



**FACULTAD DE DERECHO**

**LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA  
VIGENTE**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
establecidos para optar por el Título de Abogado de los Tribunales y  
Juzgados de la República**

**Profesor Guía  
Dr. José Alcivar**

**Autor  
Carlos Eduardo Dávila Taco**

**2010**

## 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 Alcivar

C.I.:

### 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”

.....

Carlos Eduardo Dávila Taco

C.I.:

## AGRADECIMIENTO

A Dios a mis Padres, Carlos Dávila y Dina Taco,  
por su apoyo incondicional a mis hermanas,  
Lilian y Gissela, a Jessica, a mis Profesores Dr.  
Alcivar y Dr. Iturralde.

## **RESUMEN**

Análisis constitucional de la Acción de Protección, partiendo de un enfoque histórico que revela su constante cambio, su avance significativo en la protección de derechos constitucionales, descubriendo la evolución y la situación actual en la normativa ecuatoriana vigente, su procedimiento, la celeridad en el trámite que desde un caso práctico nos permita tener un panorama objetivo, lo que sumado a entrevistas nos muestra cuán eficiente es la Acción de Protección en la realidad ecuatoriana.

## **ABSTRACT**

Constitucional analysis of the Accion de Proteccion from an historical perspective that reveals its constant development, its significant improvement in the observation of constitutional rights, discovering the evolution and the current situation in the standing ecuadorian pattern. Its procedure, the promptness in the step that from a practical case allow us to be objective, which added to some interviews show us how efficient is the Accion de Proteccion in the ecuadorian reality.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Capítulo I Antecedentes históricos del constitucionalismo.	3
1.1 Evolución Histórica de las Garantías Constitucionales en el Ecuador.	3
1.2. Historia antecedentes de la acción de protección en el Ecuador	12
1.2.1 La acción de Amparo Constitucional	16
2. Capítulo II Fundamentos jurídicos de la Acción de Protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.	21
2.1 Supremacía de la Constitución de la República	21
2.2 Los derechos y Garantías constitucionales	27
2.3 La Garantía	29
2.4 La titularidad	31
2.5 Los requisitos	34
2.6 Interpretación Constitucional	35
2.7 La Acción de Protección	39
2.7.1 Procedimiento	41
2.7.2 Características de la Acción de Protección	44
2.7.3 El resultado	48

3.	Capítulo III Derecho comparado en la Acción de Protección.	51
	3.1 Derecho Colombiano	51
	3.2 Derecho Argentino	56
	3.3 Derecho Chileno	61
4.	Capítulo IV Acción de Protección en la realidad ecuatoriana.	57
	4.1 Análisis de un caso	57
	4.2 Argumentos sobre la relevancia Constitucional	72
	4.3 Entrevistas	74
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	95
	BIBLIOGRAFÍA	103



## INTRODUCCIÓN

El nuevo constitucionalismo se enfrenta al gran reto de fortalecer su legitimidad democrática; ya que no hay una estructura constitucional compatible con la democracia sino una protección del amplio espectro de los Derechos Humanos que se asocia con el constitucionalismo, que van más allá de lo que realmente es necesario para una democracia; además de fortalecer la participación de los ciudadanos, la multiculturalidad, la efectiva vigencia y protección de los derechos y garantías, por ello es plenamente justificable una investigación sobre los avances de las nuevas figuras como la Acción Protección en el marco del nuevo constitucionalismo.

La lucha de la sociedad por el cambio constitucional y los logros que se alcanzaron dentro de la proclamación de la Constitución del 2008 son sustanciales; la nueva Constitución tiene entre sus líneas un espíritu garantista y esto no solo implica el simple hecho de colocar palabras dentro de la Constitución, por el contrario el trabajo concluye cuando en la práctica la constitución se adapta a un sistema muy particular como es el ecuatoriano para ello fue creada.

El regresar a ver a todas las organizaciones, gremios, partidos, movimientos y más hasta llegar a todos y cada uno de los ecuatorianos que luchamos por que el Ecuador encuentre en una nueva carta magna los parámetros que el pueblo demandaba, no concluye en Montecristi ni en las urnas, sino que la labor está en la defensa y la estricta aplicación de los derechos y las garantías proclamadas en la Constitución, en el control absoluto

del espíritu de la Constitución, esto implica el control de la normativa infracosntitucional que debe normar la ejecución de la misma.

El Ecuador y sus avances constitucionales nos presentan un nuevo paradigma en el que las nuevas garantías creadas para la proteger los derechos constitucionales son las figuras de avanzada que se presentan en nuestro ordenamiento jurídico.

En este ámbito podemos desarrollarnos sobre la base de la interpretación del espíritu de la constituyente al crear la Acción de Protección como una garantía distinta y amplia dentro de las garantías jurisdiccionales.

Pero a la vez nos podemos encontrar con laberintos infraconstitucionales que deslegitiman al espíritu del constituyente desarrollando leyes como la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales que con el buen objeto de colocar filtros a las garantías constitucionales desfiguran su espíritu convirtiendo a la Acción de Protección en una garantía muy amplia en sus inicios pero que al aterrizarla en su ejecución se torna muy limitada.

Analizar y establecer características jurídicas de la Acción de Protección que pueden ser apreciadas con el análisis de un caso práctico que nos permita tener un panorama objetivo de esta figura jurídica, lo que sumada a entrevistas a operadores de justicia nos permitirá determinar, qué tan eficiente es la Acción de Protección en la realidad ecuatoriana.

## **CAPÍTULO I**

### **ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONSTITUCIONALISMO.**

#### **1.1 Evolución Histórica de las Garantías Constitucionales en el Ecuador.**

Desde la independencia de América se pretendía gozar de garantías, ya que España siempre se preocupó de la fatalidad de sus colonias, pero no se plasmó más que en abusos y martirios para los aborígenes; las garantías estaban dadas por el esfuerzo del buen corazón de los españoles y colonos; sin que quede la menor duda de que no se podría hablar del goce de garantías políticas.

Posterior a la libertad de Iberoamérica, las garantías constitucionales fueron un cumulo de buenas intenciones que querían modelar los primeros legisladores iberoamericanos.

Se llega así a la vida republicana de 1830 con la Constitución Ecuatoriana expedida en ese año, bajo la Presidencia del Doctor José Fernández Salvador, en donde las garantías constitucionales de la primera constitución ocupaban el Título VII, iniciando con que los Magistrados no pueden ser removidos sino en virtud de sentencia, dando independencia parar la Función Judicial.

La Función Legislativa que dicta normas para que la Justicia prevalezca, la Función Ejecutiva avocada a ejecutar y hacer ejecutar la Ley y la Función Judicial haciéndola efectiva resolviendo las controversias y ejecutando sus

resoluciones; esta es la razón de ser de la garantía establecida por los legisladores.

Además se establece:

Art. 58.- “Ningún ciudadano puede ser distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisión especial, ni por ley que no sea anterior al delito. Se conserva el fuero eclesiástico, militar y de comercio.” (Constitución de la República del Ecuador, 1830). (CEP, 2007, Pág. 10)

Art. 59.- “Nadie puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez. Dentro de doce horas a lo más del arresto de un ciudadano, expedirá el juez una orden firmada, en que se expresen los motivos. El juez que faltare a esta disposición y el alcalde que no la reclamare serán castigados como reos de detención arbitraria.” (Constitución de la República del Ecuador, 1830). (CEP, 2007, Pág. 10)

Art.60.- “A nadie se exigirá juramento en causa criminal contra sí mismo, contra su consorte, ascendiente, descendientes y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, y segundo de afinidad”

Art.- 61.- “Ninguna pena será trascendental a otro que al culpado.” (...).

Art.- 62.- “Nadie puede ser privado de su propiedad, ni esta aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón. Nadie está obligado a prestar servicios

profesionales que no estén previstos en la ley. sino por expropiación, con pago justo.”(...).

Art. 64.- “Todo ciudadano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose siempre a la responsabilidad de la ley”. Como también en Art. 65.- Se Establece la inviolabilidad de domicilio. Por fin se garantiza el derecho de petición. (Constitución de la República del Ecuador, 1830). (CEP, 2007, Pág. 11)

Las garantías establecidas por nuestros primeros legisladores son las básicas para el avance de la nación, también se incorpora articulados que ayudarían a los gobernantes para permanecer en el poder; también existe restricción con la libertad de religión, que estuvo marcada por la Católica, declarada como la oficial del Estado, por lo que libertad en este aspecto no existió, y el gobierno dependía de la Religión para tomar sus directrices dentro de una nación, en donde tampoco se respetaba el ejercicio al sufragio, no por no permitirlo, sino que, la estructura para acceder al mismo coartaba en esencia este derecho, ya que, ni siquiera permitía estar en goce de los derechos de ciudadanía a todas las personas; dictaminado por el Art. 12 de la constitución: “ Para estar en goce de los derechos de ciudadanía se requería: 1.- Ser casado o mayor de veintiún años; 2.- Tener una propiedad raíz, valor libre de trescientos pesos, o ejercer alguna profesión o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero; 3.- Saber leer y escribir” (Constitución de la República del Ecuador,1830) (CEP, 2007, Pág. 2 y 3)

El avance de las garantías constitucionales es evidente en nuestros días; pero mirar como se encasilla a una situación netamente económica para poder estar en goce de los derechos de ciudadanía. Y a pesar de todo esto las personas comunes, que llegaran a cumplir con todas estas condiciones se encontrarían con la influencia oficial en las elecciones. Algo similar a los tiempos actuales es pura coincidencia, claro que no, guardando las debidas

proporciones; las elecciones desde los primeros tiempos de la República, fueron así, tan restringidas constitucionalmente respecto del sufragio, por ende absolutamente ineficaces. Las candidaturas oficiales, su triunfo era como el de una maquinaria electoral en la actualidad, debido a que las Fuerzas Armadas de esos tiempos encabezados por el Gobierno ordenaban el voto a su favor por lo que el triunfo oficialista era inevitable.

La Constitución de 1835 presidida por José Joaquín de Olmedo en la ciudad de Ambato, sancionada por Vicente Rocafuerte en calidad de Presidente Revisar se aumenta las garantías: “Art. 96.- Queda abolida la pena de confiscación de bienes, y ninguna pena afectará a otro que al culpable” Art. 99.- Propiedad intelectual.- El autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción, por el tiempo que le concediere la ley; y si esta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización correspondiente”, “Art. 100.- Prohibición de mayorazgos; es prohibida la fundación de mayorazgos, y toda clase de vinculaciones, y el que haya en el estado bienes raíces, que no sean de libre enajenación.” Inviolabilidad de la correspondencia (Art. 106). Los extranjeros gozarán de la misma seguridad de los ecuatorianos (Art. 107). (Constitución de la República del Ecuador, 1835). (CEP, 2007, Pág. 17 y 18)

Se modifica lo que corresponde a los requisitos para ser ciudadano, desde los mayores de dieciocho años, y la propiedad raíz que se debía tener, su valor baja a doscientos pesos.

La Constitución de 1843 presidida por Francisco Marcos, y sancionada por el General Juan José Flores se amplía las garantías como: “No podrá establecerse en el Ecuador Títulos de nobleza ni empleos permanentes”. (Constitución de la República del Ecuador, 1843)

La Constitución de 1845 expedida por la Asamblea que la presidió Pablo Merino, sancionada por Vicente Ramón Roca en la ciudad de Cuenca, en lo

que corresponde a las garantías constitucionales se implantó: “Que nadie nace esclavo en la República ni puede ser introducido en ella en tal condición sin quedar libre.- La libertad de mudar de domicilio, salir y regresar al territorio nacional.- En ningún juicio habrá más de tres instancias.- Se promueve la inocencia hasta que no se pruebe lo contrario conforme a las leyes.” (Constitución de la República del Ecuador, 1845)

La Constitución de 1851 expedida por la Asamblea presidida por Ramón de la Barrera en la ciudad de Quito y que la sanciona Diego Noboa; en cuanto a las garantías se aumentó: “Art. 121.- La abolición de la pena de muerte para delitos políticos.- Para ser funcionario público se necesita ser ecuatoriano, en ejercicio de sus derechos ciudadanos.” (Constitución de la República del Ecuador de, 1851). (CEP, 2007, Pág. 23)

Esta última omitida en la Constitución de 1843 para que el General Flores vuelva a ocupar la Presidencia de la República y aparece en 1845.

En Guayaquil en los años siguientes se expide la Constitución de 1852, en la Asamblea presidida por Pedro Moncayo y la sanciona el General José María Urbina, se aclara en lo que se refiere a “los enjuiciados, previa fianza, cuando el delito no mereciese pena corporal o aflictiva”.

Se desaparece la restricción de tipo económica y social para ser ciudadano, dando un avance significativo en cuanto a los reconocimientos de los derechos del hombre, en la Constitución expedida en 1861 presidida por Juan José Flores y sancionada por Gabriel García Moreno que estableció para ser ciudadano: “Art.8.- Requisitos para ser ciudadano.- Para ser ciudadano se requiere ser casado o mayor de veintiún años y saber leer y escribir”. (CEP, 2007, Pág. 2)

La Constitución de 1869 en la ciudad de Quito, presidida por Rafael Carvajal, y sancionada por Gabriel García Moreno, se mantuvieron las mismas

condiciones para ser ciudadano y en lo que corresponde a las garantías se mantienen las expresadas en la última Constitución.

Dictada en Ambato en el año de 1878 y presidida por el General don José María Urbina y sancionada por el General Ignacio de Veintemilla, la Constitución de ese año incorpora y aclara: “Art. 16.- La Nación ecuatoriana reconoce los derechos del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales.- Se declara abolida la pena de muerte para los delitos políticos y comunes; quedando exceptuado únicamente el asesinato, cometido en la persona de los padres legítimos o naturales.- Se declara , entre las garantías, la libertad de sufragio y la de fundar establecimientos de enseñanza privada, con sujeción a las leyes” ( Constitución de la República del Ecuador, 1878). (CEP, 2007, Pág. 3)

La Constitución de 1884 presidida por Francisco Salazar y sancionada por José María Plácido Caamaño, al tratarse de la ciudadanía solo se les concede a los varones, y con respecto a la esclavitud, lo siguiente: “Art. 16 No hay ni habrá esclavos en la República y los que pisen territorio ecuatoriano quedarán libre. Se establece la libertad de reunión sin armas.- Se prohíbe la pena de azotes, el destierro y la confiscación.- Los empleados que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren y respecto de los crímenes o delitos que, violándolas, cometieren, se observarán estas disposiciones: podrán ser acusados sin necesidad de fianza ni firma de abogado; las penas no serán susceptibles de indulto, rebaja ni conmutación, durante el periodo constitucional en que se hubiere cometido la infracción, ni en el siguiente; y las acciones criminales y civiles que nazcan de los crímenes y delitos, y las penas impuestas, no principiarán a prescribir, sino después de dichos periodos.” (Constitución de la República del Ecuador, 1884). (CEP, 2007, Pág. 3)

La constitución de 1897 es el inicio del periodo liberal en la República, expedida por la Asamblea que presidió Manuel Benigno Cueva y sancionada



por el General Eloy Alfaro. La declaratoria de ciudadanía sin concretar a los varones, por consiguiente son ciudadanas las mujeres que llenen los otros requisitos. Se declara: “Art. 37.- Expresamente que se respetan las creencias religiosas de los habitantes del Ecuador y se hará respetar las manifestaciones de aquéllas. Las creencias religiosas no obstan para el ejercicio de los derechos políticos y civiles.- Queda abolida la pena de muerte, sin excusa alguna, para delitos políticos y comunes.- Se prohíbe la recluta forzosa.- Se garantiza la igualdad ante la Ley, en virtud de lo cual no se reconoce fuero alguno para el juzgamiento de las infracciones comunes.- No puede concederse privilegios ni imponer obligaciones que hagan a unos ciudadanos de mejor o peor condición que los demás.- Hay libertad del sufragio.- La enseñanza es libre.- Todo contrato que un extranjero celebre con el Gobierno o con un individuo particular, lleva implícita la renuncia a toda reclamación diplomática.- Art. 12.- “La Religión es la Católica, apostólica, romana, con exclusión de todo culto contrario a la moral. Los Poderes públicos están obligados a protegerla y hacerla respetar.” (Constitución de la República de Ecuador 1897). (CEP, 2007, Pág. 3 y 7)

La Constitución expedida por Carlos Freire Zaldumbide y sancionada por el General Eloy Alfaro, siendo la segunda Constitución del Gobierno Liberal. El capítulo de las Garantías, por una parte detalla las Garantías Nacionales como son la enseñanza libre, defendiendo al laicismo de la oficial; al presupuesto del Estado; a las contribuciones, que sólo nacen de la ley; al derecho de acusar las infracciones de la Constitución; al no reconocimiento de fuero en las infracciones comunes y al derecho de acusar infracciones de funcionarios a la Constitución, su imprescriptibilidad; los contratos celebrados con extranjeros y la renuncia de la reclamación diplomática; a la garantía del crédito público. Por la otra, la que se encarga de las individuales y las políticas, reconocidas en la anterior Constitución pero extendiéndolas a los extranjeros exceptuando lo que corresponde al sufragio y la admisión a las funciones públicas.

Posteriormente la Constitución de Quito de 1929 presidida por Agustín Cueva y sancionada por Isidro Ayora. El Título XIII abarca el compendio de las garantías consideradas en las últimas Constituciones. Lo que se establece por primera vez en la República es lo que corresponde al Habeas corpus, de tanta trascendencia para hacer efectivo el derecho a la libertad personal.

La Constitución de 1945 fue decretada por la Asamblea que estuvo presidida por Francisco Arízaga Luque y es sancionada por José María Velasco Ibarra; repitiendo todas las garantías de las últimas Constituciones, por consiguiente no tuvo casi vigencia, debido a la autorrevolución del 30 de Marzo del mencionado año; por lo que en el año de 1946 la Constitución vuelve a recoger las mismas garantías en una nueva Asamblea presidida por el doctor Mariano Suárez Veintimilla y sancionada por José María Velasco Ibarra. En la que se establece un Capítulo destinado a las Normas de Acción, dividida en dos la de los Preceptos Fundamentales y De las Garantías; en esta segunda se repite las establecidas en la anterior constitución de 1945, y se copia del Código del Trabajo en lo que corresponde a sus garantías establecidas desde el año de 1938.

La Constitución dictada por la Asamblea Constituyente en el año 1967 presidida por Gonzalo Cordero Crespo y sancionada por Otto Arosemena Gómez; en esta Constitución se divide las garantías en Disposiciones Generales.

En el Título IV de los derechos deberes y garantías capítulo primero se establece reconocer y garantizar los derechos humanos; la igualdad, sin considerar diferencias raciales, sexo, filiación, idioma, religión, posición económica; se garantiza el libre acceso a la cultura, al mejoramiento económico y social; y, a los ecuatorianos, la efectiva participación en la actividad política. La garantía de que el Estado y más entidades públicas indemnizarán a los ciudadanos por los perjuicios causados por las autoridades y funcionarios, sin perjuicio del derecho del Estado de cobrarlos a dichas

autoridades y funcionarios causantes de los perjuicios. Derechos de la Persona: el derecho a la información y el de informar por medio de los órganos de difusión colectiva. Derechos de la Familia: Reconocer la familia como célula social fundada en el libre consentimiento; el estado debe proteger a los progenitores en el ejercicio de su autoridad paterna; los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen los mismos derechos en cuanto a apellidos, crianza, educación y herencia, y en el capítulo IV Educación: Se establece el laicismo de la educación oficial; la protección y apoyo económico oficial a la enseñanza particular y la libertad de enseñanza particular y la libertad de enseñanza dentro de los marcos legales. (Constitución de la República del Ecuador 1967). (CEP, Tomo II, 2007, Pág. 4, 5 y 9).

Siendo en esta constitución en la que de mejor manera se define y establece las garantías ciudadanas. Lo que no ocurre tras el plebiscito de aprobación de la Constitución de 1978 que no conservó todas las garantías establecidas en la Constitución de 1967 eliminando entre otras la que regula la indemnización de perjuicios a favor de los particulares cuando eran víctimas de abusos de autoridad. En lo que corresponde a las garantías de los ciudadanos el Título II las desarrolla repitiendo las anteriores con ampliaciones en su redacción, incorporando algo nuevo como la unión monogámica, que puede ser fuera de matrimonio cumpliendo las condiciones que establece la ley, asimilando la consecuencia económica a la sociedad conyugal, a menos que los interesados establecieran otra cosa, respecto de los bienes adquiridos durante la unión que regula esta garantía. (CEP, Tomo II, 2007, Pág. 6).

20 años fue el tiempo que duró la décimo octava constitución; con la que gobernaron los presidentes Jaime Roldós Aguilera, Oswaldo Hurtado Larrea, León Febres Cordero Ribadeneira, Rodrigo Borja Cevallos, Sixto Durán Ballén, Abdala Bucaram Ortiz, y Fabián Alarcón Ribera.

## 1.2 Historia antecedentes de la acción de protección en el Ecuador.

El Acción de Amparo es el antecedente de la Acción de Protección fue creado en el Tercer Bloque de Reformas a la Constitución de la República que fueron Promulgadas en el Registro Oficial No. 863 de 16 de enero de 1996, donde constaba el Artículo 31 de la Codificación de la Constitución de la Republica del Ecuador de 1997 publicada en el Registro Oficial No. 2 de 13 de febrero del mismo año que dice:

*“Art. 31.-Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función que la Ley designe y requerirá la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.*

*Para este efecto no habrá inhibiciones del juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados.*

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

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

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos, el juez remitir de inmediato el expediente al superior". (Codificación de la Constitución de la República del Ecuador de 1997; R.O. No. 2 del 13-02-1997; Art.-31)

Fabián Alarcón Ribera entró al poder a los 50 años de edad, gobernó entre 1997 y 1998. Buscó estabilizar al país, preparó las elecciones de 1998, y convocó a una nueva Asamblea Nacional Constituyente. Lo que derivó en la Constitución de 1998; y en lo que corresponde a las garantías dentro del Título III, el capítulo sexto establece por secciones del Hábeas Corpus; del Hábeas Data; del Amparo; de la Defensoría del Pueblo.

La estructura como Acción de Amparo en la Constitución de 1998; publicada en el Registro Oficial No.1 de 11 de Agosto de 1998, dice:

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

sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

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

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

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

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

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

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar.

Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.” ( La Constitución de la República del Ecuador, 1998; R.O. No. 1 del 11-08-1998; Art.-95)

La Constitución de la República del Ecuador 2008 aprobada por referéndum por el pueblo ecuatoriano promulgada el 20 de octubre de 2008, Registro Oficial No. 449 de la administración del Ec. Rafael Correa Delgado Presidente Constitucional. La Constitución en el Título III, Garantías Constitucionales, capítulo tercero desarrolla las garantías con una perspectiva distinta en las siguientes: Acción de Protección, Acción de Hábeas Corpus, Acción de Acceso a la Información Pública, Acción de Hábeas Data, Acción por Incumplimiento, Acción Extraordinaria de Protección.

En lo que corresponde a este estudio la Acción de Protección se define en el Artículo 88 que dice:

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta

servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, R.O. No. 449 del 20-10-2008; Art.-88)

La Constitución exige el compromiso de una garantía efectiva de los derechos humanos de la mano de una democracia formal y sustancial.

### **1.2.1 La acción de Amparo Constitucional.**

El Amparo Constitucional se crea con el debate de restringirlo o fortalecerlo desde el principio por una parte los medios apoyan al dilema por el lado de restricción, por el lado de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y la doctrina tienden a fortalecimiento y a que las garantías constitucionales sean expandidas.

La restricción de la garantía del amparo se deriva del modelo de Estado legal de derecho, mientras que el perfeccionamiento, el fortalecimiento de la garantía del amparo es propio del modelo del Estado social o constitucional de derecho.

Por lo que el órgano de control de constitucionalidad, el poder judicial, estaba sometido al poder legislativo; ya que la conformación, la duración, la cesación, en cuanto a lo institucional de los vocales que deciden en última instancia el amparo; la limitación para controlar los actos de los otros poderes del Estado, en cuanto a las competencias de los jueces constitucionales.

Antes mediante ternas presentadas por varios gremios, era conformado el Tribunal Constitucional cuyos vocales apenas duraban cuatro años; además el Congreso removía a sus integrantes mediante un juicio político. Por lo que, el Tribunal estaba expuesto a recibir presiones de quienes proponen y de quienes



pueden disponer de sus cargos, con lo que se configuraba la sumisión del Tribunal Constitucional; por lo tanto el modelo consistía en que el juez, debería convertirse en un sujeto que ponía en práctica la ley, en otras palabras, se convertía en el ejecutor del legislativo, el cual estaba presente. Esto correspondía al modelo tradicional de la Función Judicial que aplica reglas jurídicas pre determinadas a los casos concretos de constitucionalidad abstracta o de amparo donde el juez no cumple ningún papel.

El poder judicial está exclusivamente reservado para resolver los conflictos entre particulares, lo que cae en la teoría de la división de poderes, por ende el poder judicial no puede inmiscuirse en otros.

El amparo es equiparable a un proceso cautelar y restitutorio, tendiente únicamente a la constatación de la violación o amenaza de violación del derecho o garantía constitucional, a objeto de que se le restablezca al solicitante el pleno goce y ejercicio de tales derechos sin prejuzgar sobre ninguna otra materia, quedando abiertas a las partes las vías ordinarias para reclamar las indemnizaciones o restituciones a que haya lugar en derecho.

Para la protección de los derechos y garantías constitucionales se ha ideado un sistema que está entre los más completos en el derecho comparado, pues aparte de consagrar el sistema objetivo de la vigencia de la Constitución (todo acto contrario a la Constitución es nulo y toda autoridad usurpada es ineficaz), crea distintos mecanismos para hacer valer los derechos y garantías constitucionales, incluso si se alega en su denuncia un interés difuso o colectivo.

En primer lugar, se consagra el procedimiento de amparo constitucional como un medio rápido y eficaz para que un Juez ordene el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas; en segundo lugar, se prevé el habeas data, o procedimiento para exigir judicialmente el acceso a las informaciones que se tengan del solicitante en archivos públicos o privados, y saber el uso o finalidad

de esas informaciones, y en los casos en que lo permita la ley, hacer corregir, actualizar o destruir dichas informaciones.

La estructura del Estado actual en el Ecuador, responde al modelo liberal, tanto por su organización política como por la conformación de la administración de justicia. Las garantías constitucionales actualmente reconocidas en la Constitución son un perfeccionamiento del Estado liberal de derecho, que no son suficientes para avanzar al Estado constitucional o social de derecho.

El poder judicial está exclusivamente reservado para resolver los conflictos entre particulares. Por la teoría de la división de poderes, el poder judicial no puede inmiscuirse en otros. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional tendrá limitados poderes frente a otros poderes, aún cuando en el ejercicio de estos poderes se pueda violar derechos humanos.

Así, ante el Ejecutivo no podrá impugnar actos de gobierno, ante el legislativo no podrá interpretar con carácter general y obligatorio las normas constitucionales, ante el judicial "no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso" (Constitución Política del Ecuador, Art. 95, inciso 2).

La principal norma en la legislación ecuatoriana que regula la Acción de Amparo Constitucional la encontramos en el artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador, que señala: Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave." dando de esta manera la posibilidad de proponer "acción" de amparo ante cualquier órgano de la función judicial y tras un

proceso este pueda ser apelado ante el Tribunal Constitucional Ecuatoriano, entendiendo el legislador que se trata de un proceso diferente o mas propiamente dicho según la misma norma de una nueva acción.

Esto significa que el legislador constitucional prevé la posibilidad cierta, diaria y continua de un acto ilegítimo de la autoridad, no solamente que haya lesionado sino que se encuentre en inminente posibilidad de lesionar los derechos, es decir que la consideración del legislador se proyecta mucho más allá de la consumación de un acto sancionable y prevé una solución eficaz cuando determinadas circunstancias e indicios hacen posible el cometimiento de un acto ilegítimo que es precisamente lo que constituye la inminencia del acto.

Apartándose en esta forma de los principios generales del derecho en materia civil y en materia penal que recaen en su actuación sobre hechos ciertos, sobre realidades consumadas y no sobre posibilidades o circunstancias de inminencia como ocurre en el presente caso.

La norma faculta entonces a interponer la acción de amparo a través de un procedimiento específico que se caracteriza por su brevedad, urgencia, inmediación en la adopción de las medidas previstas para tutelar esos derechos.

Por tanto concede competencia, apartándose de los procedimientos generales a los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos.

Lo que significa que la regionalización o delimitación territorial de los jueces tanto en materia civil como en materia penal que al momento es de orden cantonal queda superada por esta competencia específica que ya no se refiere a un cantón sino a la sección territorial en que se consume o pueda

producir sus efectos ese acto. Siendo otra particularidad del recurso la relativa a la prohibición de inhibición del juez o tribunal ante el cual se interponga el amparo como claramente lo establece el Art. 47 de la Ley de Control Constitucional que viene a ser el cuerpo normativo procesal para la tramitación del amparo constitucional.

Dentro de la Ley de Control Constitucional, el Gobierno y los legisladores han contemplado a la Acción de Amparo para que cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legítimo de una colectividad, pueda proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial, designado por la ley.

Así mismo, puede hacerlo cualquier persona natural o jurídica cuando se trata de la defensa del medio ambiente.

Esta acción también podrá ser interpuesto cuando se atenten o violen derechos consagrados en instrumentos internacionales vigentes; por acciones de particulares cuando atenten contra intereses comunitarios, colectivos o a derechos difusos; o, por actos u omisiones del Estado o sus delegatarios o concesionarios que presten algún servicio público.

## **CAPITULO II**

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.**

Ecuador, en el Siglo XXI, atraviesa por una circunstancia histórica de cambios profundos en el orden social, político, económico, jurídico y conductual.

En lo jurídico el cambio se inició el 20 de Octubre del 2008 con la promulgación de una nueva Constitución, con ella se dio un giro de “ciento ochenta grados” a la forma de concebir y de practicar el Derecho Constitucional, se ahondó en el carácter normativo de la Constitución, por lo tanto, ya no requiere de norma legal o reglamentaria para poner en plena vigencia su normatividad. Si el Derecho Constitucional es la ciencia de la organización de la totalidad jurídica, se enfrenta, entonces, un nuevo orden y otra forma diversa de organización político-jurídica.

#### **2.1 Supremacía de la Constitución de la República.**

Analizar algunos aspectos de la constitución que nos permite llegar a su supremacía y el porqué de la misma; “saltan a la vista” cuando en el contenido es extraordinario el peso que el texto concede a los derechos. Los títulos segundo y tercero que, respectivamente, recogen los derechos y sus garantías, comprenden ochenta y cinco artículos, casi la quinta parte del total. Pero lo más importante es que el protagonismo no solo es numérico sino que va mucho más allá.

Wilhelmi (2008), respecto de la actual Constitución de la República, manifiesta:

Que en primer lugar, se trata de una centralidad fundamentada en la osadía con la que asume, no un mero listado de derechos, sino un renovado y renovador discurso de los derechos, que deja atrás el verso dominante que ha llevado a su desustancialización, a la pérdida de su capacidad de confrontación y de cambio; además en segundo término y relacionado con lo anterior, existe una obstinada determinación de asegurar la efectividad de los derechos. El texto constitucional no se limita a declarar su existencia: abre cauces, establece procedimientos, concreta exigencias y prevé mecanismos para garantizar su cumplimiento. (p.276).

Como se ha demostrado durante la historia del constitucionalismo, las constituciones ambiguas y vagas pueden aplicarse con facilidad; las que diseñan, innovan y pretenden ser inmanentes a la cotidianeidad en una sociedad democrática requieren de un esfuerzo suplementario para ser aplicadas.

“Generalmente se ha demostrado los problemas fundamentales de toda interpretación nacen de la ambigüedad y la vaguedad de los textos sujetos a interpretación” (Guastini, 2009 p.123), justamente el Estado constitucional quiere apartarse de esta huida de la voluntad del poder constituyente, que se ha mostrado fácil en otros campos del constitucionalismo.

Por esta razón, la supremacía y la fuerza de las constituciones del Estado constitucional no se encuentran únicamente en su capacidad material de transformación y, por lo tanto, en su contenido, sino también en los elementos que garantizan su cumplimiento.

El constitucionalismo “revolucionario” no podría haber cumplido sus primeros objetivos sin el carácter plenamente vinculante de sus disposiciones. Solo de esa manera, legitimado políticamente a través del poder constituyente y concretado por medio de la norma.

La Constitución del Ecuador de 2008 incorpora un buen número de disposiciones que coinciden con el objetivo de reivindicar el poder ciudadano, como referencia principal en estos momentos del nuevo constitucionalismo latinoamericano que a diferencia del neoconstitucionalismo da cabida al pluralismo jurídico.

La denominación, por ella misma, es bien descriptiva de la voluntad del poder constituyente de trascender del Estado social y democrático de derecho. Esta penúltima fase en la evolución del Estado no consiguió garantizar plenamente los derechos sociales pese a que éstos formaban el núcleo del cambio entre el Estado democrático y el Estado social.

El calificativo Estado constitucional, con fundamentos en la doctrina pero apenas incorporado formalmente a los textos jurídicos, pretende superar al Estado social y democrático de derecho en varias de sus debilidades. Justo porque proviene de ese continuo evolutivo, los avances del Estado social y democrático de derecho se incluyen en la noción de Estado constitucional. Claro está que la consecución del Estado constitucional no se consigue sin más con la incorporación formal del término, pero ésta, en su caso, será norma constitucional y de desarrollo jurisprudencial respecto a los alcances de su contenido.

La norma suprema es la constitución y que sea así en el ordenamiento jurídico no fue es una afirmación regalada ya que no siempre fue así aunque en estos días resulta común en el pensamiento jurídico.

El positivismo y su interés de reducir el concepto de Constitución, aún latentes en varias posiciones que permiten las definiciones de dos conceptos de constitución, formal y material.

El Estado Constitucional no puede admitir esta diferenciación; únicamente existe Constitución donde hay Constitución material, lo que exige su carácter no solo de mandato político, sino y en un plano similar el de norma jurídica. Además, si algo nos ha enseñado el desarrollo constitucional europeo es que, pese a que se ha prodigado la supremacía y el carácter vinculante del texto, las propias disposiciones constitucionales han incorporado fórmulas que han puesto en cuestionamiento su eficacia.

Por esa razón, el artículo 424 de la Constitución del 2008 es expreso: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica".

No hay excepción al artículo, y de hecho el mandato se detalla en los artículos precedentes: el artículo 425, cuando señala a la Constitución como la primera en el orden jerárquico de aplicación de las normas; en concordancia con el artículo 426, que determina que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución, que debe ser aplicable directamente por los jueces y autoridades públicas; la disposición derogatoria, cuando afirma, después de invalidar la Constitución de 1998, que "el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución". Queda, por lo tanto, manifestada la preocupación del constituyente por consagrar el carácter "fuerte" en la aplicación de la Constitución; esfuerzo que no podrá obviar el desarrollo posterior, tanto legislativo como jurisprudencial de la Constitución.



De hecho, el artículo 11.3 de la Constitución insiste en la idea de aplicabilidad directa, esta vez de los derechos, justamente para alejar cualquier posibilidad de excusar su aplicación por razones tradicionalmente aducidas, como la ausencia de legislación o la incapacidad económica del Estado.

La única excepción que propiamente no es tal de la aplicación de una norma sobre el texto constitucional es la prevista en el mismo artículo 424: "La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".

El texto dice bien: no se trata de un problema de "jerarquía", sino de "aplicación". Las normas internacionales que benefician a los derechos se "aplican" preferentemente porque así se ha incorporado en la Constitución, que funciona, una vez más, como legitimadora, lo que guarda consonancia con el principio democrático y de prevalencia constitucional.

Una de las objeciones más frecuentes contra la propuesta de Corte Constitucional es la de que constituiría un superpoder por sobre todas las demás funciones y órganos del Estado, un superpoder que no respondería a nada ni ante nadie. Como elementos que evidencian este excesivo poder: alude a las atribuciones de la institución, su período y la eliminación del juicio político.

En este punto conviene, primeramente, destacar que el fortalecimiento de los Tribunales o Cortes constitucionales y de la justicia constitucional, en general, no es en absoluto un proceso local y reciente sino que, prácticamente, es un fenómeno mundial, como es el caso de España, Colombia y Bolivia.

Es un proceso global iniciado en los años de la segunda postguerra en el caso de Europa Occidental y en los años ochenta y noventa del siglo veinte,

paralelamente a los procesos de democratización en regiones tan diversas como Asia, América Latina y Europa Oriental, como el paso de la dictadura a la democracia en Ecuador y Chile, por poner dos ejemplos.

Este proceso responde a la necesidad de que se asegure jurídicamente, mediante jueces especializados, procedimientos y normas, la supremacía de la Constitución, es decir el predominio de los derechos humanos y de los procedimientos democráticos, incluso por sobre la voluntad coyuntural de la mayorías políticas.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano existen antecedentes de un Tribunal desde el año 1945 en que se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales. Pese a estos remotos orígenes y a cierto progreso a partir de 1998.

La Corte Constitucional tiene y requiere límites a su poder. Este órgano, como cualquier otro, puede verse deformado por una extralimitación en el ejercicio de sus competencias, para lo cual el texto constitucional, claramente establece las competencias y atribuciones que tiene este Órgano, aspecto que es desarrollado ampliamente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Sin embargo, hay factores jurídicos y políticos que la limitan, tales como la enunciación explícita de sus atribuciones en la Constitución y en la ley, la posibilidad de que la Asamblea, ante un desacuerdo con sus interpretaciones, reforme la Constitución, la necesidad de consistencia de la propia jurisprudencia constitucional y de que sus sentencias sean obedecidas, la incidencia de la opinión pública sobre la legitimidad de la Corte e incluso la posibilidad de que sentencias arbitrarias sean revisadas por cortes internacionales de derechos humanos.

Por éstas y otras razones, la Corte Constitucional se enfrenta al gran reto de fortalecer su legitimidad democrática, la participación de los ciudadanos, la

efectiva vigencia y protección de los derechos y garantías, la multiculturalidad; con profesionales idóneos e independientes, en el marco de una prudente autolimitación en el ejercicio de sus funciones, haciendo prevalecer la Supremacía de nuestra Constitución como máximo órgano de control, Interpretación Constitucional y de administración de justicia en esta materia.

## **2. 2 Los derechos y Garantías constitucionales.**

Reivindicar los derechos en una la nueva Constitución Ecuatoriana con referencia a la vigencia de las dinámicas de exclusión y de desigualdad en los sistemas socioeconómicos, es tratar con una herramienta jurídica con la que se desmontaran los colonialismos, tanto internos como externos con la que se pretende revertir las condiciones de dominación de unos sujetos, individuales y colectivos, no sobre los demás, sino más bien en un equilibrio armónico dentro del Buen Vivir.

El texto constitucional apunta con este objetivo a los elementos esenciales de una concepción de los derechos, buscando su verdadera aplicación frente a las posibles vulneraciones.

La finalidad es superar la visión, hoy hegemónica, de que la vulneración de derechos humanos debe entenderse como algo fruto de puntuales coyunturas políticas o accidentes naturales, para pasar a situar en el punto de mirar la posición desigual que ocupan los distintos sujetos en la sociedad.

Los derechos son contrapoderes y dentro de estos presupuestos, el texto constitucional ecuatoriano prevé una serie de derechos específicos para los sujetos en una posición de mayor vulnerabilidad y, al mismo tiempo, refuerza el contenido y las garantías de la totalidad de los derechos para asegurar una real extensión a todos los sujetos. Por lo que en la constitución se prevé la

aplicación preferente de derechos para los grupos vulnerables, que es conocido como discriminación positiva.

Es la otra cara de la moneda: el texto avanza en la concreción de límites y responsabilidades en la actuación de los sujetos con más poder, empezando por el Estado, pero también con relación a los poderes privados, especialmente los de tipo económico, cuya incidencia directa en la vida de los demás no ha dejado de crecer en los últimos tiempos.

Así es: los derechos de protección (capítulo octavo del título II) y, en general, el sistema de garantías de los derechos tienen como objetivo declarado lograr la plena efectividad de los derechos para todos los sujetos pero ello lleva a reforzar especialmente la posición de aquéllos cuyas condiciones sociales dificultan, en mayor medida, tanto el ejercicio directo de los derechos como el acceso a los mecanismos de protección en caso de vulneración.

De ahí la importancia de los derechos de protección y en especial del acceso gratuito y pleno a la justicia y a la tutela efectiva artículo 75 o, en general, del conjunto de derechos procesales recogidos de manera amplia y altamente garantista en los artículos 76 y 77.

La misma lógica se aplica, incluso con mayor empeño, tanto a los derechos de participación (capítulo quinto), de libertad (capítulo sexto) y, de manera muy especial, respecto de los que más tienen que ver con las condiciones materiales que están detrás de las posibilidades reales de ejercicio de los derechos: los derechos de los ámbitos social y económico, agrupados en el texto bajo la denominación de "derechos del buen vivir".

### 2.3 La Garantía

En la constitución de 1998 capítulo VI referente a las garantías, que se denomina "de las garantías de los derechos", enumera cuatro garantías: el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo. Aunque existe una norma que establece la obligación general de respeto a los derechos humanos como el más alto deber del Estado, esta norma no se operativiza como garantía sino a través de lo judicial. En este sentido, la concepción de la garantía se vuelve efectiva.

En la Constitución vigente le da al tema una relevancia fundamental y lo concibe de manera integral. La una en función de los poderes del Estado y la otra en relación a los derechos y al rol de la justicia constitucional.

Por lo que la garantía es "Los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución"(Ávila, 2008, p.89).

La diferencia específica en la naturaleza de las garantía avanza al establecer una acción de conocimiento totalmente diferente de la cautelar que reconocía la constitución de 1998.

A continuación tenemos la diferenciación entre una medida cautelar y una acción de conocimiento (acción de protección).

**Cuadro 2.1 Nueva constitución nueva seguridad**

Cuadro No. I Diferencias entre la acción cautelar y la acción de conocimiento		
	Acción cautelar	Acción de conocimiento
Objetivo	Cesar o impedir la violación de DD.HH.	Reparar
Procedimiento	Informal	Reglado
Efecto	Suspender un acto	Declarar la violación de un DD.HH.
Prueba	No existe	Debe existir
Forma	Resolución	Sentencia
Fuente: Ávila (2008: 96)		

Fuente:<http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/957/1/04.%20Nueva%20Constituci%C3%B3n.%20Nueva%20seguridad.%20Juan%20Pablo%20Aguilar.pdf>

Los tipos en que se clasifica las garantías normativas son: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales. El artículo 84 menciona lo que corresponde a las garantías normativas “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 tratados internacionales, 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 atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Lo que corresponde a las garantías políticas el artículo 85 menciona lo que enmarca a todas las autoridades en la realización de algún plan proyecto o programa le atañe la estricta obligación de adecuar sus decisiones hacia la realización de los derechos.

Y por las garantías jurisdiccionales el artículo 86 hasta el 94 donde se encuentra la Acción de Protección motivo de análisis del presente trabajo es el ámbito donde los jueces controlan que los actos públicos no violen derechos.

Es necesario aclarar que no existe, en otras palabras, poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido. De esta forma, el enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos (artículos 11.9) cobra sentido.

Las garantías jurisdiccionales, a su vez, se clasifican en aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan "de protección", las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denomina "hábeas Corpus", las que protegen el acceso a la información pública, las que protegen la intimidad, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman "acción de cumplimiento" y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina "acción extraordinaria de protección". Además, tenemos las medidas cautelares, que equivaldrían al amparo de 1998.

## **2.4 La titularidad.**

La titularidad para accionar se denomina legitimidad activa. En el derecho clásico, vinculado con el derecho privado, la idea dominante es que el titular del derecho subjetivo es quien tiene derecho a presentar una acción. En el derecho

público, en cambio, es de interés general que no se produzcan violaciones a los derechos y, por tanto, la titularidad es popular.

En la constitución de 1998 la teoría nos permite entender que todos los derechos consagrados están protegidos, pero por la restricción de que la persona es la que debe comparecer por sus propios derechos con la prueba de que la afectación o el daño debe ser grave e inminente enmarcaba los derechos protegidos a los derecho civiles con notoriedad en los derechos afines con la propiedad.

Donde por ejemplo el derecho a la educación de calidad, a la atención inmediata de salud nunca pudieron ser exigibles, la pregunta es ¿Cómo demostrar el daño o la titularidad del derecho?. Llegando a la conclusión que el exigir los derechos quedaba en el limbo.

La Constitución anterior restringe la posibilidad de ejercer la acción constitucional exclusivamente a la persona que actúe "por sus propios derechos". El Tribunal Constitucional, en múltiples decisiones, determinó que se aplica la teoría del derecho subjetivo.

En otras palabras, tanto la Constitución como la jurisprudencia restringieron la posibilidad de conocer y acceder a la justicia constitucional. Al Estado y a la comunidad le interesa que se conozca cuándo hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos. Este avance constitucional, que podría ocasionar escándalo a los tratadistas tradicionales del derecho, no es nada nuevo en la legislación nacional y menos aún en el derecho internacional.

A nivel constitucional, se ha establecido algo parecido para el hábeas corpus y en la práctica se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentra privado ilegítimamente y la misma Constitución de 1998, prevé que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, puede ejercer



las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente.

A nivel legal, en las normas procesales penales, se permite que cualquier persona pueda poner en conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal. A nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

De igual manera sucede con los atentados a la libertad, al ambiente, a los bienes jurídicos protegidos, a los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, debe suceder con las violaciones a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos.

En otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente la violación de los derechos humanos sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete.

Por lo que en la Constitución de la República vigente tenemos una acción de carácter general que es aplicable a cualquier derecho y la gama se abre en acciones específicas que nos permiten determinar un derecho específico como bien en nos resume en su cuadro Ávila.

**Cuadro 2.2 Nueva constitución nueva seguridad**

Cuadro No. 2 Las garantías en los textos constitucionales de 1998 y 2008		
Derecho protegido	1998	2008
Violaciones graves e inminentes	Amparo (Art. 95)	Medida cautelar (Art. 87)
Todo derecho (fondo)	No existe	Acción de protección
Libertad (detención arbitraria)	Hábeas Corpus	Hábeas Corpus
Integridad física (tortura)	No existe	Hábeas Corpus
Desaparición forzada	No existe	Hábeas Corpus
Libertad (prisión preventiva)	No existe (amparo judicial en el código de procedimiento penal)	Hábeas Corpus
Acceso a la información pública	No existe (ley orgánica de acceso a la información pública)	Acceso a la información pública
Intimidad (protección información personal)	Hábeas data	Hábeas data
Eficacia sistema jurídico	No existe	Acción de incumplimiento
DD.HH. y seguridad jurídica en lo judicial	Expresamente prohibido	Acción extraordinaria de protección
Garantía normativa	No existe	Garantías normativas
Garantía de política pública	No existe	Garantía de política pública
<b>Total</b>	<b>Tres garantías</b>	<b>Doce garantías</b>
Fuente: Ávila (2008: 98)		

Fuente: <http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/957/1/04.%20Nueva%20Constituci%C3%B3n.%20Nueva%20seguridad.%20Juan%20Pablo%20Aguilar.pdf>

## 2.5 Los requisitos

En la Constitución se requiere que exista una vulneración de derechos reconocidos en la Constitución, no importa de qué tipo de acto provenga, de qué autoridad, ni qué condición tenga la persona víctima. Esto es, la violación de derechos humanos podría producirse por un acto administrativo, una norma, una política pública, un acto u omisión que proviene de un agente del Estado o de una persona particular.

La Acción de Protección se podrá presentar cuando concurra cualquiera de los requisitos que son enumerados en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

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

Se debe mencionar que para la Constitución de 1998 se determinaba que deben cumplirse tres requisitos para que el amparo proceda: 1) un acto u omisión ilegítima de una autoridad pública, 2) violación de un derecho consagrado en la Constitución y 3) la existencia de un daño grave e inminente. Los tres requisitos, según ha aplicado el Tribunal Constitucional, deben ser concurrentes y si falta uno, la acción de amparo era rechazada.

## **2. 6 Interpretación Constitucional.**

Uno de los temas jurídicos que tal vez menos estudio ha tenido por quienes se dedican a la disciplina del derecho, es el de la interpretación de la Constitución o, por mejor decir, la asimilación de una hermenéutica jurídica desde la Constitución y en forma adecuada a ésta.

De otra parte, la interpretación, en cuanto a métodos hermenéuticos, no es esencialmente distinta en la especialidad constitucional que tratándose de la ley ordinaria, más bien hace importante diferencia la aptitud de la Carta Fundamental para generar fórmulas políticas, expresiones de consenso social y por supuesto valores sociales que a la postre repercuten en la labor interpretativa. Por esto desde la generalidad abordemos el tema.

La importancia de la interpretación constitucional se fundamenta, según Gascón (2005) en el argumento de mirar:

“A la Constitución como verdadera norma jurídica, como fuente de derechos y obligaciones susceptible de generar controversias que han de ser dirimidas por un órgano jurisdiccional.

Como es obvio, si la Constitución siguiera siendo un documento político en manos del legislador y carente de garantía jurisdiccional difícilmente podría hablarse de problemas hermenéuticos, pues solo en un sentido muy lato cabe decir que el desarrollo legislativo constituya un acto de interpretación constitucional”. (p. 29)

Llegando a la conclusión doctrinariamente, que la interpretación constitucional ofrece características propias de ella como que las normas constitucionales son su generalidad es que son esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas ya que estamos hablando de principios, también tomando en cuenta que no siempre se adecúan a éstas y también coexisten con reglas.

Lo constitucional busca por su parte no solo la sentencia a un caso determinado siempre sobre la base del pro-legislador sino mas bien enmarcar el ámbito dentro del cual la interpretación política resulta admisible y no arbitraria y como consecuencia los operadores jurídicos argumentaran criterios jurídicos necesariamente un juicio valorativo y prudencial del intérprete con la responsabilidad del marcar un precedente.

Alguna parte de la doctrina considera la interpretación constitucional "como actividad identificable en relación al sujeto que la practica: el Tribunal Constitucional".

La consideración de “que la esencia de la interpretación es la elaboración de normas subconstitucionales en tanto resultado de la aplicación judicial de la Constitución” (Robles, 1988, p. 107).

Podría aplicarse con las normas constitucionales que dentro de la propia constitución de España tienen un jerarquía constitucional distinta; en el caso Ecuatoriano artículo 11. 6 nos menciona que: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” su aplicación debe ser de igual jerarquía y estas normas subconstitucionales se tendrían que adaptar a la realidad ecuatoriana.

Llórente (1988) menciona que la interpretación constitucional:

“Tiene, en principio, un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución”. (p. 8)

El hablar de interpretación constitucional es “cuando debe darse contestación a una pregunta de Derecho Constitucional que, a la luz de la Constitución, no ofrece una solución clara” (Alchourrón, 2004, p. 29)

Vernengo (1971) dice que:

“La interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión”. (p. 61)

Para que pueda cumplirse la tarea interpretativa se requiere que el intérprete, como aquellos a los que se dirige la interpretación, pertenezcan a una misma comunidad lingüística. El intérprete tiene la responsabilidad de

identificar la pregunta implicada en el texto, y procura responderla atribuyendo el significado que posibilitará su comprensión.

La tarea interpretativa supone la existencia de un texto, signo o símbolo, que reviste ciertas características, pero además, requiere por parte del que la desarrolla, la asunción de una determinada perspectiva o punto de vista interpretativo que sea acorde con esas características o naturaleza del objeto a interpretar, aunque puede el intérprete asumir una perspectiva extraña a la materia que busca esclarecer.

La interpretación jurídica, conforme a lo indicado, tiene por objeto reconocer o atribuir un significado jurídico a cierto texto jurídico (conductas, cosas, palabras y otros signos). Hay cierta materia correspondiente al campo del derecho, sin la cual resulta imposible intentar un esfuerzo interpretativo de la misma naturaleza; más, establecida esa condición necesaria, se requiere también una perspectiva propiamente jurídica, dado que su punto de vista puede ser de otras características, por ejemplo: estético, estadístico, etcétera.

La realidad jurídica de la que se está hablando es aquella que tiene que ver con derechos o deberes, con conductas justas, es dar a quien lo que le corresponde; y el punto de vista jurídico es aquel que refiere a la determinación racional y justa de la regla que definirá y guiará a una conducta en tanto obligatoria, prohibida o permitida.

En la interpretación jurídica no se busca una mera contemplación aséptica de alguna esencia inteligible, sino que ella es constitutivamente práctica, es decir, tiene por fin más o menos inmediato la dirección de una conducta en la que aparece implicada la justicia; dicho de otro modo: procura establecer racionalmente una norma de conducta jurídica para ciertos sujetos en ese tiempo y lugar particular. Siendo el objeto de la interpretación jurídica determinar racionalmente la conducta jurídica prohibida, obligatoria o permitida,

ella se instala en el campo de la razón práctica, pues a éste modo de ejercer la razón le compete definir y justificar el carácter deóntico de las conductas.

El intérprete jurídico es una especie de mediador que comunica a otros aconsejando, enseñando o mandando cuál es la conducta que corresponde hacer y omitir o qué puede hacerse u omitirse, según el significado que se le reconoce a ciertos comportamientos, cosas, palabras o cualquier otro texto jurídico.

La interpretación jurídica no se agota en un mero trabajo de explicación lingüística destinada a saber qué dice el texto interpretado, sino lo que se busca es fundamentalmente inferir a partir del mismo y de ciertos problemas imaginarios o reales, cuál es la conducta prohibida, obligatoria o permitida.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente, en el sentido de que la labor interpretativa no se circunscribe a normas jurídicas escritas y que ella es fruto de la razón práctica, caminar en dirección a consagrar una importante distinción, de clara resonancia antipositivista y de amplia y profunda proyección.

## **2.7 La Acción de Protección.**

Cabanellas propone que la Acción equivale al ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer. En cambio al hablar de Protección manifiesta que es: Amparo, defensa, favorecimiento. (p.36)

COUTURE (2002) menciona que:

La acción de protección se refiere al poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión; tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la

comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución. (ps.47 y 48)

La definición de la acción en buena parte depende del alcance y contenido que esta garantía tenga en cada Constitución y el desarrollo constitucional de cada país; en el nuestro en particular la presenta el artículo 88 de la Constitución como una acción que “tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución...” dando como especificación lo directo de la aplicación y la eficacia del resultado. La idea que surge en nuestra Constitución es que es una acción de naturaleza principal, de mayor jerarquía y totalmente independiente.

“...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” artículo 88 de la Constitución.

Su objetivo es claro, el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, teniendo como fin reparar el daño causado, hacerlo cesar si se está produciendo o para prevenirlo si es que existe la presunción o indicios claros de que el acto ilegítimo puede producirse.

No es necesario que el daño se haya causado, es suficiente la existencia de la presunción de que el daño puede causarse, y tanto cuando se ha causado o se pueda causar, el juez que tramita la Acción de protección, tiene las más amplias facultades para tomar las medidas cautelares conjunta o



Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 39 armoniza y complementa la Acción de Protección en su objetivo con la premisa de que estos derechos "... 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."

### **2.7.1 Procedimiento.**

De acuerdo a la Constitución, su procedimiento es sencillo, rápido y eficaz, constituyéndose así en una garantía efectiva y ágil, ya que en todas sus fases e instancias se utilizará la oralidad, no pudiendo aplicar normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho, excepcionalmente puede haber un tiempo de prueba pero que en esencia no afecta la rapidez de la acción.

Es así, que ya no habrá la necesidad de buscar el patrocinio de un abogado para proponer la acción, además de que serán hábiles todos los días y horas para plantearla, misma que podrá ser propuesta oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin la necesidad de citar la norma legal infringida.

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

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

inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para que sean recabadas dichas pruebas.

Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.

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

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación, artículo 88 de la Constitución

El procedimiento establecido en la Constitución 1998 para las garantías es propio de una acción cautelar, aunque atravesado por formalismos de carácter judicial: se requiere presentar por escrito y, por la ley de federación de abogados, se necesita un profesional del derecho, la citación se la hace de conformidad con el procedimiento civil al no explicitar la Constitución otra manera, audiencia pública en veinticuatro horas, resolución en cuarenta y ocho horas después.

Este procedimiento merece algunos comentarios negativos. No resulta ser un procedimiento verdaderamente cautelar: veinticuatro horas puede ser fatal para alguien que está siendo torturado, por ejemplo. Lo cautelar debe funcionar en el momento del conocimiento de un hecho violatorio que se está produciendo o a punto de producirse.

El procedimiento, en la Constitución del 2008, en cambio, pretende establecer un nuevo paradigma en la administración de justicia constitucional. Algunos hitos merecen ser explicados: el procedimiento es oral en todas sus fases, que es la única manera eficaz de garantizar la inmediación y el rol activo del juez; el procedimiento debe ser sencillo, rápido y eficaz, que marca una distinción grande con los procedimientos ordinarios que pueden ser complejos, lentos y cerrados, en tanto encasillados en la solución establecida en la fórmula legal.

La acción de protección podrá ser presentada de forma verbal en el contexto de la oralidad, de igual forma no se requerirá la intermediación de una abogada o abogado, las notificaciones podrían realizarse por cualquier medio entre los distintos medios como correo electrónico, por teléfono, por fax; lo dificultoso estará en la certificación de la citación

Luego, la Constitución permite la práctica de pruebas y también de formas distintas a los procedimientos ordinarios. En cuestiones de Derechos Humanos se presentan conflictos que son harto complejos, como aquellos relacionados a la justicia indígena, que requiere de peritajes antropológicos o aquellos en los que la prueba debe ser recogida de forma rápida y personal, por lo que puede ser útil una comisión para recabarla.

La comisión para recabar una prueba es totalmente distinta a las pruebas introducidas en otros procedimientos, en los que hay que solicitarlas, el juez debe autorizarlas, hay que citar y notificar y, finalmente, se debe hacer un acta

en la que conste la realización de las diligencias. La comisión es una forma nueva, adecuada para el procedimiento oral, por lo que en el acto, se puede enviar a una persona para que practique la prueba.

La forma de terminación del amparo, en la Constitución de 1998, es la resolución y en la de 2008 es la sentencia. Realmente, en la resolución está implícita la no terminación judicial del caso, por ello, el juez constitucional solo puede suspender el acto que provoca la violación de derechos. En la sentencia, en cambio, se determina la existencia de una violación y continúa abierto el caso hasta el cumplimiento.

En la resolución, el juez no puede declarar que existió una violación de derecho ni tampoco repararla; en la sentencia sí. En la resolución, el accionante debe acudir a otra instancia para buscar la solución definitiva, en un proceso con formalidades; en la sentencia, en el mismo procedimiento se resuelve el asunto de fondo.

En la resolución, el juez constitucional tiene poderes sumamente limitados, porque depende de otro juez la solución final de una causa; en la sentencia el juez resuelve el conflicto.

### **2.7.2 Características de la Acción de Protección.**

La acción de protección guarda ciertas características partiendo de la universalidad de la misma en todos los derechos consagrados en la constitución, empezando por el procedimiento que debe ser sencillo, rápido, eficaz y oral en todas sus fases; en la escala preferencial en la que se coloca la acción, dejando de aplicar procedimientos procesales de la justicia ordinaria comunes que podrían retardar el proceso y tomando en cuenta su carácter extraordinario y rango constitucional con el cumplimiento al no existir otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado; para llegar a concluir tan solo con la ejecución íntegra de la sentencia y

su perspectiva innovadora en cuanto a las garantías jurisdiccionales es la posibilidad de solicitar a la jueza o juez medidas cautelares de forma independiente o dentro del trámite de la acción de protección.

La acción de protección debe proponerse ante un juez o jueza de primera instancia, radicándose la competencia por sorteo, con sede en el lugar donde se origine el acto o donde se producen sus efectos. Procede el derecho de apelación a la Corte Provincial de la jurisdicción, cuya sentencia causa ejecutoria, sin perjuicio de que esta ordene la remisión de copia de la sentencia a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia, conforme lo regula el Art. 86 de la Constitución.

Examinado el contenido de la acción de protección, es un sustancial avance dentro de la protección de derechos comparándola con la acción de amparo prevista en la fenecida Constitución Política de 1998 y en la Ley de Control Constitucional. Y no es por la finalidad que se ha seguido presentando el recurso de amparo, llamándolo recurso de protección, para tutelar presuntas violaciones a derechos, como:

- Ser dado de baja, ser sancionado, no ser calificado idóneo para ascenso y constar en la cuota de eliminación de la institución policial.
- Por no ser favorecido en concursos de merecimientos, por orden de traslado de oficina del trabajo, por visto bueno o remoción de cargo público, por cambios de lugar de funciones docentes.
- Por sanciones y destituciones del Consejo de la Judicatura.
- Por resoluciones del Consejo Nacional de Tránsito de no autorizar la fundación de cooperativas o empresas y negar la concesión de permisos de operación para transporte de pasajeros.

- Por problemas en la elección de directivas de organismos gremiales.
- Por pérdida de año en escuelas, colegios e institutos superiores, o resolución de expulsión de la entidad educacional.
- Por órdenes de desalojo de inmuebles ocupados dados por los gobernadores, intendentes de policía y el INDA.
- Por sanciones de desalojo, demolición, clausura y multa impuestas por los comisarios municipales y de salud.
- Por glosas de la Contraloría.
- Por autos de pago de la jurisdicción coactiva para el cobro de deudas fiscales y municipales;

Esta conceptualización era discriminatoria para los derechos de los trabajadores privados. Los empleados públicos (obreros) sujetos al Código de Trabajo mediante acción de amparo, de corta espera, resolvían su problema. Los trabajadores privados, por iguales violaciones a sus derechos por los empleadores, debían recurrir a los jueces de trabajo y esperar algunos años para solucionar su problema.

El Art. 50 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 446 del 13 de noviembre de 2008, dispone textualmente:

“Improcedencia de la acción. La acción de protección no procede:

Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente, la vía administrativa...”

En consecuencia la acción de protección no procede cuando existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos conculcados, y especialmente cuando existen recursos de revisión, reconsideración, apelación y reposición en vía administrativa.

Con esta limitación se han producido cuatro efectos jurídicos inmediatos:

Ha desaparecido la discriminación de la acción de amparo, pues todos los sujetos activos, públicos y privados, deberán recurrir al juez de trabajo para la solución de su derecho violado por los empleadores públicos y privados;

La acción de protección con la práctica se convirtieron en acción residual, como muy bien lo resolvió por unanimidad, refiriéndose a la acción de amparo, el extinguido Tribunal Constitucional en varias resoluciones de todas las Salas durante el año 1999, resolvieron:

“La acción de amparo, a no dudarlo, es procedente cuando se han agotado o no existan acciones judiciales en la vía administrativa o en la vía judicial que restituyan el derecho conculcado; es decir que esta es una acción residual. Puesto que la violación es de carácter legal, es decir que si el acto de la administración pública es ilegítimo, el saneamiento de ello está previsto de manera exclusiva y con competencia privativa por el juez de trabajo o por el Tribunal Contencioso Administrativo.”

La apelación de la sentencia de la acción de protección dictada por los jueces de primera instancia, debe ser interpuesta para ante los Jueces de las Cortes Provinciales del país cuya sentencia produce ejecutoria. Estas Cortes, en razón del control de legalidad que ejercen sobre los jueces inferiores, y,

además, ser jueces de última instancia, deberían reunirse para definir una política jurídica única en el Ecuador, en el sentido de que se trata de la acción de protección que es una acción excedente, para que no se produzcan sentencias contradictorias enviadas en copias a la Corte Constitucional, para efecto de la jurisprudencia de la acción. En forma unánime en el país deberían desechar las demandas por improcedentes de acuerdo a la norma citada, presentadas por los Abogados tradicionalistas que siguen presentando una acción no residual, en busca de solución de los variadísimos y subjetivos quebrantos de garantías, en lugar de presentar demandas a la justicia común conforme a las acciones que correspondan a la garantía individual conculcada, o el recurso en vía administrativa.

Con ello se limitará la presentación de demandas de la acción de protección y su consiguiente apelación, aliviando el “atosigamiento” de la Función Judicial causado por la conflictividad social del último tiempo y por abogados tradicionalistas.

Es de esperar que las Cortes Provinciales, integradas por jurisconsultos de mérito, profesionales y con experiencia, acuerden a nivel nacional el destierro para siempre del “recurso de amparo” que fuera previsto en la Constitución Política de 1998, y definan una acertada conceptualización de la acción de protección aplicable en todo el Ecuador, para contar con una jurisprudencia uniforme sin lugar a dudas.

### **2.7.3 El resultado**

La Constitución de 1998 establecía que el juez; "de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho". Suspensión significa dejar provisionalmente sin efecto un acto.

Es así que en muchos casos, las resoluciones son tan lacónicas que simplemente ha resuelto "aceptar el amparo". Con las suspensiones de actos,



propios de una medida cautelar no se ha solucionado real e integralmente una violación de derechos.

En cambio, en la Constitución del 2008, el resultado de una acción de protección es la declaración de la violación de un derecho, la reparación integral material e inmaterial, con especificación en la sentencia de las personas obligadas, de las acciones positivas y negativas y las circunstancias en que deba cumplirse la sentencia (Art. 86). Abismal diferencia con la Constitución de 1998.

El principio de la reparación integral y su desarrollo dentro de los derechos humanos, es el de volver a la persona al momento anterior a la violación de sus derechos.

La reparación, al contrario de la indemnización en lo civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material e inmaterial. Material es lo que se puede cuantificar en dinero y que puede demostrarse a través de evidencias. Lo inmaterial es aquello que no puede ser evaluado monetariamente, como el trauma psicológico, la necesidad de una disculpa, la restitución en un cargo público.

Se debe contar con la opinión de la víctima, la creatividad también es un imperativo; hay veces que la sola sentencia puede ser una reparación adecuada y otras, en las que la reparación es una compleja que requiere ser satisfecha en el tiempo, como la prevención de la tortura que requiere capacitación.

Al especificar que las obligaciones que emanan de una violación de derechos pueden ser negativas y positivas, la Constitución rompe con la doctrina del "juez negativo". El juez no debe limitarse a suspender actos o normas, que sería una típica acción negativa, sino que debe ordenar hacer,

como construir, corregir, pagar, disculpar, formar y más, con lo que hace efectiva la reparación integral.

Las circunstancias a las que hace referencia la norma constitucional se refiere a que el juez o jueza deben considerar el contexto para las reparaciones; si a una persona, por ejemplo, se le afectó en una provincia no tiene sentido que las disculpas públicas se las haga en un medio de comunicación que no circula en ese lugar.

Lo que nos abre las puertas en avances sustanciales en relación a la regulación de las garantías y restitución de derechos afectados. Todos los derechos y de todas las personas podrán ser exigidos. Se ha abierto una puerta tan grande como numerosas son las violaciones de los 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 que esta herramienta usen los más necesitados y no los que tienen mayor acceso a usar tradicionalmente la administración de justicia.

Sin duda, las garantías han sido inspiradas en quienes sufren las violaciones y no en los abogados y abogadas que abusan de la herramienta. No podía ser de otro modo, si lo que se quiere es un verdadero estado constitucional de derechos.

## **CAPITULO III**

### **DERECHO COMPARADO EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.**

#### **3.1 Derecho Colombiano.**

La Acción de Tutela en Colombia nace como una respuesta a que como país carecía de herramienta de jurídica equivalente al amparo. El Presidente Gaviria en 1991 presenta a Asamblea Nacional la propuesta para nivelar la falencia.

Por otro lado la violencia que se utilizaba para la resolución de conflictos fue lo que lo que condujo al constituyente a incorporar instituciones que fueran eficaces para lograr que tramitaran sus disputas sin la utilización de la violencia.

Con lo que nace la Acción de Amparo para que no queden impunes la violación o amenaza de los derechos fundamentales.

En el ámbito político acoge problemas como el de implementación por las diferencias entre derecho constitucional entre líneas y la realidad social; problemas de acceso a la justicia del ciudadano común; el problema de debilidad la rama judicial frente a la administración pública con relación totalmente diferente con los poderes privados; los mecanismos procesales con la suerte de lentitud combinada con rigidez en sus formalismos jurídicos excesivos en defensa de la arbitrariedad; y el problema de supremacía

constitucional concreta y efectiva dentro de que los nuevos valores constitucionales se integren en el ordenamiento jurídico

Quien puede interponer la Acción de Tutela partiendo de que busca el acceso directo de la persona a la justicia; entendiéndose que cualquier persona colombiana o extranjera mayor o menor de edad podría presentar la acción a cualquier hora y en cualquier lugar, sin la necesidad de abogado ni apoderado. Sin dejar de lado las personas jurídicas y las entidades públicas para la protección de los derechos fundamentales que sean aplicables a ellas, lo que se busca es que la persona que presente la acción tenga el interés jurídico de que se le están siendo violados, han sido violados o estén en peligro de ser violados derechos fundamentales.

La acción será presentada de oficio cuando el titular de los derechos no esté en condiciones de hacerlo que se encuentre en estado de indefensión, y el encargado es el Defensor del Pueblo como también los personeros municipales por la delegación del Defensor, también están legitimados de presentarla en nombre de quien lo solicite.

Procede contra toda acción u omisión que viole o amenace un derecho constitucional fundamental pasando por alto si existe o no un acto jurídico escrito.

El control constitucional es concreto no respecto de actos jurídicos particulares sino de situaciones reales sin importar que se formalice jurídicamente.

Acción es tomada como el concepto de actos administrativos y vías de hecho judiciales como también conductas de altos funcionarios o soldados de tropa.

La omisión es tomada como la demora judicial, la ausencia de respuesta y la falta de intervención a la petición en concreto puede ser de un organismo administrativo; dejando expuesta a la persona frente a la vulneración de su derecho fundamental.

La acción contenciosa administrativa por ejemplo no constituye un procedimiento judicial de defensa de un derecho fundamental por sí sola. Desde esta óptica la procedencia de la acción de tutela está condicionada a la ausencia de otro medio de defensa judicial y ese medio debe ser apreciado en cuanto a su eficacia para proteger los derechos en cada caso concreto.

No es necesario agotar tantos procedimientos judiciales como administrativos que pudieran proteger el derecho afectado.

Pero cuando se dispone de otro medio judicial para proteger el derecho afectado, pero es necesario evitar un perjuicio irremediable la tutela procede como mecanismo transitorio.

La tutela se la puede presentar ante toda autoridad pública como según el artículo 86 de la Constitución. Aunque también en ciertos casos puede proceder en contra de particulares y los casos en lo que puede ocurrir fueron concretados en el artículo 42 del Decreto 2591; la Corte Constitucional se pronunció sobre este artículo diciendo que limitaba los alcances de la tutela contra particulares y declaró qué partes de este eran inconstitucionales.

La tutela procede para garantizar los derechos constitucionales fundamentales. Pero cuáles derechos fundamentales son los que están siendo tutelados, en consecuencia, el artículo 2 del Decreto 2591 establece que:

“Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

Y para complementar en el artículo 4 del mismo cuerpo legal también aclara que los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Como consecuencia estamos frente a dos tipos claros de cuáles son los derechos constitucionales fundamentales. El primero, el que argumentó el Consejo de Estado en el que los derechos fundamentales eran únicamente los que están consagrados en el capítulo 1 del título II de la Carta titulado “De los Derechos Fundamentales”. Esta argumentación no fue acogida por la Corte Constitucional ni por la misma Constitución Colombiana ya que existen artículos como el 44 “Derechos fundamentales de los niños” que no están en el capítulo mencionado. El artículo, 94 de la Constitución Colombiana dice:

“La enumeración de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otro que, siendo inherente a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

Según el artículo 14 del Decreto 2591, lo único que debe hacer el solicitante es transmitir la información fáctica suficiente para que el juez pueda tomar sus decisiones; no necesita citar norma, ni escribir argumentos jurídicos que sustente su solicitud y se lo puede presentar por escrito, oralmente en casos de emergencia o si el que presenta la acción de tutela no puede escribir.

El juez tiene tres días para pedir los cambios que fueren necesarios en los casos que no considere que hay claridad; básicamente tiene que llevar el nombre y domicilio del solicitante, los hechos u omisiones que motiven la solicitud, el derecho amenazado o violado, el nombre de la autoridad pública a quien se dirija como autor de la afectación y el recuento de circunstancias relevantes.

Se debe presentar ante cualquier tribunal o juez si este tiene jurisdicción territorial en sentido de donde ocurrió la amenaza o violación.

La etapa probatoria es breve y las reglas probatorias son simples y la presunción de buena fe del solicitante es lo más importante; la carga probatoria le corresponde a la autoridad pública o un particular en sentido de superioridad para que aporte prueba al proceso sin menoscabo que si el solicitante quiere aportar medios de prueba lo puede hacer de igual forma el juez sustanciador de la causa debe por iniciativa propia indagar recoger pruebas sobre la amenaza al derecho fundamental.

Las medidas cautelares que tiene el juez ante quien se presenta la acción, son medidas provisionales para proteger un derecho y es el juez que decide si se necesita suspender la aplicación de los actos cuestionados de igual forma cualquier medida de conservación o de seguridad.

El fallo puede ser de una orden de hacer o dejar de hacer, libremente pero en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

El cumplimiento del fallo debe iniciarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Sin perjuicio de su cumplimiento inmediato el fallo puede ser impugnado en los siguientes tres, días por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente. El juez tiene dos días después de la presentación de la impugnación para remitir el expediente al superior jerárquico correspondiente y este debe dentro de los 20 días siguientes revocarlo o confirmarlo.

Si el fallo de primera instancia no es impugnado debe ser enviado a la Corte Constitucional al día siguiente para Revisión si corresponde. Si fue

impugnada debe ser enviado dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia.

La Corte Constitucional tiene como función revisar las sentencias judiciales relacionadas con la acción de tutela pero no se considera como una tercera instancia, ya que la revisión de tutelas es discrecional; según los artículos 33 a 36 de Decreto 2591 deciden cuales sentencias deben ser revisadas dos de los Magistrados de la Corte dentro de los 30 días siguientes a su recepción y esto es de manera rotativa por orden alfabético cada mes.

Las salas de revisión de tutelas son varias y están conformadas por tres Magistrados presidida por uno de ellos; la sala tienen para su fallo tres meses después, de que se fueron repartidas las tutelas seleccionadas; pero los cambios de jurisprudencia deben ser decididos por la Sala Plena que está conformada por los nueve Magistrados.

La sentencia de la Corte Constitucional deben ser comunicadas al juez o tribunal de primera instancia para su notificación a las partes y tendrá el juez o tribunal que adoptar las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por la Corte Constitucional.

La principal diferencia con la acción de protección que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales mientras que en nuestra legislación procede en estos casos la acción extraordinaria de protección.

### **3.2 Derecho Argentino.**

El Derecho de Amparo tiene el nivel constitucional cuando en 1994 la Convención Constituyente reformó la Constitución de la República de Argentina agregando el artículo 43 que dice:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo,



contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consiste en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condición de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera a favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”

La redacción no es clara ya que se encuentran varios institutos comprometidos en la norma.

La naturaleza de la acción de amparo clásica es delimitada inicialmente por la Corte Suprema en el caso del Señor Siri, director y propietario del diario

Mercedes, que con motivo de una orden recibida de la dirección de Seguridad de la Policía se dio la clausura del local donde se imprimía el mencionado diario y la detención del Señor Siri.

El fundamento de la acción era que vulneraba la libertad de imprenta y de trabajo y fue rechazada en primera instancia y en apelación, debido que la acción de hábeas corpus sólo tutela la libertad física o corporal de las personas y el Señor Siri ya estaba liberado, entendiéndose que no existía restricción alguna que afectara al recurrente; por lo que la Corte estableció que el recurrente no había interpuesto una acción de hábeas corpus sino que había invocado la lesión a la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo, que se encontraban tutelados en la Constitución Nacional se pronunció que:

Sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de la ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.(Fallos 239:459)

El caso Kot en el fallo 241:29, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratifica la doctrina elaborada en el caso Siri y extiende la aplicación en un sentido más amplio, ya no solo a los actos emanados por las autoridades públicas sino también a los de los particulares.

En los precedentes Siri y Kot la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la procedencia de la acción de amparo como medio adecuado para la tutela efectiva de los derechos constitucionales violados sin importar si se trata de una autoridad pública o privada.

Tras la reforma de 1994 el entonces artículo 100 hoy artículo 116 de la Constitución determina que la Nación puede ser demandada ante los Tribunales de Justicia y se estableció la competencia de la Corte Suprema de

Justicia de la Nación para el conocimiento y decisión de las causas en las que el Estado intervenga y sea parte. El carácter de Tribunal Superior en este tipo de causas lo asume la Corte sin perjuicio de las competencias constitucionales no delegadas por las Provincias al Gobierno Federal.

La reforma dentro de esta figura se configura como el reconocimiento constitucional de la tutela de requerir, en forma rápida y eficaz, ante un tribunal de justicia, la protección de los derechos constitucionales ya sea por el propio afectado o por el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva.

El amparo se caracteriza por la voluntad del constituyente como una vía excepcional, residual y heroica, en concordancia con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El amparo no ha sido legislado como un medio para privar de efectos a todos los actos de la autoridad pública que ostente un vicio que no se enmarque dentro de sus elementos esenciales, sino para los actos cuestionados adolezcan de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Bielsa (1965) nos dice que la arbitrariedad es una:

Decisión contraria al derecho fundamental que está ínsito en los principios constitucionales sobre garantías individuales en la declaración de los derechos humanos, en las reglas de la lógica jurídica aplicables a esos derechos fundamentales. p. (203 y 208)

El artículo 28 de la Constitución Argentina establece que: “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Se concluye lo siguiente que la admisibilidad del amparo no exige la existencia ni agotamiento de las vías administrativas; que en principio la

existencia de medios judiciales descarta la acción de amparo; el principio cederá cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficiencias que neutralicen la garantía.

Se exige que la arbitrariedad se patentice, sea de forma manifiesta y esto significa que no debe practicar una actividad probatoria compleja, como la que se da en la vía ordinaria; que la arbitrariedad sea en forma clara y se realice una breve investigación de los hechos.

Según la doctrina y jurisprudencia nacional “debe ser descubierta, patente, clara inequívoca, incontestable, cierta, ostensible, palmaria, notoria e indudable”; como lo manifiesta la Corte Suprema en el caso Radio Universal contra Comité Federal de Radiodifusión y otro. (CS, septiembre 6-1984)

De igual forma se ha expresado la Corte Suprema que:

“La acción de amparo es inadmisibile cuando no media arbitrariamente o ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere un mayor amplitud de debate y prueba, requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquella”.(fallos:305:1878)

La vía de amparo resulta excepcional y solo procede en ausencia de otros vías que pudieran resultar idóneos para la protección de los derechos y garantías que consagra la Constitución Argentina, ya sea por su mera inexistencia o por el tiempo que tomaría resultaría susceptible de causar un perjuicio irreparable. Pero la justicia no puede dejar de actuar por vía de amparo aun cuando exista la posibilidad de acudir a procedimientos administrativos, ya que la dilación a causa de los trámites pueda conducir a que se frustren los derechos invocados.

En esta figura no existe una etapa contradictoria, pues el Juez no ordena el traslado de la demanda para que sea contestada por la autoridad o el organismo de donde nace el acto que lesiona o amenaza con lesionar, por el contrario se solicita un informe que hace las veces de una contestación a la demanda.

La delimitación de vías alternativas es fundamental para evitar la desnaturalización que ocurre pues siempre se puede encontrar distintas vías procesales, pero esto no significa que estas conformen el derecho de tutela efectivo. En este campo es donde la reglamentación de la idoneidad de las distintas vías procesales para la tutela del derecho configura el cuello de botella que deberá sortear el legislador argentino para no caer en un cuerpo normativo que lo desnaturalice y cabe recordar al artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que menciona sobre el tema que las formalidades procesales o no procesales no deberán afectar su operatividad.

Para concluir el amparo y sus inicios jurisprudenciales en los casos Siri y Kot en la República de Argentina se ha rebosado sus límites naturales que devino en la ley 16.986, con sus restricciones que a la actualidad a pesar de la vaguedad de la norma se podría decir que mantiene el mismo carácter.

### **3.3 Derecho Chileno.**

El Recurso de Protección nace en Chile con el Acta Constitucional No. 3 sobre derechos y deberes Constitucionales, Decreto Ley 1552 del 13 de septiembre de 1976, consolidándose en la Constitución de 1980 en el artículo 20 en los siguientes términos:

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º,

2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Procesalmente el recurso de protección es una acción ya que es una facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, para la protección, reconocimiento o declaración de un derecho fundamental.

Por el contrario el recurso es el medio que reconoce la ley a las partes procesales para impugnar las resoluciones judiciales.

Sería más adecuado conceptuarlo como un derecho y una acción constitucional que su fin es poner en marcha las facultades jurisprudenciales de protección de los derechos constitucionales de los tribunales de justicia para salvaguardar los derechos de las personas con la particularidad de ser con un modo directo e inmediato.

En el lenguaje constitucional chileno se utiliza la palabra recurso, para designar inmediatamente las medidas de protección y en especial el requerimiento que se formula ante los tribunales en demanda de esa

protección; que debería ser eliminada por no estar acorde con la naturaleza jurídica de la institución.

El procedimiento es rápido, informal, inquisitivo, unilateral, concentrado, abierto y provisorio que establece.

El afectado formula a la Corte de Apelación respectiva la pretensión de protección de su derecho, por la acción u omisión arbitraria o ilegal; y el Tribunal de acuerdo a la urgencia para salvaguardar el derecho vulnerado y la gravedad de la ofensa, de oficio comienza la indagación, decretando las diligencias que considere pertinentes para recabar los elementos de juicio para declarar si existe o no acción u omisión que arbitraria o ilegal que afecte a la persona en el ejercicio de su derecho.

Se pide un informe a la persona natural o jurídica, pública o privada que es responsable de la acción u omisión correspondiente, y si no entrega ese informe en los términos determinados por la Corte respectiva, se procederá a dictar sentencia sin tomar en cuenta los mismos.

La acción puede ser presentada por cualquier persona natural o jurídica afectada, incluso por colectivos que no ostenten personería jurídica, o por cualquier otra persona a su nombre en papel simple, por telégrafo o incluso en acta levantada en la propia secretaria de la Corte de Apelación respectiva.

La relación procesal comienza con la presentación de la acción de la demanda de protección, que continua con el requerimiento del Tribunal al ofensor, y se integra con el conjunto de los antecedentes recabados por el conjunto de los antecedentes recabados por el órgano jurisdiccional y que lo pone en la última fase que se inicia cuando el tribunal deja la causa en acuerdo, momento desde el cual debe emitir el fallo del plazo en cinco días hábiles tanto en primera como en segunda instancia. El plazo se reduce a dos días hábiles desde que la causa se encuentra en acuerdo, cuando los derechos

afectados son el derecho fundamentales como la vida e integridad física o psíquica de la persona, el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, el derecho de libertad de opinión e información y el derecho de reunión.

La presente acción debe ser presentada dentro del plazo de quince días como lo establece el Auto Acordado en 1992 que menciona en su artículo 1 que el plazo fatal de quince días corridos debe ser contado: “desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos”. Ya que la experiencia jurisprudencial en materia administrativa daba a entender que no siempre los actos de la administración eran conocidos oportunamente por los afectados

El Tribunal competente de acuerdo al artículo 1 del Auto Acordado indica que la acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones: “en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privacidad, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas”.

La corte dispone de amplitud de movilidad en la indagación pudiendo decretar todas las diligencias que se estimen necesarias para el mejor acierto del fallo, determinado en el artículo 5 del Auto de Acuerdo, aun cuando el procedimiento no incluye una fase o periodo probatorio.

La Corte de Apelaciones, como la Corte Suprema cuando ésta última conozca en Apelación pueden imponer la condenación en costas, apreciando los antecedentes que se acompañen en la acción y los demás que se agreguen durante su tramitación en el marco de la sana crítica.

Contra la sentencia dictada por la Corte de Apelación respectiva no procederá el recurso de Casación.



La sentencia emanada por la Corte de Apelaciones respectiva, acogiendo, rechazando o la declare inadmisibles es apelable ante la Corte Suprema de Justicia como lo indica el artículo 5 del Auto Acordado.

Esta debe interponerse dentro del término de cinco días hábiles contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, debiendo contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se respalda la petición que se formula ante la Corte Suprema. De no hacerlo se la deberá declarar inadmisibles de igual forma si no está dentro del plazo.

Del contraste de las dos disposiciones constitucionales, es claramente apreciable que en términos generales, tanto en la legislación chilena como en la ecuatoriana la acción de protección, es concebida como una herramienta sumamente ágil que tiene como finalidad la vigencia de los derechos constitucionales.

Luego de ser dictada la resolución, existen dos aspectos importantes que cabe resaltar. Por una parte los efectos de la sentencia adoptada, son inmediatos ya que lo que se busca es proteger la vulneración de los derechos constitucionales del accionante. Por otra parte, entendemos que se mantiene intacto su derecho a reclamar por las vías judiciales ordinarias, la vulneración de los otros derechos que le pudieron afectar.

La acción de protección constituye un *procedimiento autónomo*, no se trata de un recurso ordinario como lo son los recursos de reposición, apelación o queja; no es un recurso extraordinario como la casación, tampoco forma parte de una instancia ni es un incidente procesal.

La acción de protección en estas dos legislaciones, no están encaminadas para la defensa de cualquier interés o derecho, sino que sirve únicamente para defender y garantizar frente a *acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneren derechos fundamentales*. Es ejecutada cuando existe una amenaza,

perturbación o privación del legítimo ejercicio de un derecho esencial (llámese derechos constitucionales) efectuada por una acción u omisión arbitraria o ilegal de autoridad o una persona particular, identificado como un procedimiento que no requiere de prueba compleja, pero la afectación del derecho necesariamente debe ser evidente. Si no se cumplen estas circunstancias debe ejercitarse el procedimiento ordinario correspondiente.

## CAPITULO IV

### ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA REALIDAD ECUATORIANA.

#### 4.1 Análisis de un caso.

Dentro de un análisis constitucional los hechos relevantes son los siguientes:

- a) Dayris Estrella Estévez Carrera presenta una acción de Protección considerando que se ha vulnerado sus derechos constitucionales como es el derecho a la integridad personal, física, psíquica, moral y sexual; el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a tomar decisiones libres informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual, y el derecho a la intimidad personal. Artículo 66 numeral 3, literal a), numerales 4, 5, 9 y 20.
  
- b) El acto administrativo impugnado es la negativa de cambio de sexo a la accionante por parte del Director del Registro Civil, Identificación y Cedulación Economista Fernando Navia, quien aduce la improcedencia de la acción pues está en contra del artículo 55 del Instructivo para la Estandarización de Procedimientos del Sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, y los artículos 84 y 89 de la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación.

- c) La Defensoría del Pueblo mediante varias resoluciones acepta las quejas presentadas por la accionante y reconoce la violación de derechos humanos por parte del Registro Civil ya que violenta el principio Pro Personae y el de Supremacía Constitucional, y ordena al Director del Registro Civil, Identificación y Cedulación conceda la cédula de ciudadanía de acuerdo a su identidad de género a la señorita Dayris Estrella Estévez Carrera.
- d) Finalmente solicita que se deje sin efecto la negativa de realizar el cambio de identidad sexual y se le permita establecer su identidad como persona de sexo femenino.
- e) Dayris Estrella presenta en el Juzgado Noveno de lo Civil de Pichincha, en sentencia le niegan la acción de protección propuesta por la legitimada activa.

Descripción breve de la sentencia emitida por el Juez Noveno de lo Civil de Pichincha que conoció la causa:

1. El artículo 84 de la Ley del Registro Civil, permite el cambio de nombres inclusive de masculino a femenino, siendo la recurrente la persona que ha hecho uso de estos servicios pero menciona que el ir más allá esto quiere decir un cambio de sexo no es un simple trámite administrativo, y esto no es irse contra la Constitución o de los derechos de los ciudadanas y ciudadanos, es dar cumplimiento estricto a las normas legales existentes, por mas anacrónicas que estas sean, ya que se encuentra en plena vigencia.
2. La demandante persigue que en sentencia se disponga al señor Director Nacional de Registro Civil, Cedulación e Identificación, efectúe el cambio de sexo, del sexo masculino al femenino que es el que le corresponde.

3. El artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el Periodo de Transición, “Es improcedente la acción de protección entre otros casos, cuando se refiere a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa.” Por lo que conforme lo analizado por el Director de Asesoría Jurídica de Registro Civil existe para solicitar el cambio de sexo una acción de reforma judicial para lo que debe recurrir al Juez de la Civil, quien es la autoridad que debe reformar los datos inexactos.
4. Llegando a su conclusión que mal ha hecho la recurrente, de comparecer con la acción pretendiendo suplir la acción legal ante el Juez de lo Civil.
5. La facultad de reformar los datos que constan en la partida de nacimiento de quien demanda es del Juez Civil bajo ninguna arbitrariedad podría el Director General del Registro Civil, Identificación Cedulación atribuyéndose a resolver aspectos que están fuera de su competencia
6. Resultando improcedente se niega la Acción de Protección Planteada por Dayris Estrella Estévez Carrera.
- f) Presenta el recurso de apelación respecto de la resolución dictada por el Juez Noveno de lo Civil de Pichincha ante la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha siendo esa Sala competente para resolver el recurso de apelación propuesto dentro de la tramitación de la presente Acción de Protección.

Descripción breve de la sentencia emitida por los jueces que conocieron la causa.

1. La Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, revoca la resolución subida en grado, y como consecuencia, acepta la acción de protección interpuesta, ya que considera que:
2. Si se han vulnerado los derechos constitucionales de la accionante por parte del Director del Registro Civil, Identificación y Cedulación, al haber negado su cambio de identidad de género, de masculino a femenino.

Conforme a la jurisprudencia internacional, el derecho a la identidad, derivación de la dignidad humana y derecho al libre desarrollo de la personalidad en estrecha relación identifica a la persona como un ser dueña de sí y de sus actos, por lo tanto toda violación al derecho a la identidad es a su vez una vulneración al derecho a la Dignidad Humana.

3. En el caso de la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad, según la Constitución y Tratados Internacionales, no pueden ser considerados como enfermedades, ni anormalidades patológicas, sino que constituyen orientación sexual legítimas, que gozan de protección Constitucional.
4. Considera que toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de orientación sexual e incluso de género. Analiza que tradicionalmente se ha asignado legalmente el sexo de una persona en base de los genitales del recién nacido, sin tomar en cuenta ni el dato cromosómico, ni el estado psicológico de la persona.
5. La discusión en el presente caso es porque además de presentar psicológicamente rasgos femeninos diferentes a los de su sexo genital con el que nació, se ha realizado intervenciones y procedimientos

quirúrgicos y hormonales irreversibles para fijar su identidad en el sexo opuesto al que se le asigna.

6. Considera que la identidad sexual es parte del núcleo duro del derecho a la identidad, mismo que se deriva de la Dignidad Humana, por lo tanto resulta ilegítimo que el estado pretenda limitar dicho libre desarrollo bajo argumentos claramente discriminatorios.

Existe vulneración de los derechos a la identidad y al desarrollo personal sobre la orientación sexual de las personas cuando existe negativa por parte del Director del Registro Civil, Identificación y Cedulación a la solicitud de cambio de género en los documentos de identidad.

Los cambios de nombres y género en los documentos de identidad, de conformidad con las disposiciones constitucionales sobre las libertades de los individuos, deben ser tomados como precedentes pero las circunstancias y en qué casos con los debidos procedimientos es lo que le corresponde la Corte Constitucional revisar.

El presente caso abarca plenamente un tema que concierne al Derecho Constitucional, puesto que los cambios de género se hallan vinculados con los derechos y libertades establecidos en la actual Constitución, particularmente guarda estrecha relación con el derecho a la identidad.

Sin embargo, estos aspectos no se hallan delimitados, lo que ha generado confusiones e incertidumbre sobre el tema, no solo en los administradores de justicia y funcionarios públicos sino también en la ciudadanía en general.

## **4.2 Argumentos sobre la relevancia Constitucional**

### **Gravedad**

Se tendrá en cuenta la gravedad del caso, como la vulneración del derecho frente a la dignidad de la persona y que las vías judiciales ordinarias no sean idóneas para la reparación del derecho.

### **Novedad del Caso**

Que sea un caso inédito en relación a los derechos y garantías establecidos en la Constitución.

### **Falta de precedentes judiciales**

Que la Corte Constitucional no haya emitido pronunciamientos referentes al problema jurídico general en casos similares, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

### **Relevancia Nacional**

El acontecimiento por su naturaleza y características, genera un impacto social, económico o político ligado a una afectación de la vigencia de los derechos.

En el análisis del caso expuesto de Dayris Estrella le vulneran sus derechos porque, la facultad de reformar los datos que constan en la partida de nacimiento, es del Juez Civil bajo ninguna arbitrariedad podría el Director



General del Registro Civil, Identificación Cedulación atribuyéndose a resolver aspectos que están fuera de su competencia.

Resultando improcedente se niega la Acción de Protección Planteada por Dayris Estrella Estévez Carrera porque existe una acción legal alternativa, que cuenta con una acción de reforma judicial, para la que debe recurrir ante el Juez de la Civil quien es la autoridad que debe reformar los “datos inexactos”, mediante razón que al respecto se sentará al margen de la indicada partida o en el espacio determinado para reformas, de tal manera que mal ha hecho la recurrente, de comparecer con la Acción de Protección pretendiendo suplir la acción legal ante el Juez de lo Civil.

Siendo una interpretación errónea, ya que la disposición legal carece de aplicabilidad en el caso concreto y pretender adecuar a una de las causales contenidas en la misma.

La pretensión no se dirige a solicitar reforma de la partida índice de nacimiento por que supuestamente contiene datos inexactos, como se pretende adecuar el caso, ya que la partida índice de nacimiento, no contiene ningún dato inexacto. Y tampoco en ningún momento pretende que se declare la nulidad de la partida de nacimiento, por errores atribuibles a algún funcionario del Registro Civil.

Dejando a un lado la petición concreta que es la exigibilidad y respeto de los derechos de libertad contenidos en la Constitución de la República como son: derecho a la integridad personal, incluye el derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual; el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás; el derecho de tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, la vida y orientación sexual.

Aspectos estos que fueron analizados por el juez competente y luego de una amplia reflexión, concluyó en la protección de sus derechos constitucionales que derivaron en el respeto a su libertad sexual.

### **4.3 Entrevistas.**

#### **PRIMERA ENTREVISTA**

**La Acción de Protección como una garantía jurisdiccional profundamente distinta y amplia en la realidad ecuatoriana; y las reformas que se deberían realizar para que ésta acción cumpla con su fin.**

Dr. Pablo Alarcón:

Muchas gracias por la entrevista. Primero que nada tenemos que tomar en consideración que en efecto se trata de una garantía jurisdiccional diferente ya desde la denominación a la extinta acción de amparo constitucional, que de por sí era parte de las garantías constitucionales de los derechos que reconocía la Constitución Política del 98 eso en cuanto a la denominación.

Desde el punto de vista de los presupuestos de procedencia también ha cambiado y considerablemente, antes tenías una acción de amparo constitucional con un elemento con un presupuesto en principio que analizaba la ilegitimidad del acto, un presupuesto que analizaba entre otras cosas: causa, objeto, contenido del acto, el procedimiento, la competencia, elemento propios de un análisis de mera legalidad en sede de la jurisdicción contencioso administrativa, que pasaba entonces, a partir de la jurisprudencia de los extintos tribunales constitucionales, se manejaba una línea jurisprudencial

quizás la única línea jurisprudencial que manejaban los extintos tribunales, que decía: aun cuando la ley y la constitución no lo preveían expresamente, que para que proceda una acción de amparo constitucional, tenían que cumplirse de manera unívoca y simultánea tres presupuestos, una con principio de autoridad pública ilegítimo que en vulneración de derechos subjetivos constitucionales generen un daño grave e inminente, esa era la consecuencia y decían como insisto unívoco y simultáneo, es decir, teníamos que pasar primero por el elemento de la legitimidad si el acto, era legítimo aun cuando vulnera derechos constitucionales que era el segundo presupuesto no procedía la garantía, entonces lejos de ser una garantía constitucional de derechos para proteger derechos se tornaba en un mecanismo de mera legalidad que protegía únicamente asunto de mera legalidad, es decir reemplazaba en cierta forma al recurso subjetivo de plena jurisdicción en sede contencioso administrativa, eso era lo que sucedía en cuanto al elemento de ilegitimidad, este elemento de acuerdo al artículo 88 de la Constitución vigente ha sido suprimido, no cabe hablar más de un acto ilegítimo con un presupuesto para acceder a una garantía jurisdiccional de derechos, menos aun para la Acción de Protección, la ilegitimidad por tanto no existe, ahora se habla de cualquier acto, que no se judicial obviamente en cuyo caso está la acción extraordinaria de protección que vulnera derechos constitucionales; ahí hay otro cambio, la acción de amparo constitucional que insisto no lo decía expresamente la Constitución del 98 en el artículo 95 y tampoco lo hacía la ley del control jurisdiccional la jurisprudencia de los extintos tribunales se encargaron de decir que el segundo presupuesto era la vulneración de derechos subjetivos constitucionales, si bien se decía en la Constitución que debía actuarse por apoderado, eso daba la impresión de que se estaba hablando de un derecho subjetivo o que había que demostrar la afectación del daño de la persona quien comparecía a la justicia constitucional, pero eso fue incompletamente ratificado y creado jurisprudencialmente a partir de la jurisprudencia de los extintos tribunales, que pasaba con eso, solo aquellos derechos civiles y políticos, aquellos derechos de libertad fueron objeto de la acción de amparo constitucional en gran medida, los demás derechos, aquellos de dimensiones de existencia colectiva fueron

excluidos de la garantía constitucional, como consecuencia de esto, como pedirle a un grupo colectivo, que demuestre a partir de un apoderado su comparecencia dentro de un proceso constitucional, ojo que ahí hay otro cambio, que pasa con la Constitución del 2008, la Acción de Protección ya no habla más teorías de derechos subjetivos constitucionales, pero eso desde la realidad constitucional, desde el punto de vista de la Constitución, trata vulneración de derechos constitucionales, luego tenemos principios de aplicación de derechos en el artículo 11 que son clarísimos, habla de que todos los derechos son justiciables, interdependientes, de igual jerarquía, lo que quiere decir que esa catalogación de jerarquías implícitas que generó la teoría del derecho subjetivo con la Constitución del 98, ha sido aparentemente abolida con la Constitución 2008, ya no existe entonces una serie de derechos que si son objeto de las garantías y otros que por sus condiciones de exigencia nada más ni por toda esta teoría atinente a los obstáculos por accesibilidad de los derechos sociales que no eran objeto de la acción de amparo, ahora insisto desde el punto de vista constitucional, la Acción de Protección procede con respecto a todo derecho constitucional, no respecto a derechos subjetivos, pero, ahí viene el primer tema a rescatar, aparentemente el problema desde el punto de vista estructural constitucional probativo ha sido superado, pero que está pasando, desde el punto de vista infraconstitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a veces da a parecer que se trata de la Constitución del 2008 encarnada en una ley infraconstitucional, porque, se vuelve a reconocer no solo para la Acción de Protección sino para todas las garantías jurisdiccionales dentro de las disposiciones comunes en el artículo 9 que nuevamente se necesita de un apoderado para poder comparecer a una garantía, cuando recordemos que las garantías de acuerdo al artículo 86 de la Constitución son completamente informales, tanto es así que ni siquiera necesita contar con un abogado para acceder a una garantía, como entonces la Ley, so pretexto de una regulación que desde el punto de vista de la técnica legislativa eso no es regulación sino restricción al acceso de la garantía, a los derechos en si, como pretendemos entonces hacer justiciables todos los derechos si tenemos una restricción como esa, lo que

logramos es nuevamente que reaparezca la teoría del derecho subjetivo constitucional y que sea un obstáculo claro para la justiciabilidad de los derechos sociales, nuevamente nos vamos a concentrar en los derechos de libertad y aquellos de dignidad humana que eran excluidos, eso es lo que está logrando la Ley de Garantías, el primer elemento que ya es muy grave en cuanto a la activación de las garantías que la Constitución insisto es clara pero que la Ley la contraviene expresamente, el otro elemento, la acción de amparo tenía un daño inminente, que pasaba con los que no eran inminentes, la jurisprudencia también, los extintos tribunales constitucionales e insisto, es en los casos en donde más se puede demostrar que si existían líneas jurisprudenciales, tal vez el único caso, pero existió, para mal para mal pero existió, era el único caso en que se mantenía coherencia en todas las resoluciones en los distintos tribunales en materia de amparo en apelación del tribunal constitucional en los que se decía que la inminencia se catalogaba en los tres meses más o menos desde la vulneración de los derechos, solo en ese tiempo se podía activar la garantía, no podía hacerse nada más, si es que uno comparecía, digamos al año ya no procedía, en que se constituía esto, en una grave restricción al acceso a una garantía jurisdiccional de derecho, por lo tanto en una vulneración al artículo 25.1 de la Convención Americana, es clarísimo no tenemos acceso a un recurso efectivo, eficaz dentro de la jurisdicción nacional que es algo precisamente que propende y es una obligación del estado cumplir con eso de conformidad con la Convención. Esta inminencia también fue eliminada en Acción de Protección, ya no existe un término, un plazo para acceder a una garantía, aspecto que si pasa con la acción extraordinaria de protección desde el punto de vista de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y es alejarnos un poco del tema pero es que la Acción Extraordinaria de Protección tiene mucha relación, hay que analizar que este tema de los días que se pone veinte días para activar la Acción Extraordinaria de Protección no puede ser manejado superficialmente, si tanto se critico a la acción de amparo constitucional por establecer un elemento de inminencia para acceder a una garantía como entonces reproducimos y disponemos veinte días para acceder a una Acción Extraordinaria de

Protección, son cosas que el hecho de establecer un tiempo no es nada sencillo, tiene que llevar consigo una serie de análisis, tomar una serie de elementos investigativos, no puede simplemente salir como una decisión suelta, para restringir el acceso a la garantía, es muy delicado, la técnica legislativa lo que propende es que la ley desarrolle, regule la Constitución no la restrinja, peor aún a los derechos y las garantías jurisdiccionales que tanto son la parte esencial del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, tenemos por otro lado, el daño grave también fue suprimido, daño grave que también decía el amparo que, el que tenía como una parte de su presupuestos la Acción de Protección lo eliminó, solo habla de daño grave cuando se trata de vulneraciones entre particulares, cuando existe el problema entre particulares, en este caso sí, tenemos entonces que desde el punto de vista constitucional, una es la realidad, es contra todo acto, no se habla de actos administrativos únicamente como si lo hizo nuevamente los extintos Tribunales Constitucionales con la acción de amparo; la Constitución del 98 decía en el artículo 95 que procede contra todo acto de autoridad pública eso decía la Constitución, pero que paso en la jurisprudencia se volvió a decir que no que el único acto que podía tener incidencia grave en la vulneración de derechos subjetivos constitucionales es decir en una persona particular natural en una persona muy identificada era un acto administrativo con efectos individuales directos de esa manera se dijo que solo con respecto a ese tipo de actos procedía la acción de amparo constitucional, todos los demás actos la administración pública no solo se pronuncia a través de actos administrativos con efectos individuales y directos tiene muchas otras manifestaciones pero todas esas manifestaciones quedaron excluidas ya no existía eso porque la jurisprudencia simplemente lo restringió otro tema que obviamente vulneraba directamente la Constitución. Tenemos este tema que también en la Constitución del 2008 con la Acción de Protección a cambiado también rotundamente partiendo del hecho y quizás el más trascendental que estamos ahora ante garantías de conocimiento la Acción de Protección es una garantía de conocimiento no es un garantía meramente cautelar como pasaba con la acción de amparo constitucional; tenemos aquí entonces que la Acción de

Protección puede analizar el fondo del asunto controvertido no es un potestad del juez debe hacerlo por qué? porque es la única forma de cumplir con el mandato del artículo 86 de reparar integralmente los derechos, esa es la reparación integral que por cierto tampoco existía en la Constitución del 98 ni siquiera estaba reconocida eso es gravísimo ahora se la reconoce pero hay que manejarla con cautela porque si hablamos de una garantía de conocimiento ampliamente reparatoria que permite la práctica de pruebas aspecto que no lo permitía la acción de amparo constitucional podríamos devenir en un proceso grave de ordinarización de la garantía, porque si antes ya había problemas con los recursos subjetivos o de plena jurisdicción y con el recuso de anulación respecto a la extinta inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos individuales que existían en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que ya no existe más y con respecto a la acción de amparo ahora el sistema se complica más si era cautelar en ese tiempo y la suspensión provisional o definitiva que acarrea la garantía cautelar como era la acción de amparo eso no quería decir que se dejaba sin efecto el acto que se revocaba ese era un aspecto propio de la concepción de los mecanismos de la justicia ordinaria pero ahora el juez constitucional según la Acción de Protección podría llegar al mismo efecto, porque se deja sin efecto el acto que vulnera derechos no se suspende provisionalmente ni se reenvía a la autoridad para que corrija y vulva a emitir el acto que ese era el efecto que se generaba con la suspensión provisional o definitiva del amparo no era una suspensión definitiva de que se dejó sin efecto era simplemente una denominación para diferenciarla de la suspensión provisional que se adoptaba en la primera providencia es decir cuando el juez encontraba que había una seria amenaza de vulneración de un derecho que no podía esperar a la sustanciación de la causa y que tenía que adoptarse ya aun cuando se continúe sustanciando, ahí tenemos otra distinción siendo una garantía cautelar el amparo constitucional la Acción de Protección no es cautelar es así que no procede contra la amenaza de vulneración de derechos, la garantía para la amenaza de vulneración de derechos es la medida cautelar autónoma del artículo 87 de la Constitución ahí está la extinta acción de amparo, se podría

decir pero la acción de Protección es completamente diferente tenemos así una garantía muy amplia que hay que manejarla con cuidado para que no se yuxtaponga a los recursos subjetivos o de plena jurisdicción o a los demás mecanismos de la justicia ordinaria porque el juez entra a analizar el fondo del asunto deja sin efecto un acto y como declara la vulneración de un derecho y como consecuencia de ello hace una reparación integral, material e inmaterial, si hablamos de reparación material obviamente puede haber tema de indemnizaciones, ya no limitándose al pago de haberes de causa-percibí que era el efecto propio de una garantía cautelar, ahora sí podría serlo porque no?, porque asusta esto? Yo me pregunto por qué asusta, si no tendría por qué asustarnos? Un derecho conculcado vulnerado, para reconstruirse podría ameritar que se cumpla con una reparación económica y eso no tiene por qué asustarnos, por otro lado, tenemos entonces que es tan amplia que por eso hay que manejarlo con cuidado y el centro de análisis siempre será la vulneración de derechos constitucionales, ese es el tema, de ahí tenemos que partir, del artículo 88, se parte la de ley garantías en otro intento restrictivo netamente, igual que paso con el artículo 9 en la legitimación activa, en el 40 numeral 3 y en el 42 numeral 4 vuelve a ser lo mismo, limita la Acción de Protección con respecto a actos administrativos en procedencia, entonces al contrario a lo que sucedió con la acción de amparo constitucional, ahora se dice que los actos administrativos antes eran solo con respecto a actos administrativos como dije, ahora se dice que la ley de Acción de Protección, no procede con respecto a actos administrativos que puedan ser impugnados por la vía judicial a menos que se demuestre que el mecanismo sea adecuado y eficaz, parecería muy interesante el tema, muy sencillo de manejar por parte de los jueces, pero estamos viendo que la realidad demuestra exactamente lo contrario, la garantía está siendo restringida por parte de los jueces constitucionales, el artículo 42 en la parte final incluso dice que debe argumentarse de manera sucinta y declararse la inadmisibilidad de la acción en la parte final del artículo aun cuando en la parte superior del artículo 42 se hable de improcedencia que no es lo mismo, como pretendemos este juez creador de derechos, juez protector, garante de los derechos y demás, si restringimos su accionar y le decimos que



en un acto de admisión inadmita presupuestos que tienen que ver con el fondo del asunto y no con la forma, si es un tema como estos; primer problema; estamos restringiendo al juez creador, estamos vulnerando el estado constitucional de derechos y justicia porque ese es uno de los efectos principales, el juez creador y las garantías de los derechos, luego tenemos que ese acto administrativo, tomando la postura de los extintos tribunales quien es el que más podría vulnerar derecho... Porque ahora se lo restringe? tal vez dicen no, es que es precisamente para evitar el choque con la jurisdicción contenciosa administrativa, pero bueno, ese problema ya fue subsanado en el artículo 42 cuando se habla de que no procede la garantía cuando se trate de temas de mera legalidad o de inconstitucionalidad, inconstitucionalidad por el control abstracto para diferenciarlo y legalidad por los mecanismos de justicia ordinaria, si nosotros decimos que un acto administrativo tiene que irse a la vía judicial, entonces habrá una decisión judicial respecto a este acto administrativo, lo que lógicamente hará imposible que pueda ser conocido vía Acción de Protección, porque no procede con respecto a actos o decisiones judiciales, no había entonces de acuerdo al artículo 42 actos administrativos objeto de la Acción de Protección según se dice, pero bueno, a menos que sea adecuado y eficaz, lo primero eso se trata de evitar que no se congestionen también las judicaturas, ahí hay que analizar un tema de proporcionalidad muy clara, estamos diciendo que esta medida lo que busca lograr es precisamente la tutela efectiva, trata de evitar que se lesione la seguridad jurídica para que no se superpongan las garantías, el principio de la interpretación sistemática de la Constitución y demás, que es muy razonable, pero que es lo que está pasando en este caso, en este caso la garantía eficaz adecuada, siempre vamos a poder demostrar como abogados, porque hay que demostrar y hay que tener conciencia de que los abogados saben por dónde hay que ir, eso no es algo que nos debe sorprender, los abogados lo que van a decir es bueno: es fácil yo lo demuestro, como no va a ser más adecuado y eficaz una garantía tutelar sumaria de conocimiento que permite la práctica de pruebas, que tiene reparación material e inmaterial que un mecanismo de la justicia ordinaria que me tomará cinco años a que se resuelva, es muy fácil acreditar eso, la Acción

de Protección es el mecanismo adecuado y eficaz, en eso no va a ver lío, va a ser muy fácil y el efecto contraproducente se genera, porque si nos están obligando a agotar mecanismos en la justicia ordinaria previa a acceder a la garantía constitucional lo que estamos diciendo que se agote el problema nuevamente en las judicaturas, entonces tendrá que agotarse ahí nuevamente y tendrán doble trabajo porque luego les tocara entonces llevar a cabo las garantías constitucionales, respecto a sus pronunciamientos, que tampoco es la idea porque no se trata de que la Acción de Protección se convierta en un asunto revisor de asuntos de mera legalidad, esa no es la idea, pues estamos hablando de que la acción de protección se pueda plantear solo cuando se agote la vía judicial y eso es lo que hace el 40.3 y 42.4 de la Ley de Garantías, se residualizó a la Acción de Protección, gravísimo, nadie va a poder acceder de manera rápida y los jueces tienen un mecanismo de escape para salir de la argumentación jurídica que tanto se propende en este Estado Constitucional, en un acto de admisión dirán no se agotaron las vías, simplemente y se acabo el problema en una hoja aun cuando haya vulneración de derechos constitucionales, dirán no, ahí había otro mecanismo lo siento, esa restricción no está en la constitución, por lo tanto en efecto es inconstitucional, no está desarrollando nada, los otros presupuestos sí.

Hay otro gran problema por ahí del último numeral del artículo 42 muy polémico con respecto a los actos electorales, de cuando acá los actos electorales están exentos de un control de constitucionalidad o de las garantías jurisdiccionales, que acaso los actos electorales no pueden vulnerar derechos de participación?, si mas bien en épocas electorales es donde más en peligro están este tipo de derechos, pero no, no se puede de conformidad a la Ley de Garantía, aspecto que no está tampoco en la Constitución, procede directamente contra la vulneración de derechos constitucionales, es un mecanismo directo, no estamos hablando de garantía residual, ni el amparo fue residual, el amparo con la modificación de 97 se eliminó el elemento de la irreparabilidad del daño, con lo que se quería decir que no es necesario justificar que es irreparable que afuera ya no pude reparar y ahora si vengo, eso fue

incluso eliminado con una constitución que tanto se ha catalogado como restrictiva legalista, como entonces en un Estado Constitucional de Derechos con todo lo que aquello involucra, tenemos una residualidad de la garantía principal, podría decirse de la protección de derechos constitucionales, se residualizó, se ordinaliza la garantía porque estamos convirtiéndola en un asunto, en una garantía que está protegiendo más aspectos de mera legalidad, eso en cuanto a los principales elementos que se puede identificar, los demás presupuestos de procedencia me parece que si desarrollan la Constitución, que no tendrían problema en el artículo 42, pero este en particular el 42.4, el 40.3 y el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de hecho, son y abiertamente a partir de una interpretación conforme a la Constitución abiertamente inconstitucionales, eso principalmente, esos serían los cambios trascendentales en breves comentarios, claro que es un estudio mucho más detallado, pero a breves rasgos estas son algunas de las diferencias trascendentales, es una es la realidad constitucional, otra cosa ha pasado con la Ley de Garantías y otra cosa está pasando con la jurisprudencia, son tres fuentes del derecho, porque hay otro aspecto de la jurisprudencia es una nueva fuente del derecho que ahora si se le a dado el valor que merece, tan importante como la Ley, no es Ley, pero es tan importante como la Ley en la creación de derecho objetivo, es la dimensión sociológica del derecho, aquella dimensión tan importante que siempre ha sido desconocida y que es el derecho vivo, pero no podemos pretender que haya un juez creador de derecho y que haya una jurisprudencia como fuente de derecho si tenemos una ley que cercena toda la actividad jurisdiccional, que cercena la argumentación jurídica y que no permita actuar al juez, como vamos a decir nosotros entonces que el juez proteja derechos si la Ley se encarga de decir no proteja en un acto de admisión, soluciona el problema y así se salva del problema, no hay nada más que hacer, entonces todas esas contradicciones, todo esto que el Estado Constitucional propende desde el punto de vista constitucional, tiene que ser aplicado por parte de los jueces constitucionales, si la aplicación de la ley lleva a consecuencias injustas habría que tomar a consideración que esa ley no podría ser aplicable porque lesiona el contenido axiológico de la Constitución o

derechos constitucionales, principio esencial del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Quito 15 de noviembre de 2010

## **SEGUNDA ENTREVISTA**

**La Acción de Protección como una garantía jurisdiccional profundamente distinta y amplia en la realidad ecuatoriana y las reformas que se deberían realizar para que esta acción cumpla con su fin.**

Dr. Cristian Masapanta:

La Acción de Protección, al igual que el resto de garantías jurisdiccionales tiene una naturaleza inminentemente, se podría decir precautelatoria de los derechos constitucionales, al ser una garantía obviamente es una importante herramienta que permite a la ciudadanía hacer efectivo un importante derecho como es el derecho a la tutela judicial efectiva, a través de ese derecho se permite accionar al aparato judicial y específicamente a los jueces bajo esta nueva concepción de Estado Constitucional de Derechos y Justicia como los primeros garantes de los derechos constitucionales de las personas, precisamente en este cambio de percepción asumido con el Estado Constitucional de Derechos y Justicia lo que se busca es un cambio de percepción del legislador quien a través de la ley trataba de tutelar los derechos constitucionales, hacía la figura del juez que se encarga a su vez ahora de tutelarlos, obviamente este cambio de percepción si bien es cierto no podría

distar mucho de la percepción del antiguo amparo constitucional, recordemos que tanto el amparo como la actual Acción de Protección está guiada o está orientada hacia los jueces, sin embargo dentro de la naturaleza de esta garantía jurisdiccional, lo que se busca es ampliar el ámbito de acción de la Acción de Protección, tanto es así que si nosotros observamos la Constitución de la República nos vamos a dar cuenta que la Acción de Protección abarca un ámbito de acción muchísimo más amplio en relación al amparo, el amparo bajo la percepción de la Constitución de 1998 era concebido solamente como una medida, como un recurso tendiente a la protección de derechos en el ámbito administrativo, bajo la percepción de la Constitución del 2008, se trata de dar un dinamismo a aquello, es decir: no solamente que se solventen, se tutelen derechos en el ámbito administrativista, lo que mediante la Acción de Protección se busca que todos los derechos sean protegidos por parte de los operadores judiciales, a más de eso una importante herramienta que también se incorpora con la Acción de Protección es que ya no son solamente respecto a los daños que pueden ocasionar las instituciones públicas que también está dirigida hacia particulares ya que la vulneración de derechos no siempre están dados a través de un ente jurídico sino que también direccionado hacia los particulares además esta como una garantía jurisdiccional también es factible y permite la interposición de medidas como medidas cautelares, situación que no era percibida bajo la figura del amparo constitucional propio de la Constitución de 1998 en cuanto a la aplicabilidad de esta acción de amparo constitucional podemos mencionar que debido a la poca difusión o a la falta de cultura constitucional muchas veces esta medida tiende a relativizarse por parte de los mismos operadores judiciales y que quiero decir con aquello que los operadores judiciales no tienden a diferenciar lo que es una acción constitucional de lo que es una acción evidentemente ordinaria en virtud de aquello la mayoría de operadores judiciales, y lo digo porque he tenido la posibilidad de ser docente en la escuela judicial del Concejo de la Judicatura, confunden y se amparan en el principio de subsidiariedad para negar acciones de amparo constitucional; bajo ese criterio ellos asumen que cualquier solicitud o demanda de Acción de Protección si se relaciona con una materia con una

materia específica del derecho civil, penal, laboral, tránsito, inquilinato asumen que deben ser resueltas por esa jurisdicción ordinaria y por lo tanto están mal entendiendo y confundiendo el principio de subsidiariedad en virtud de aquello asumen estos autores judiciales que debe tutelarse ese derecho pero direccionándolo hacia el ámbito ordinario, por ejemplo dicen que se vulnera un derecho dentro de un juicio laboral, pero dicen no, como existen los jueces laborales que vayan a la jurisdicción ordinaria para que se tutele el derecho, lo que ellos no se dan cuenta es que dentro ese mismo proceso y pueden existir vulneraciones constitucionales por ejemplo el debido proceso, nosotros no tenemos unos jueces de debido proceso; el debido proceso es el axioma madre en el cual están inmersos todos los procesos independientemente de las materias; por lo tanto desde ese punto de vista vemos como se debe cambiar la visión o la percepción de los operadores judiciales y vemos como es muy importante la percepción de la Acción de Protección como una acción directamente protectora de derechos constitucionales en el sentido general y no solamente de derechos fundamentales como lo percibía o lo determinaba la Constitución de 1998. Además la Constitución de 1998 establecía como requisitos para que proceda el recurso de amparo se haya mostrado el daño grave inminente bajo la percepción de la propia Constitución y de la Acción de Protección de derechos lo que se busca no solamente que se demuestre el daño grave inminente sino también posibles daños que podría ocasionarse porque muchas veces el daño no es inminente y no es claro eso no obsta de que se estén vulnerando derechos constitucionales, es decir mediante esta acción se trata de tutelar muchísimos más derechos, esa es una falencia por ejemplo dentro de la percepción de los operadores judiciales quienes tienden a llevar adelante esta Acción de Protección pero también existe un desconocimiento por parte del público en general de los profesionales del derecho quienes interponen estas medidas como son la Acción de Protección de derechos, muchas ocasiones en igual sentido tienden a confundir y procesos que ameritan o merecen una tramitación mediante la jurisdicción ordinaria son confundidos y pretenden constitucionalizarlos bajo obviamente premisas y derechos en sentido general y abstracto. Si hacemos una

diferenciación, una división en cuanto a la normativa constitucional nos vamos a encontrar que las normas que integran la Constitución de la República se dividen en valores, principios, y reglas es decir no todas las disposiciones o la actuada normativa constitucional constan de una jerarquía se podría decir o se puede ser percibida o interpretada en igual sentido, bajo esa percepción muchas de las demandas por ejemplo por Acción de Protección de derechos que presentan los abogados las hacen en un sentido muy abstracto y general es decir presentan demandas de Acciones de Protección pero encasilladas a que se tutelen valores en sentido general y abstracto, que quiero decir con aquello, por ejemplo presentan Acciones de Protección señalando que se ha vulnerado su derecho a la seguridad jurídica, cuando ese es un valor general que a su vez comporta una serie de derechos y una serie de derechos constitucionales, hablemos de derecho a la defensa, de debido proceso, tutela judicial efectiva, etc. todos ellos van a conformar una amalgama para que se tutele precisamente este valor general que es la seguridad jurídica en aquel sentido obviamente la mayoría de jueces al no concretizar aquello a través de hechos fácticos y de disposiciones concretas lo que tienden es a negar esta Acción de Protección es una gran falencia porque se está desperdiciando una importantísima herramienta con la que cuenta la ciudadanía para hacer valer sus derechos, por lo tanto la negligencia y el desconocimiento no solo de los operadores judiciales que obviamente no realizan una aplicación se podría decir adecuada correcta e idónea de lo que es la Acción de Protección o también de sus principales ejecutores como son la ciudadanía a través de sus abogados en libre ejercicio profesional quienes plantean estas demandas en el sentido demasiado general y demasiado abstracto es por eso que la gran mayoría de Acciones de Protección tienden a ser rechazadas bajo el criterio del principio de subsidiaridad. Otra gran falencia que se denota para hacer efectiva plenamente esta acción de protección de derechos podríamos encontrarlas en la legitimación activa. Nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de cierta manera restringe este ámbito exclusivamente a las personas quienes han sido objeto del daño o la violación o presunta vulneración del derecho, obviamente esta es una disposición bastante

restrictiva ya que se deja de lado otras personas o terceros interesados o a su vez terceras personas que también puedan reclamar respecto a los derechos de otros sujeto o de otra persona o de otra colectividad que pudo haber sido objeto de vulneración de derechos constitucionales; es algo que debería igual determinarse y en alguna manera y declararse en una inconstitucionalidad por lo menos parcial de esta disposición normativa.

En cuanto a cómo se puede aplicar y que mejoras se podría dar a esta Acción de Protección de derechos, como su naturaleza lo menciona es una institución netamente garantista como hacerle efectiva pues la manera más idónea para hacerla efectiva a cualquier tipo de garantía jurisdiccional es: primero a través de la difusión es decir que se haga conocer en sentido general a toda la ciudadanía, lastimosamente dentro de la cultura constitucional ecuatoriana todavía el judicializar derechos constitucionales se ha convertido en algo desconocido no solamente para la ciudadanía sino también para los abogados en libre ejercicio profesional, eso se debe y se evidencia claramente en el poco conocimiento que tienen respecto a estas acciones; nosotros realizamos un sondeo en la ciudadanía respecto a los mecanismos judiciales por los cuales puede hacer valer sus derechos constitucionales, nos vamos a dar cuenta que prácticamente un porcentaje muy bajo va a tener conocimientos, va a saber que cuenta con una acción de protección de derechos y si nos vamos al otro ámbito, al ámbito del profesional nos vamos a dar cuenta que muchos de los abogados, mantienen y confunden aún lo que era el amparo constitucional con lo que es la actual Acción de Protección de Derechos, obviamente con eso nos denota como existe todavía un desconocimiento y una carencia de cultura constitucional dentro del ámbito ecuatoriano y si eso lo proyectamos en un sentido mayor en el ámbito jurisdiccional nos vamos a dar cuenta que los jueces aquí de la mayoría de las provincias del país, todavía no hacen esa diferenciación, es decir ellos no conocen precisamente la naturaleza tutelar que tiene esta Acción de Protección de Derechos continúan manejando desde un término administrativista, lo que es la actual Acción de Protección equiparándolo con el anterior amparo



constitucional, a más de eso también se revela el desconocimiento que tienen los operadores judiciales aquí, en cuanto al tema de la interpretación, a la utilización de métodos y reglas de interpretación constitucional, un análisis que se ha realizado por ejemplo dentro de la provincia de Imbabura, en donde soy director de dos tesis de abogacía, se nota claramente que la mayoría de los jueces de esa provincia desconocen completamente los métodos de interpretación constitucional y absolutamente ninguno de ellos aplica las disposiciones o los métodos contenidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no saben lo que es una ponderación de derechos, no saben lo que es por ejemplo aplicar un test de razonabilidad o proporcionalidad, únicamente siguen anclados bajo la temática de lo que era la simple subsunción o a su vez aplican los métodos tradicionales interpretación de Federico Gonzales, es decir gramatical, lógico, teleológico, sistemático, etc. Esto obviamente nos demuestra que la cultura constitucional ecuatoriana, muestra todavía unos visos de cierta manera de resistencia dentro de la población y también dentro de los operadores judiciales.

Ahora una importante herramienta para viabilizar y permitir que se haga más efectiva esta Acción de Protección de Derechos, la va a cimentar la Corte Constitucional a través de los procesos de revisión ya emita jurisprudencia que sea norma obligatoria y vinculante para los jueces de primera instancia, obviamente a través de un marco como es estas sentencias emitidas por la Corte Constitucional a través de los procesos de revisión, ya tendrán una guía para saber cómo actuar respecto a los casos concretos y siendo los jueces quienes tienen el mayor papel, un rol importantísimo dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia se abriga la esperanza de que ellos algún día, puedan aplicar correctamente la Constitución y su interpretación integral del texto constitucional y como no de hoy en adelante la acometida principal que persigue la Constitución del Ecuador, la cual es el respeto de los derechos que les instan a las personas y el respeto de las normas y las garantías del debido proceso.

Quito 16 de noviembre de 2010

## TERCERA ENTREVISTA

**La Acción de Protección como una garantía jurisdiccional profundamente distinta y amplia en la realidad ecuatoriana y las reformas que se deberían realizar para que esta acción cumpla con su fin.**

Dr. Joel Escudero:

La pregunta tiene varios tópicos primero hay que tratar de responderlo en el contexto amplio y si es que verdaderamente la garantía implica una transformación dentro del sistema de justicia, en primer lugar tenemos que observar dos lecturas la primera es desde la constitución. La constitución verdaderamente reconoce la garantía jurisdiccional, la acción de protección en forma amplia es decir de todos los derechos que se encuentran reconocidos por el constituyente sin ningún tipo de discriminación de los derechos ni jerarquías entre ellos la garantía es válida para efectivizar materialmente la constitución es decir reviste al ciudadano del poder frente a la arbitrariedad del sector público o de los particulares ahora la garantía de alguna manera es desmontada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales; en primer lugar en el artículo 9 se encuentra la legitimación activa que para activar la acción de protección requiere de un representante o un apoderado dejando sin sentido todos los derechos sociales o difusos que podrían ser ejercidos por cualquier ciudadano en general este tipo de restricciones también afectan la voluntad del *sumak kawsay* expresada por el constituyente de todos los derechos de la naturaleza esta es la primera limitación que franqueablemente desmonta el sistema constitucional vigente. En el segundo momento vemos que existen muchas restricciones debido a lo reconocido por el legislador en el artículo 42 no todo el que pretende garantizar los derechos podría acceder al sistema de justicia es decir que aquí le da la potestad al juez que pueda a su juicio calificar si el acto es o no constitucional. Debido a la cultura jurídica esta

situación en manos de los jueces terminan por deslegitimar la voluntad del constituyente y de la amplitud de la garantía. Entonces debemos tomar en cuenta que lo que tenemos desde la constitución a la ley y los jueces va siendo como un embudo que es muy amplio al inicio en la constitución y termina siendo muy restringido a la hora en que los ciudadanos pueden ejercitar sus derechos. Que cambios requiere que es la tercera parte de la pregunta, en primer lugar sería reconocer o demandar las inconstitucionalidades por parte de los ciudadanos ante la Corte Constitucional respecto al artículo 9, así como los filtros excesivos del artículo 42 a fin de mantener la voluntad del constituyente en la ley y el otro trabajo más intenso básicamente se trata de cultura jurídica es decir incorporarse nuevos saberes constitucionales en la práctica judicial, transformar la mentalidad de legalidad apoyada por una lógica restrictiva y deductiva invariable por una lógica más amplia a un juez activista y un juez reflexivo que entienda que los principios están sobre las reglas. En ese sentido el trabajo es de todos así como también una intensiva comunicación de los derechos en a favor de las personas para que estos puedan hacer valer estos derechos ante el sistema judicial y frente a la arbitrariedad del poder.

Eso sería todo.

Quito, 16 de noviembre de 2010

## CUARTA ENTREVISTA

**La Acción de Protección como una garantía jurisdiccional profundamente distinta y amplia en la realidad ecuatoriana y las reformas que se deberían realizar para que esta acción cumpla con su fin.**

Dr. Sebastián López Hidalgo:

Me parece que efectivamente la actual constitución a ampliado la garantía tratándose en la Acción de protección en relación a lo que era la acción de amparo constitucional anterior se han eliminado ciertos requisitos como la eminencia del daño o la gravedad del mismo pues se entiende que la solo violación a un derecho fundamental ocasiona un daño grave lo cual ha ampliado de alguna manera la garantía hoy prevista en la Constitución de la República más aun cuando la misma procedente inclusive en contra de políticas públicas y se ha ampliado los presupuestos de procedibilidad de la acción respecto de los particulares. Las garantías como instrumentos que hacen efectiva la aplicación de los derechos me parece que son garantías necesarias dentro del ordenamiento jurídico sin embargo lo que se debe evitar eso si es un abuso indiscriminado de las mismas, ello no quiere decir que tengamos que negar una necesaria vigencia y aplicación de las garantías jurisdiccionales en garantía de los derechos, pues efectivamente para ella han sido creadas, para evitar los abusos y las arbitrariedades del poder público sin embargo como podemos ver aun se mantienen ciertas restricciones que de una u otra manera estarían haciendo o convirtiendo en subsidiaria la Acción de Protección cuando se exige el agotamiento o la demostración de que la vía judicial ordinaria no es adecuada o eficaz lo cual sería una restricción repito a una garantía que tiene aplicación directa y eficaz en tutela de los derechos fundamentales; de suerte que existen ciertas que deberían revisarse pero en términos generales es propicio y efectivo que el ordenamiento jurídico cuente

con una garantía efectiva, rápida y sencilla tal como lo prevee inclusive el orden jurídico internacional en el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Quito, 17 de noviembre de 2010

## **QUINTA ENTREVISTA**

**La Acción de Protección como una garantía jurisdiccional profundamente distinta y amplia en la realidad ecuatoriana y las reformas que se deberían realizar para que esta acción cumpla con su fin.**

Dr. Jorge Benavides:

Bueno básicamente la Acción de Amparo Constitucional contenida en la Constitución de 1998 tenía unas particularidades claras frente a ser una medida de carácter cautelar hoy en día la Acción de Protección consagrada en el artículo 88 de la Constitución de la República le da una característica muy amplia en el sentido de que puede entrar a conocer el asunto como tal y la Acción de Protección termina con la reparación integral del daño causado cuando a habido un derecho constitucional lesionado en tal virtud las características de la Acción de Protección es que es una amplia garantía incluso en que el sentido de que la interposición es por cualquier persona el amparo de 1998 era el afectado contra un derecho fundamental propio o en el caso de interponerlo a través de la agencia oficiosa que se ratificaba en el lapso de tres días, decía la Ley de Garantías Constitucionales de 1997 un año anterior a lo que había salido incluso la Constitución del 1998 con el tema del Amparo. Respecto a las reformas que se pueden hacer considero que lo

establecido en el artículo 40 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es abiertamente contrario al espíritu del constituyente de conseguir con la Acción de Protección una Acción de Amparo directo y eficaz contra acción u omisión de autoridad pública e inclusive de particular otra diferencia la del 98; El Amparo la contra particular es que solo en el caso en el que estén dando servicios a nombre del estado ahora incluso es contra un particular pero no solo con motivo de la concesión de un servicio público, de construcción de una obra pública sino que incluso cuando el sub ordinado o la persona que se le violenta su derecho este en condición de sub ordenación frente a un particular entonces es mas amplio, en lo que decía porque no esta bien el artículo 40 numeral 3 esta residualizando la garantía; que quiere decir la residualización es que tiene que agotarse las vías previas para acceder a la justicia constitucional lo que a mi criterio es abiertamente contrario al artículo 88 de la constitución que consagra la acción de protección y también en la ley orgánica hay otra disposición en artículo 42 numeral 4 que establece igual una suerte de residualización para la cuestión atinente a los actos administrativos entonces se dice que se puede activar la Acción de Protección siempre y cuando no exista un reclamo en la vía judicial, ahora la pregunta es ¿Todos los derechos tienen una suerte de garantía en el ordenamiento jurídico? entonces se estaría residualizando y obligando incluso al afectado en un derecho constitucional que justifique la ineficacia de la vía en la justicia ordinaria con lo que en caso de existir una violación a un derecho constitucional incluso se agravaría las circunstancias por no poder acceder a la justicia constitucional de manera directa y pronta para resarcir un derecho violado.

Quito 19 de noviembre de 2010

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La Acción de Protección en la Realidad Ecuatoriana; resultado de la investigación y propuesta académica.

La Acción de Protección es una de las paradojas que se enmarcan en este nuevo cambio en el desarrollo de las garantías establecidas en la Constitución de 2008.

El avance en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional, pero también la introducción de disposiciones fuertemente restrictivas de derechos y garantías.

1.- Específicamente en el Ecuador la Acción de Protección y respecto con la mencionada ley que regula la Acción de Protección es la residualización.

Entendiéndose por residualización a que la Acción de Protección solo puede ejercerse ante los jueces al no existir otras acciones legales alternativas.

El Amparo en la Constitución de 1998 era autónomo, se podía ejercer con independencia de que para un caso existieran posibilidades procesales alternativas; en la Constitución de 2008 se mantiene ese carácter autónomo de la Acción de Protección ya que no incluye restricciones o requisitos a acciones legales alternativas, el artículo 88 de la constitución busca una protección directa y eficaz de los derechos constitucionales.

La Constitución busca un amparo directo, eliminando todo formalismo para que la justicia proteja inmediatamente el derecho, la relación entre la garantía y derecho es inmediata, justamente para ser eficaz aunque tal eficacia no se agote en la inmediatez de la acción. La garantía debe operar de manera efectiva con urgencia, para lo que no puede interponerse ni exigirse ninguna

acción procesal adicional entre tal derecho constitucional y la Acción de Protección.

**2.-** La incorporación en La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional de la Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Es considerar que la argumentación para negar la Acción de Protección sobre la base de que existen otro mecanismo de defensa adecuado y eficaz; y eso de eficaz estaría por probarse; no permite la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos en el marco de una Constitución más garantista no se puede permitir que disminuya el campo de protección de los derechos al utilizar ampliamente este requisito lo que concluye como consecuencia que la carga de trabajo para ellos disminuye en desmedro de la protección de derechos constitucionales.

**3.-** Las Acciones de Protección si se considera una carga de trabajo que debe ser despachada con la celeridad y eficacia del caso, y donde el juez deberá enfrentarse al choque de derechos o principios constitucionales es muy delicado por lo que, una salida rápida es aplicar en su amplio espectro la restricción de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional.

Para abordar el tema de la excesiva carga de trabajo en los jueces, hay que comprender la deficiente administración de justicia, que con un Constitución más garantista, se torna en el engranaje que no funciona dentro del sistema; pero todo esto no hay que cargarle la culpa a la Acción de Protección sino a un Consejo de la Judicatura.

La práctica del derecho en el Ecuador por otra parte, se aferra a una cultura constitucional formalista y legalista con lo que los derechos constitucionales son sacrificados a formalidades sustanciales y las



formalidades sustanciales que protegen derechos constitucionales son inobservadas.

Como resultado de la investigación denota que los parámetros de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional no guardan conformidad con los establecidos en el artículo 88 de la Constitución en cuanto a la Acción de Protección. Con lo que saldrán a la luz las conclusiones de la Acción de Protección en la realidad Ecuatoriana.

**4.-** La Improcedencia de la acción; La Acción de Protección de derechos no procede cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.

No incorpora una restricción al incorporar un presupuesto de procedibilidad, por el contrario desarrolla la visión del juez constitucional, debiendo ante la activación de una Acción de Protección, el juez debe constatar que el derecho acusado de violación reúne las características presupuestas de un derecho constitucional, dado esto será procedente la acción, de lo contrario el juez que determine que el derecho acusado de violación es de naturaleza patrimonial o real, dejará a salvo los derechos de los accionantes e indicará que es la vía ordinaria la que a de satisfacer su pretensión. La problemática entorno a esta restricción será contribuida ampliamente cuando la Corte Constitucional se pronuncie en cuanto a la selección de jurisprudencia de una regulación de esta naturaleza, contribuye al juez constitucional como activista y creador de derecho.

**5.-** El filtro en el caso de que cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que tales actos se deriven daños susceptibles de reparación, es regulatorio guardando conformidad con el artículo 88 de la Constitución de la República ya que no producirá efectos ya que el acto ha sido extinguido o revocado sin producir afectación a un derecho constitucional.

6.- Es claro que cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. Esto quiere decir a temas de mera legalidad que no conllevan a vulneración de derechos constitucionales, los mecanismos adecuados son los que competen a la justicia ordinaria.

Prevé que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

El nuevo rol del juez constitucional es compatible con este presupuesto de un filtro de fondo que involucramiento del juez constitucional en el proceso.

7.- Con respecto a que cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz

El artículo 88 de la Constitución hace referencia plena a los actos u omisiones de cualquier autoridad pública que no sea judicial, la ley la reduce a tan solo una de las categorías, el acto administrativo. Se amplía el ámbito de protección de la garantía en la Constitución, descartando la necesidad de acreditar violaciones de derechos subjetivos; sin concordar con la improcedencia de la acción contra actos administrativos que puedan ser impugnados en la vía judicial.

Quedando que para la vulneración a derechos constitucionales que emanen de un acto administrativo, el accionante sea el que tiene que demostrar que no existe otra vía judicial para la protección de su derecho.

Esto generará que los jueces constitucionales podrían inadmitir una Acción de Protección cuando a pesar de existir vulneración a derechos constitucionales, no se logre demostrar el agotamiento de tales vías; llegando a

que el aparato judicial sea testigo de la vulneración a derechos constitucionales, tornándose en cómplice.

No se puede pedir que el afectado primero demuestre que las vías ordinarias no son adecuadas o eficientes, en desmedro de la protección al derecho constitucional afectado y el derecho podría ser destruido totalmente.

Además como calificar si la vía ordinaria no es la adecuada o no es eficaz se tornará, en descubrir para el juez constitucional bajo que parámetros siendo subjetivo y discrecional.

Como conclusión la improcedencia de la Acción de Protección no regula sino restringe el contenido de la Acción de Protección.

Llegando a ser un filtro de forma, incrementando el que hacer de un juez mecánico, sin permitir que este se sumerja en el análisis de los derechos constitucionales vulnerados, a pesar de que pudiere existir afectación, la inadmisión de la acción será la tónica por la falta de agotamiento de otros medios judiciales.

**8.-** Con respecto a que cuando la pretensión de un accionante sea la declaratoria de un derecho. Conlleva a que la labor del juez constitucional se limita a declarar y reparar vulneraciones a derecho constitucionales; que no es lo mismo que declarar un derecho constitucional; ya que estos se encuentran ya declarados en la Constitución y son universales.

**9.-** Y finalmente considerar que existe un filtro incorporado por el legislador en la Acción de Protección que, cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

Se debe considera y someterse a los lineamientos previstos en la Constitución de la República como toda autoridad, función, ley o acto. Por lo que es posible que desde el punto de vista constitucional, una decisión u omisión proveniente del Consejo Nacional Electoral o del Tribunal Contencioso Electoral pueden generar afectación a derechos constitucionales.

En conclusión no existe forma de acceder a una garantía de derechos constitucionales, cuando la vulneración provenga de una decisión de la Función Electoral, a menos que no sea posible impugnarla ante el Tribunal Contencioso Electoral.

Con lo que se consolida el carácter de residual de la Acción de Protección.

**10.-** En conclusión la restricción en el ejercicio de la Acción de Protección debe asumir sus consecuencias y el análisis de si esta es la más adecuada para los interés comunes deberá ser desechada con los casos que indicamos en estas conclusiones que se derivan de la serie de restricciones que contiene en el aspecto específico de la Acción de Protección la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional.

Ya que se limita a una constatación de requisitos o presupuestos legales de admisibilidad y pasando a segundo plano la vulneración de derechos constitucionales.

Esto se agrava por el hecho de que la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional atribuyen a la Corte Provinciales la competencia para el conocimiento de apelaciones de las Acciones de Protección.

El objetivo de esto era que los ciudadanos se acercaran a los jueces constitucionales ya que se concentraba en Quito y Guayaquil las apelaciones y

el resto del país el número era mucho menor por los problemas del costo y la dificultad de acceso.

Pero por las restricciones establecidas inconstitucionalmente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional y la cultura legalista y formalista prevaleciente desprotege a los derechos constitucionales por lo que las cortes provinciales están negando las apelaciones.

**11.-** La propuesta académica va encaminada en la reforma de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional por los motivos expuestos anteriormente y hacer efectiva la técnica de interpretación inherente al paradigma del Estado Constitucional, como debe ser, de doble vía y no solo a ser aplicado por los órganos jurisdiccionales, sino principalmente por el legislador, procurando incorporar un medio idóneo de filtros a la Acción de Protección, que debe ser meramente regulativo y jamás restrictivo, implementando filtros que sean constitucionalmente válidos, proporcionales y compatibles con la nueva realidad constitucional; para que la Acción de Protección sea desarrollada sin afectar a la naturaleza de la misma y más aun la voluntad del pueblo plasmada en el compendio integro de la Carta Magna.

Las soluciones de filtros en la Acción de Protección deben incentivar al juez a inmiscuirse en el problema y con el uso de una adecuada argumentación jurídica con métodos de interpretación constitucionales si procede o no las Acciones que llegan a su conocimiento; permitiéndole crear derecho y no solo cumplir con las reglas residuales y darle más espacio para que puede argumentar.

La exigencia a la Corte Constitucional para el periodo de transición que inicie el proceso de selección de acciones de protección que pudieran llevar a su revisión y a sentar jurisprudencia obligatoria que orientaría el análisis de los jueces constitucionales.

El cambio de paradigma al Estado Constitucional de Derechos y Justicia no es sólo el simple cambio normativo, es el encaminarnos en un cambio hacia los derechos y hacia el derecho; en donde todos los operadores de justicia y profesionales del derecho se enmarquen en dejar el peso de un sistema civilista de una administración de justicia excluyente, lenta y formalista.

Dando paso al empoderamiento de los derechos fundamentales por parte de la sociedad, que no permite arbitrariedad haciendo un control del que hacer estatal, que exige respeto, concedora de las herramientas de la Constitución como la Acción de Protección luchando por su efectivo cumplimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY Pedro, STRECK Lenio Luiz, ALCALÁ Nogueira Humberto, CEPEDA Espinosa Manuel, VILLALOBOS José Miguel, LANDETA Ramírez Belén, La protección Constitucional del ciudadano. Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela, CIEDLA (Centro de interdisciplinario de estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano), 2008.
- ARDILA Amaya, Edgar, *Pluralismo Jurídico y Alternabilidad Judicial*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá Colombia, 2002.
- ALCHOURRÓN Carlos E. - BULYGIN Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.
- AVELLAN Marina, "La teoría general del garantismo", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2005.
- BADENI Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional TOMO II, ediciones actualizada y ampliada, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 2006.
- BELLO Tabares Humberto, Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales, segunda edición primera reimpresión Ediciones Paredes, Caracas – Venezuela 2009.
- BOAVENTURA de Sousa Santos, Sociología Jurídica Crítica, Editorial Trotta, S.A., Bogotá Colombia, 2009.
- BONILLA, Daniel, *Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico*, Universidad de los Andes, Bogotá Colombia.
- BORJA Emiliano y otros, Constitución y Pluralismo Jurídico, Corporación Editora Nacional, Quito Ecuador, 2004.
- CARBONELL Miguel (Coordinador), El principio de proporcionalidad en el Estado de Constitucional, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Colombia, 2007.

- CARRASCO Durán Manuel, Los procesos para la Tutela Judicial de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, primera edición, Madrid – España 2002.
- CEPEDA Manuel José, MONTEALEGRE Eduardo, ALEXEI Julio, Teoría Constitucional y Política Públicas. Bases críticas para una discusión, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Colombia 2007.
- Constitución Política de la República del Ecuador 2008, promulgada el 20 de octubre de 2008, en el Registro Oficial No.449
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES “CEP”, HOLGUIN Juan, TROYA Mauricio, DUEÑAS José, CISNEROS Carlos, primera edición, TOMO I Y TOMO II, 2007.
- COUTURE Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ta. Edición. Edit. B de F. Montevideo. 2002.
- ESGUERRA Portocarrero Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano, Legis Editoriales S. A. primera edición, 2004.
- FERRAJOLI L. *Derechos y Garantías, La Ley del más Débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999,
- FERRAJOLI L. El Derecho como sistema de garantías, En: *Revista Jueces para la Democracia No. 16 – 17*, Madrid 1992
- FIORAVANTI M. *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid 1998.
- GONZÁLEZ PERÉZ Jesús, El Derecho Jurisdiccional, tercera edición, Civita Ediciones, S.L. Madrid – España 2001.
- GARCÍA Canclini, Nestor, *Fiferentes, Desiguales y Desconectados*, Gedisa Editorial, Buenos Aires Argentina, 2004.
- GARCÍA Falconí José, La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución Política del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2008.
- GRONDONA Mariano, La reglamentación de los Derechos Constitucionales. Teoría del orden de derechos, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1996.



- HERNÁNDEZ Terán Miguel, La Tutela Judicial Efectiva como Instrumento esencial de la Democracia, Universidad Santiago de Guayaquil, Guayaquil Ecuador.
- Flacso Andes: Nueva constitución nueva seguridad. URL: <http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/957/1/04.%20Nueva%20Constituci%C3%B3n.%20Nueva%20seguridad.%20Juan%20Pablo%20Aguilar.pdf>
- LEÓN Olivé, Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho, Relaciones Interculturales y Justicia Social: Una fundamentación Pluralista, Editora Castro Lucic, Milka, Chile.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, promulgada el 22 de Octubre del 2009, en el Registro Oficial Nro. 52.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Fundación Konrad Adenauer – Stiftung, Quito – Ecuador 1999.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, El futuro de la Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España 2007.
- YUNES Moreno Diego, Derecho Constitucional Colombiano, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, quinta edición, Colombia 2004.
- WILHELMI Marco Aparicio, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, Serie “Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva” Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, Quito, Octubre del 2008.
- ROBLES Gregorio, Introducción a la Teoría del Derecho, Ed. Debate, Madrid, 1988.
- RUBIO Llórente, "La jurisdicción Constitucional como forma de creación del Derecho" REDC, Nro. 22, Cita de Humberto A. Sierra Porto, Sentencia de Inconstitucionalidad, Universidad Externado de Colombia. 1988.
- VERNENGO Roberto J., La interpretación literal de la ley, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.