tema Pablo Alarcón nos dice:

“(…) sin duda que resulta necesaria la implementación de filtros legales tendientes a demarcar su ámbito de procedibilidad, y que eviten un eventual proceso de ordinarización o yuxtaposición de competencias con los mecanismos ordinarios de protección de derechos. Ahora bien, para la implementación de dichos filtros, cabe identificar inicialmente cuales podrían ser regulativos o restrictivos de los preceptos constitucionales que rige la acción de protección” (2010, p. 561 y 562)

Con la aprobación de la LOGJCC, mediante Registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009, misma que por su trascendencia y necesidad, debía dar claridad a la serie de confusiones generadas precisamente por falta de Ley. Es así que el presente análisis en aras de aclarar dudas, intentaremos establecer si la acción de protección se ha convertido en una acción Constitucional que solo cabe ser activada cuando se hayan agotado otros mecanismos judiciales previos. La naturaleza y características que la Constitución de la República confiere a la acción de protección, hacía necesario la implementación de filtros legales tendientes a demarcar su procedibilidad.

En principio suponíamos que estos filtros debían evitar la vulneración de las normas contenidas en la Constitución y que por sobre todo no debía limitar la actividad del Juez constitucional. Como nos enseña Pablo Alarcón sobre la necesidad de una importante y correcta aplicación de estos filtros, era imprescindible para evitar cualquier error o equivocación en la técnica utilizada, mismo que habría conducido a la desnaturalización de esta garantía y por consiguiente la elaboración de una norma inconstitucional.

Estos filtros según las técnicas del derecho comparado consisten en filtros regulativos y filtros restrictivos como nos explico

Como hemos señalado a simple vista resulta claro que el objeto esencial de la acción de protección previsto en el artículo 88 de la Constitución es “*el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución*”; normativa que hace evidente que no se trata de una garantía residual ni subsidiaria; desde esta perspectiva, resulta innecesario someter al afectado del derecho constitucional al agotamiento de recursos administrativos o judiciales.

El artículo 42 en análisis, establece una serie de presupuestos bajo los cuales la acción de protección debe ser inadmitida:

“Artículo 42.- Improcedencia de la Acción.- La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales;
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación;
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión que no conlleven la violación de derechos;
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz;
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho;
6. Cuando se trate de providencias judiciales; y,
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral”.

En estos casos de manera sucinta la Jueza o Juez, mediante auto, declarar inadmisibile la acción y especificara la causa por la que no procede la misma”.

Analizaremos cada una de las regulaciones contempladas en el artículo 42 LOGJCC y profundizaremos el tema para tener claro las improcedencias de esta acción:

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

Como se puede constatar del texto transcrito se hace una clara referencia a la defensa de los derechos constitucionales, no obstante de no hacer referencia a los derechos patrimoniales, ataca directamente el conflicto de ordinarización o yuxtaposición.

Se trata de un filtro de fondo cuyo objetivo es involucrar al Juez constitucional en el conocimiento de las garantías jurisdiccionales, particular al que no estaba acostumbrado con el anterior sistema. Evita la injerencia de requisitos formales como la residualidad o subsidiariedad, aspectos que menoscaban la aplicación directa y eficaz de los derechos constitucionales. En definitiva, se trata de un filtro que pretende la construcción de una verdadera garantía jurisdiccional. Al respecto Pablo Alarcón nos explica:

“...dicho filtro genera necesariamente el involucramiento del Juez constitucional, y de esa forma evita la existencia de jueces aplacadores de reglas que no crean derecho en el que la ley era la máxima expresión y los contenidos axiológicos y sustanciales pasan a segundo plano. En consecuencia la interpretación y argumentación jurídica pasan a ser pieza claves y preponderantes en la construcción de una verdadera garantía jurisdiccional”. (2010, p. 589)

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

Tal cual se desprende de su texto, se trata de un filtro regulativo en virtud de que guarda conformidad con el texto del referido artículo 88 de la Constitución; en efecto, esta garantía jurisdiccional procede únicamente respecto a vulneraciones de derechos constitucionales, provenientes de los actos u omisiones de las autoridades públicas no judiciales. Es claro que respecto de la

procedencia de esta acción mal pueden impugnarse actos que hayan sido revocados o extinguidos; pues simplemente no es posible de manera general interponer una acción frente a actos u omisiones inexistentes ya por su revocatoria, ya por que han sido extinguidos, pues estos carecen de efectos.

Sin embargo, como podemos determinar del contenido del texto transcrito, esta norma realiza una excepción, la cual nos parece lógico y jurídicamente aceptable en tanto podría ocurrir de manera eventual que dichos actos u omisiones de la autoridad pública que fueron revocados o extinguidos puedan seguir ocasionando daños susceptibles de reparación; esto se debe a que durante la vigencia del acto u omisión pudo derivar en “otras” consecuencias dañosas.

Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión que no conlleven la violación de derechos.

Como se desprende del contenido transcrito, resulta lógico y jurídicamente viable que a través de esta garantía jurisdiccional no podemos pretender la revisión de aspectos de mera legalidad o constitucionalidad, pues el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé para este tipo de acciones los mecanismos y las vías pertinentes.

Los temas de mera legalidad que no conlleven vulneraciones a derechos constitucionales tienen las vías idóneas para atender dichos conflictos y que lógicamente corresponden a la justicia ordinaria. Por otro lado los temas de constitucionalidad pueden ser ventilados mediante “acción de inconstitucionalidad” previstas los numerales 2 y 3 de la Constitución de la República.

En consecuencia nos encontramos frente a un filtro regulatorio necesario para la defensa adecuada y eficaz de los derechos constitucionales.

Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

Es evidente que la norma legal así transcrita genera una serie de interrogantes al extremo de poner en duda la verdadera naturaleza y objetivo de la acción de protección, como intentaremos demostrar en el análisis que sigue:

Pablo Alarcón nos dice:

“Resulta incomprensible, que dicha norma haga referencia únicamente y exclusiva al “acto administrativo”, pues, conforme a lo establecido en el artículo 88 de la Constitución de la República, se hace referencia a la procedencia de la acción de protección respecto a actos u omisiones de cualquier autoridad pública que no sea judicial, circunscribiéndole únicamente a los “actos administrativos”; es decir, algo parecido a lo que ocurría con la acción de amparo cuando se hacía alusión exclusivamente a los actos administrativos. Frente a tal exclusión se precisa preguntarnos: ¿qué hay de las políticas públicas, reglamentos y demás actos excluidos en esta norma? Se trata pues, de una autentica restricción a la acción de protección que podrían generar constantes y permanentes vulneraciones a los derechos constitucionales” (2010, p. 591)

Intentando descifrar su contenido podemos concluir que la idea del legislador fue separar la acción de protección y el recurso subjetivo o de plena jurisdicción propia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; pero sin embargo, decayó en una redacción incomprensible alejada de cualquier técnica jurídica apropiada. Se trata pues de un filtro restrictivo de difícil comprensión claramente violatorio de derechos constitucionales, especialmente de aquellos actos que no provengan de los “actos administrativos”.

Por otro lado resulta preocupante que ante la vulneración de derechos constitucionales provenientes del “acto administrativo” deba el accionante demostrar que no existe otra vía judicial a la cual acceder para la protección del derecho vulnerado, lo cual, daría lugar a que de un plumazo se inadmita la acción; y es que, si bien no se menciona expresamente “el agotamiento de otras vías judiciales” que parece ser la intención, dejando de lado la constatación de derechos constitucionales como se espera de acción, se

privilegiará la no acreditación del agotamiento de tales vías; es decir, trabándola con formalidades ajenas a su naturaleza. En definitiva, no solo que se trata de un filtro restrictivo e inconstitucional, sino que también pone en riesgo al aparato jurisdiccional a que se convierta en una suerte de cómplice de vulneración de derechos constitucionales.

Pablo Alarcón nos explica que a esta garantía se la pretende convertir en un mecanismo revisor de asuntos de legalidad y sin duda alguna incidiría en la congestión de procesos que la misma administración de justicia debe despachar.

Tampoco se establecen los parámetros para la calificación de que una vía ordinaria no es adecuada ni eficaz, generando en la práctica una evidente complejidad que bien podría desencadenar en el abuso y arbitrariedad.

De la forma como se ha redactado el texto en análisis dicha causal de improcedencia no regula sino que restringe el contenido del artículo 88 de la Constitución de la República, sin que en nada aporte a la tarea del juez constitucional como creador y garante de los derechos constitucionales, residualizando a esta acción; y dando lugar, que se fortalezca la labor de un juez mecánico, sin iniciativas y meramente formal, que es precisamente lo que la Constitución en su contenido integral, intenta evitar.

Sobre este tema, el mismo Pablo Alarcón nos dice:

”A partir del establecimiento de una norma de esta naturaleza, que ha residualizado a la acción, se robustece la labor de un Juez mecánico, que a partir de la aplicación textual de una norma, evitará inmiscuirse en el análisis de un caso concreto, a pesar de que pudiesen existir vulneraciones a derechos constitucionales. Los efectos serán, la inadmisión por la falta de agotamiento de otros medios judiciales, y lo más preocupante generara altos grados de indefensión.” (2010, p. 594)

Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

Al respecto Pablo Alarcón nos explica que este presupuesto de improcedencia de la acción de protección, hace evidente que el legislador diferencia los

derechos constitucionales respecto de los patrimoniales y reales en el propósito de delimitar la procedencia de esta garantía.

Resulta claro que la declaración del derecho propuesta en este filtro no puede referirse a un derecho constitucional, pues los derechos constitucionales se encuentran ya declarados en la Constitución y no necesitan del pronunciamiento de un Juez para que surta tal efecto. En definitiva la labor del Juez debe limitarse a declarar y reparar vulneraciones a los derechos constitucionales que no es lo mismo que declarar un derecho constitucional.

Por lo expuesto es evidente que esta causal de improcedencia guarda conformidad con el ámbito material de protección previsto en el artículo 88 de la Constitución de la República.

Cabe recalcar que los derechos constitucionales son aquellos que están constitucionalizados, estos no necesitan declararse sino exigirse; a diferencia de los derechos patrimoniales o reales, estos pueden ser objeto de negociación, de renuncia, de transarse, y por último demandar su exigencia ante los jueces ordinarios.

Cuando se trate de providencias judiciales.

La implementación de este filtro regulatorio tal cual aparece consignado, no reviste mayor motivo de análisis, en razón de que guarda plena conformidad con el texto previsto en el artículo 88 de la Constitución de la República. Es obvio que para la protección de vulneración a derechos constitucionales provenientes de las actuaciones judiciales, tenemos la acción extraordinaria de protección prevista en los artículos 94 y 437 de la Carta Fundamental.

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

Conforme el nuevo paradigma constitucional se incorpora dos funciones más a las tres tradicionales existentes a la Constitución de 1998, también sometidas al control constitucional, sin embargo tal cual se desprende del contenido de este filtro que a todas luces es restrictivo, se contrapone precisamente a los postulados de la actual Constitución; esto en virtud de que todo órgano,

autoridad, función, o acto de los poderes públicos inclusive de los particulares deben someterse al contenido material de la Constitución, en este sentido, es plenamente factible la impugnación mediante acción de protección de los actos u omisiones emanados del Consejo Nacional Electoral, órgano administrativo de la Función Electoral, o del Tribunal Contencioso Electoral, órgano jurisdiccional de dicha Función, pues puede ocurrir que en los procesos electorales se vean vulnerados especialmente los derechos de participación.

Basta dar una breve mirada a lo que ocurre por estos días con el tema de las “firmas falsificadas” donde al parecer los ciudadanos en un importante porcentaje se han visto burlados en sus derechos de afiliación en tanto sus nombres y firmas aparecen respaldando a un determinado partido o movimiento político sin su voluntad, o simplemente porque nunca dieron su respaldo a partido o movimiento alguno.

En conclusión no existe forma de acceder a esta garantía de derechos constitucionales cuando la vulneración provenga de una decisión de la Función Electoral, lo cual, hace de este filtro restrictivo y notoriamente inconstitucional.

Por lo analizado es evidente que la acción de protección prevista en nuestro ordenamiento jurídico y concretamente en el referido artículo 88 de la Constitución, a no dudarlo reviste una verdadera herramienta de defensa de los derechos constitucionales protegidos, guarda conformidad con los postulados y paradigmas previstos en el texto constitucional y responde a un verdadero Estado de Justicia Social y de Derechos, tal cual lo pregonan el artículo 1 de la Carta Fundamental; no obstante como se desprende del análisis del artículo 42 de la LOGJCC, relativo a los casos de improcedencia de la acción de protección, observamos que los filtros implementados en los numerales 1, 2, 3, 5 y 6, guardan plena armonía con el ámbito material del texto constitucional previsto en el referido artículo 88, es decir, constituyen verdaderos filtros regulatorios que permiten clarificar el procedimiento de esta garantía constitucional; sin embargo, respecto de los filtros previstos en los numerales 4 y 7 del artículo 42 en análisis, encontramos serias restricciones que se contraponen a los postulados garantistas previstos en el texto constitucional, generando con ellos, verdaderas restricciones al acceso de esta herramienta

constitucional, y con ello, menoscabando el ámbito de garantías jurisdiccionales que sirven como instrumentos necesarios para la realización de la justicia y el reconocimiento eficaz de los derechos establecidos en la Constitución. Demuestran por lo tanto, una evidente inconstitucionalidad.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones.

Como se evidencia del estudio realizado la Constitución de la República reemplazó la figura del amparo por la “**acción de protección**” como mecanismo de Garantías de Derechos, dentro del nuevo modelo constitucional en el Ecuador, con la finalidad de lograr mayor eficacia en la defensa de los derechos de las personas, de este modo intentar hacer efectivo los nuevos postulados y paradigmas constitucionales.

Es evidente que el constituyente estuvo claro en este objetivo tanto es así que instrumentalizó varias herramientas jurisdiccionales previstas para lograr este propósito.

El artículo 88 de la Constitución de la República otorga a la acción de protección amplias posibilidades para defensa expedita y directa de los derechos constitucionales, sin embargo tal cual hemos podido evidenciar del estudio y análisis el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en relación a la acción de protección nos plantea varias restricciones notoriamente inconstitucionales convirtiendo a esta acción en “subsidiaria”, es decir que solo cabe ser activada cuando se hayan agotado otros mecanismos previos y eficaces contemplados en el ordenamiento jurídico, o cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral, cuartando y limitando el objetivo de esta herramienta de defensa de los derechos constitucionales y atentando contra su naturaleza jurídica.

“La acción de protección no es una respuesta satisfactoria o suficiente para que sea adecuada, sino que es necesaria la práctica jurídica, de la voluntad política de las jueces y juezas, (del control concreto) de la Corte Constitucional que es vinculante”. (Bustamante, 2011, p. 267)

Tal cual se ha podido constatar del análisis detenido y minucioso de todos los puntos contemplados en el referido artículo 42 en su mayoría estos se constituyen en verdaderos filtros regulatorios necesarios para el adecuado y eficaz desarrollo del procedimiento constitucional. Sin embargo los puntos en que se restringen de manera abierta e inconstitucional condiciona el adecuado uso de esta herramienta jurisdiccional al punto que se hace oportuno plantearse: ¿constituye realmente la acción de protección una verdadera herramienta de defensa de los derechos constitucionales?, la respuesta es simplemente no.

Al iniciar éste estudio se consideró el tema escogido como un tema de actualidad y porque no decirlo de gran novedad para muchos, lo cual se ratifica al concluir este trabajo. La investigación realizada requirió asumir un verdadero compromiso y se aspira en consecuencia que este documento encuentre la aceptación y permita el análisis tan necesario de la problemática planteada.

El estudio efectuado permite interpretar esta parte de la justicia: la justicia constitucional. No siempre es comprendida y sin embargo reviste una enorme trascendencia en lo jurídico porque vincula a los jueces con el ciudadano común, en lo social: en tanto constituye la posibilidad de reivindicar los derechos de las personas frente a quienes ostentan el poder, en lo político: porque este quehacer también involucra derechos de participación entre otras razones.

5.2. Recomendación y propuesta.

Del modo como se encuentran previstos los numerales 4 y 7 del artículo 42 de la LOGJCC, se ha promovido una verdadera restricción al ejercicio pleno de la Acción de Protección generando el grave peligro de que el sistema jurisdiccional constitucional se convierta en cómplice de flagrantes violaciones a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

No se puede pretender obligar al afectado a acudir de manera previa a un mecanismo de protección judicial ordinario cargado de formalidades, o pretender que se demuestre que las vías no son adecuadas ni eficaces cuando se tiene en frente la violación de un derecho fundamental, hasta tanto, seguramente la amenaza de violación ya se habrá consumado, o si es que ya se ha consumado esperar por su reparación mucho tiempo; o lo que es peor para el sistema, ésta herramienta termine convirtiéndose en un instrumento revisor de temas de legalidad.

¿Cómo lograr restablecer el verdadero objetivo de esta acción constitucional?

La respuesta la encontramos en una rápida acción legislativa que retome el compromiso social para el cual fueron designados e inicien un proceso de reforma legal concordante con los postulados y principios que inspira el texto constitucional; o la intervención de la Corte Constitucional frente a una eventual declaratoria de inconstitucionalidad previa la presentación de la demanda correspondiente.

Respecto de la primera consistiría en reformar los numerales 4 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esto en virtud de que siendo el legislador quien generó los filtros restrictivos ampliamente analizados en este estudio, sea el mismo legislador el que rectifique tal proceder, haciendo prevalecer la voluntad del constituyente que bajo ningún concepto debe ser menoscabada; de este modo, retomar y reivindicar el rol protagónico de las herramientas jurisdiccionales como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales.

Como se puede deducir ya por la iniciativa del legislador o la intervención del juez constitucional se deberá tener presente que el nuevo paradigma constitucional aprobado por la Asamblea de Montecristi ha sido de gran aceptación por parte de la ciudadanía, que han visto en el contenido de la Constitución la oportunidad para reivindicar derechos constitucionales largamente postergados, generalmente por el abuso del poder, en contra de los más olvidados y vulnerables de la sociedad y de su falta de voluntad política para reivindicar tales derechos .

Por lo expresado y en virtud del análisis realizado se propone cualquiera de las opciones anotadas pues el Estado constitucional de derechos y justicia estipulado en el artículo 1 de la Constitución de la República y altamente pregonado a lo largo de su texto no debe solo retomarse sino desarrollarse de acuerdo a sus principios y postulados y a los estándares del Derecho comparado.

Por último, otro de los remedios jurídicos a tales restricciones bien podría pasar por la misma Corte Constitucional quien a pesar de sus atribuciones previstas en el artículo 436, y concretamente en su numeral 6, se encuentra facultado para expedir sentencias que constituyan “jurisprudencia vinculante” respecto de las garantías jurisdiccionales, entre ellas, de la acción de protección; sin que hasta la fecha se haya pronunciado sobre el alcance de ésta. Es conveniente entonces que la Corte Constitucional se pronuncie sobre el particular a efecto de guiar de mejor manera el accionar de los jueces en esta materia.

REFERENCIAS

LIBROS:

1. ALARCON P. Pablo, (2010), *Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección*, Primera Edición, Teoría y práctica de la justicia constitucional, Ed. Claudia Escobar García, Quito.
2. ALEXY Robert, (Madrid 2008), *Teoría de los derechos fundamentales*, Segunda Edición en español.
3. ANDRADE S, (2009), Grijalva A. Storini C. Editores, K; *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*. Corporación Editora Nacional, Quito.
4. ÁVILA Luis, (2008), *El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas*, Primera Edición, Neoconstitucionalismo y sociedad, Edición de Ramiro Ávila Santamaría, Quito.
5. ÁVILA S. Ramiro, (2011), *Los derechos y sus garantías ensayos críticos*, Primera Edición, Edición de Ramiro Ávila Santamaría, Quito.
6. ÁVILA S. Ramiro, (2008), *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos, avances conceptuales en la Constitución del 2008* Desafíos Constitucionales, Edición de Ramiro Ávila Santamaría, Quito.
7. ÁVILA S. Ramiro, (2010), *Los principios de aplicación de los derechos*, Primera Edición, Ed. Ramiro Ávila Santamaría, Quito.
8. BUSTAMANTE Colon, (2011), *Nueva justicia constitucional, Neoconstitucionalismo derechos y garantías*, Primera Edición, Editorial Jurídica del Ecuador.
9. CARBONELL Miguel, (Diciembre 2008), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ed. Miguel Carbonell, Quito.

10. *Constitución de la República del Ecuador*, (2008). Registro Oficial No. 449, Asamblea Nacional.
11. *Constitución Política de la República del Ecuador*, (1998). Aprobada el 5 de junio de 1998 por la Asamblea Nacional Constituyente.
12. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917.
13. Corte Constitucional, (2010), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Ed. Quito.
14. Corte Constitucional, (2008), *Jornadas de capacitación en justicia constitucional*, Edición Producción, Quito.
15. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
16. *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*, Cartagena de Indias, Colombia, 12 de septiembre de 1985.
17. FERRAJOLI Luigi, (2009), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta.
18. FERRAJOLI Luigi, (2009), *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Sexta Edición, Editorial Trotta, Madrid.
19. FIX-ZAMUDIO Héctor, (1993), *Ensayo sobre el derecho de amparo*, Primera Edición, Edición Miguel López Ruiz.
20. GRIJALVA Agustín, (2011), *Constitucionalismo en Ecuador*, Primera Edición, Quito.
21. MESIAS Carlos, (2007), *El proceso de Habeas Corpus desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima.

22. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, (2009). Segundo Suplemento, Registro Oficial No. 52 del 22 de Octubre 2009.
23. *Ley Orgánica de Control Constitucional*, (2001). Registro Oficial No. 280 del 8 de marzo del 2011, Congreso Nacional.
24. Lexis S.A. Inteligencia Jurídica
<http://www.lexis.com.ec/lexis/default.aspx>
25. PEREZ T. Pablo, (2004), *Los derechos fundamentales*, Primera Edición, Corporación Editora Nacional, Quito.
26. PEREZ L. Antonio E., (2011), *Los derechos fundamentales*, Decima Edición.
27. R.O. No. 351 – Quito, Miércoles 29 de Diciembre del 2010, Segundo Suplemento.
28. R.O. No. 096 – Quito, Martes 3 de Febrero del 2009, Edición especial.
29. SALGADO P. Hernán, (2004), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Primera Edición, Corporación Editora Nacional, Quito.
30. STORINI Claudia, (2009), *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008*, La nueva Constitución del Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito.
31. Z Aidán Salim, (2009), *Regulación de la acción de protección*, Primera Edición, Asociación Escuela de Derecho, Pontífice Universidad Católica del Ecuador, Quito.

ANEXOS

Anexo 1

Anexo 2

Anexo 3