



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN A PARTIR DE
LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR DEL 2008 Y SUS
PRINCIPALES FORTALEZAS Y DEBILIDADES”**

Tesis previa a la obtención
del Título de Abogada.

AUTORA
MARCELA RAQUEL CHÁVEZ MORENO

DIRECTOR DE TESIS
DR. PHD. GALO BLACIO AGUIRRE

LOJA-ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN

Ab. Phd. Galo Stalin Blacio Aguirre.

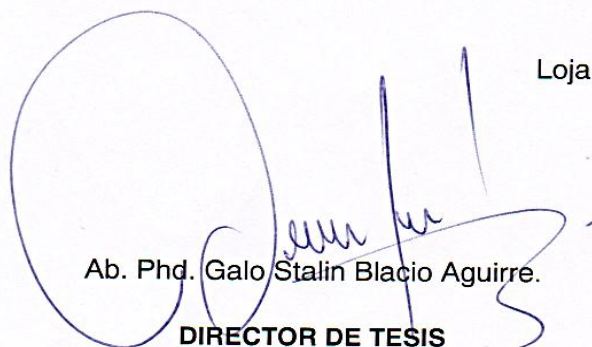
DIRECTOR DE TESIS.

CERTIFICA:

En mi calidad de Director de la Tesis titulada: **“ANÁLISIS DE LA ACCION DE PROTECCION A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DEL 2008 Y SUS PRINCIPALES FORTALEZAS Y DEBILIDADES”**, presentado por el señor: Marcela Raquel Chávez Moreno, egresada de la carrera de derecho, certifico que aprobó su trabajo practico de investigación, el cual cumple el aspecto metodológico y reúne los requisitos establecidos por la MED.

Por lo que solicito que sea sometido a la evaluación del jurado examinador que el Honorable Consejo Directivo designe.

Loja, Junio del 2015



Ab. Phd. Galo Stalin Blacio Aguirre.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Marcela Raquel Chávez Moreno, declaro ser autora del presente trabajo de Tesis, y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente, acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Firma:



Autora:

Marcela Raquel Chávez Moreno

Cédula:

091519024-3

Fecha:

Loja, junio de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Marcela Raquel Chávez Moreno, declaro ser autora de la Tesis titulada: **"ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DEL 2008 Y SUS PRINCIPALES FORTALEZAS Y DEBILIDADES"**, Como requisito para optar al Grado de ABOGADA; autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero. Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 10 días del mes de junio del dos mil quince. Firma la autora.

FIRMA:



AUTORA: Marcela Raquel Chávez Moreno

CÉDULA: 091519024-3

DIRECCIÓN: Pinar Alto, Calle "E". Quito-Pichincha

CORREO ELECTRÓNICO: jmarcelachavezmorenop@hotmail.com

TELÉFONO: 0999019420

DATOS COMPLEMENTARIOS:

DIRECTOR DE TESIS: Ab. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre

TRIBUNAL DE GRADO: Dr. Augusto Astudillo Ontaneda (PRESIDENTE)

Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

AGRADECIMIENTO

A Dios, por ser mi fuente directa de fuerza, valor, sabiduría, por guiarme y bendecirme en cada momento de mi vida.

A mi amada madre, Raquel, por su ejemplo de lucha, honestidad y el inmenso amor profesado...mi amiga fiel.

A mi amado padre, Bolívar, por enseñarme la perseverancia y que el esfuerzo es el camino para alcanzar mis objetivos...siempre te amaré y recordaré.

A mi esposo, Víctor Hugo, por su gran amor, apoyo incondicional en cada una de mis decisiones, siempre alentándome a lograr esta hermosa realidad.

A mis hijos, Poulette y Joaquín, por ser mi fuerza y templanza, mi constante motivación. Los amo.

A mi hermano, Xavier, por ser un testimonio de superación y amor.

A mis abuelos, mis tíos, mi suegra, mis cuñados y toda mi familia... por siempre creer en mí.

A mis amigas, amigos, a todas y todos por su valioso aporte personal e intelectual.

A mis maestros, por su orientación durante mi formación.

A la vida...por lo aprendido.

Marcela

DEDICATORIA

A mis padres, pilares fundamentales en mi vida, por su amor y enseñanzas.

A mi esposo, compañero inseparable en cada jornada, por ser mi apoyo incondicional y mi tesón en todo momento.

A mis hijos, por ser mi motivación e inspiración, la razón de mi vida.

1. TITULO

“ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DEL 2008 Y SUS PRINCIPALES FORTALEZAS Y DEBILIDADES”

2. RESUMEN

La Constitución de la República de 2008 reformula la figura del amparo para dar origen a una garantía constitucional revestida de las características que la doctrina le ha otorgado a los mecanismos de tutela efectivos para protección de derechos. Ello supone un giro radical del Estado, desde una visión liberal, hacia uno de derecho, y aún más allá, a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia en que la Norma Suprema es de directa e inmediata aplicación por parte de todos los jueces que, a su vez, se convierten en veedores de la constitucionalidad.

El carácter cautelar de residualidad o subsidiariedad de la acción de protección hace que la misma se vuelva viable en forma directa, solo cuando no exista un proceso judicial mejor y más beneficioso para la persona que propone la demanda, pues se entiende que esta acción solamente procede cuando la persona afectada en sus derechos constitucionales no disponga de otro medio eficaz de defensa judicial; sin embargo, en el artículo 88 de la Constitución de la República no se le da a la acción de protección el carácter de residual o subsidiaria, como aparentemente lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debiendo primar en este caso la voluntad del constituyente por encima de cualquier contradicción en una norma secundaria o cualquier ambigüedad del texto; además, y como criterio fundamental, se debe observar el principio de supremacía de la Constitución señalado en el artículo 424 de la Constitución.

Para que la acción de protección tenga los resultados esperados por el constituyente, es indispensable que se produzca una evolución en el papel del juez, dado que el formalismo ha sido superado por la corriente neoconstitucionalista, cuya influencia es evidente en la Constitución de 2008.

Pero también juega un papel primordial la ley que sirva al juez de herramienta para la materialización de la garantía efectiva y la protección de los derechos, misma que debe desarrollar el programa estatal garantista y proteccionista, estableciendo parámetros de procedibilidad, criterios de admisión, métodos de interpretación, y más normativa procedimental necesaria para un correcto proceso de aprendizaje de la garantía, tratándose de una novedad jurídica.

Con estos elementos, he procedido a desarrollar el presente proyecto de investigación que su parte de Revisión Literaria se ha visto Antecedentes de la acción de protección. Evolución de la Figura del Amparo. Naturaleza jurídica de la acción de protección. Objeto de la acción de protección. Características de la acción de protección; procedencia, inadmisibilidad y admisibilidad de la acción de protección, trámite procesal de la acción de protección; estructura y contenido formal de la sentencia.

Por último en el trabajo de campo se ha visto las fortalezas y debilidades del sistema de administración de justicia en materia de garantías constitucionales, específicamente en torno a la acción de protección,

entendiendo cuáles son los criterios utilizados por los jueces para admitir o rechazar una acción lo que se puede determinar, a su vez, del análisis de la interpretación que realizan a las normas sobre procedibilidad y admisibilidad contenidas en los artículos 10, 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2.1. ABSTRACT

The Constitution of the Republic of 2008 under the figure of reformulated to give rise to a constitutional guarantee of the features that coated the doctrine has granted effective protection mechanisms for protecting rights. This implies a radical change of state from a liberal view towards one of law, and beyond, to a State Constitutional Rights and Justice in the Supreme Standard is direct and immediate implementation by all judges, in turn, become providers of constitutionality.

The precautionary nature of residual or subsidiarity protective action makes it feasible to become directly, not only when there is a better and more beneficial for the person who intends to demand judicial process, it is understood that this action is appropriate only when affected his constitutional rights has no other means of legal defense; However, Article 88 of the Constitution of the Republic is not given to the action of the character of residual protection or subsidiary, as apparently does the Law and Constitutional Guarantees of Jurisdictional Control and must prevail in this case will constituent over any contradiction in a secondary standard or ambiguity of the text; Moreover, and as a fundamental criterion should observe the principle of supremacy of the Constitution stated in Article 424 of the Constitution.

To take protective action by the constituent expected results, it is essential that an evolution occurring in the role of the judge, since the formalism has

been superseded by the current neoconstitucionalista, whose influence is evident in the 2008 Constitution.

But it also plays a role that serves the law judge tool for the realization of the effective guarantee and protection of rights, to be developed by the same guarantees and protectionist state program, establishing parameters for admissibility, admission criteria, methods interpretation, and procedural rules necessary for proper learning process warranty, being a legal novelty.

With these elements, we proceeded to develop this research project their share of Literature Review has been the history of protective action. Shape Evolution of Amparo. Nature of protective action. Subject protective action. Features protective action; origin, inadmissibility and eligibility of protective action, the procedural step of protective action; Formal structure and content of the judgment.

Finally in the field have seen the strengths and weaknesses of the system of administration of justice in constitutional guarantees, and specifically around protective action, understanding what are the criteria used by the judges to admit or reject are what action can be determined, in turn, the analysis of the interpretation made to the rules on admissibility and eligibility contained in Articles 10, 40 and 42 of the Organic Law on Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control.

3. INTRODUCCIÓN

La Constitución vigente ha consagrado al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Consagración que ha generado cambios sustanciales en la estructura estatal, por su nueva concepción de Estado constitucional de derechos y justicia, de acuerdo con las teorías del Neoconstitucionalismo.

La nueva Constitución supone un paso importante en el camino hacia la realización efectiva del constitucionalismo, que propugnan autores como Ferrajoli o Miguel Carbonell, en directa confrontación con los dictados programáticos del proyecto neoliberal. El texto constitucional ecuatoriano reivindica el Derecho Constitucional como un derecho axiomáticamente comprometido; y lo hace, no a través de declaraciones retóricas sobre la libertad o igualdad, sino mediante un completo sistema de derechos y garantías y un rico programa de intervención del Estado en aras de garantizar la efectividad de los derechos.

Una de las formas de garantizar los derechos es con la existencia de recursos jurídicos que permitan tutelar derechos, en el caso que nos ocupa, es la acción de protección, misma que presenta una serie de características que son necesarias estudiarlas para comprender su naturaleza jurídica y rol en la sociedad. La acción de protección es el mecanismo jurisdiccional destinado a tutelar los derechos y libertades que

escapan a la protección judicial de otras garantías específicas. Esta garantía jurisdiccional es, por lo tanto, un mecanismo para hacer efectivos derechos fundamentales que han sido conculcados. La Constitución vigente ha fortalecido esta garantía mediante un proceso constitucional ágil, directo e informal que se constituyen un mecanismo efectivo de protección de derechos constitucionales.

La acción de protección se encuentra establecida en el artículo 88 de la Constitución del Ecuador. Es una garantía jurisdiccional que tiene por objeto el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la Constitución y se la interpone cuando se han vulnerado derechos constitucionales por actos u omisiones de autoridad pública no judicial, por políticas públicas o por una persona particular.

Por ser la acción de protección una acción de conocimiento, de carácter reparatoria y que permite la práctica de pruebas; se requiere el estudio de los actuales filtros legales, que delimitan el ámbito de admisibilidad, que buscan evitar la actual inferencia de competencias con los mecanismos ordinarios de protección de derechos. Es importante señalar que la acción de protección es improcedente e inadmisiblesi se la interpone con el fin de alterar decisiones judiciales.

Así, este marco teórico está encaminado a esclarecer el concepto, naturaleza y finalidad de la acción de protección, en sujeción al modelo garantista propuesto por nuestra Constitución, como mecanismo para la

protección de los derechos por ella reconocidos, observando también como es el funcionamiento del amparo en los países de la región.

Se analizará el aspecto procesal de la acción de protección establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, misma que ha establecido el procedimiento a seguir y ha señalado algunos parámetros que deberían observarse para elegir entre la vía ordinaria y la vía constitucional.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Definición de Acción.

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. Esta realidad ha determinado el que unos expertos consideren a la acción de protección como una acción subsidiaria o alternativa y otros como la que surge de nuestra Constitución como una acción de naturaleza principal, de mayor jerarquía y totalmente independiente.

Guillermo Cabanellas sostiene que: "Acción equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer. En cambio al hablar de Protección manifiesta que es: Amparo, defensa, favorecimiento"¹

Couture, se refiera a la acción como: "el 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

¹ CABANELLAS, Guillermo. Enciclopedia Jurídica

de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución”²

Es necesario indicar que La Acción de protección en los diferentes países ha tomado connotaciones y procedimientos diferentes, por consiguiente no es lo mismo hablar de Acción de protección en México, El Acción de Amparo en España, La Tutela en Colombia, El Acción de Protección en Chileno o en Brasil el Mandato de Seguranca “mandamiento de seguridad”, lo que sí es importante es que de todos ellos persiguen algunos caracteres generales como son:

- 1.- Garantiza la efectividad de derechos personales, es universal.
- 2.- Medio procesal extraordinario.
- 3.- Medio procesal subsidiario.
- 4.- Medio procesal que tiene rango constitucional, por lo tanto en su gran mayoría normado por la constitución.
- 5.- Tiene por propósito remediar de manera urgente derechos constitucionales, para lo cual requiere un procedimiento especial.
- 6.- Es preferente, sencillo, breve y sumario.
- 7.- Evita un perjuicio irremediable.
- 8.- Es preferente, su tramitación es con carácter de urgente.
- 9.- Sumario, por tanto no es formalista y direcciona al juez a conocer del juicio propuesto.

² COUTURE Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ta. Edición. Edit. B de F. Montevideo. 2002. Págs. 47 y 48

La Acción de protección.

La principal norma en la legislación ecuatoriana que regula la Acción de protección la encontramos dentro de las Garantías Constitucionales, propiamente en las garantías jurisdiccionales artículo 88 de nuestra Constitución de la República, donde señala que: "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación"³

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.

³ Cfr. ORDOÑEZ, Espinosa Hugo, Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador, PUDELECO Editores S.A. Quito, 1995, pag.48-49.

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.

Estado.

Es el instrumento creado por la sociedad para auto dirigirse. Esta organización política une en un mismo territorio; una población, que en el caso ecuatoriano está conformado por diversas culturas, pueblos y nacionalidades, con objetivos comunes, bajo el Gobierno de una autoridad.

Derecho.

Es aquel Estado, aparecido después de las revoluciones francesas y norteamericana, regido y limitado por el derecho Es aquel Estado, aparecido después de las revoluciones francesas y norteamericana, regido y limitado por el derecho y por tanto, donde sus autoridades se rigen, permanecen y están sometidas a un derecho vigente.

Legalidad.

Garantiza la libertad individual de las personas a través de la Ley. La Constitución Política es un mero programa -no una norma- El Estado Constitucional de los Derechos y Justicia.

Este Estado se caracteriza porque además de garantizar la vigencia de la ley, los servicios públicos básicos, coloca como eje articulador de su funcionamiento, la protección de los derechos reconocidos mediante una justicia constitucional especializada, gratuita, oral y eficiente.

El Estado Social de Derecho.

Además de garantizar la libertad promueve la igualdad material de las personas. El Estado se fortalece para dar cobertura a los servicios y demandas sociales básicas.

Jerarquía.

La jerarquía normativa supone la existencia de normas de distinto rango, de manera que aquella que esté en un peldaño superior de la escala, destruye a la norma inferior.

Temporalidad:

En el supuesto de que dos normas de igual rango sufran una colisión normativa, la norma posterior en el tiempo deroga a la norma anterior.

Especialidad:

En el caso de que existan dos normas de igual rango sufriendo una colisión, aquella norma que busque la regulación más específica de la materia prevalece sobre la norma más general.

Prelación axiológica:

Debería aplicarse aquella norma que esté tutelando un derecho superior en la escala de valores constitucional.

Los derechos constitucionales

Son aquellos incluidos en la norma constitutiva y organizativa de un estado generalmente denominada constitución que se consideran como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana; es decir, son aquellos derechos que disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías dentro del ordenamiento jurídico. Es conocido el planteamiento filosófico-antropológico según el cual donde nace una necesidad surge un derecho; este planteamiento tan lógico aparece por primera vez en "La República" de Platón.

Proceso constitucional

Es la expresión usada, en la doctrina constitucional, para referirse al proceso instituido por la misma constitución de un Estado, cuya finalidad es defender la efectiva vigencia de los derechos fundamentales o

garantías constitucionales que este texto reconoce o protege, haciendo efectiva la estructura jerárquica normativa establecida.

Se identificaba la Jurisdicción Constitucional como la potestad que tienen los jueces y tribunales de pronunciarse sobre temas constitucionales. Esta potestad no la otorgan a los jueces las leyes que regulan su función sino que, a diferencia de sus facultades normales, es otorgada por la misma Constitución.

El Derecho procesal constitucional

Es una rama del derecho que se encarga del estudio de las vías procesales que permiten la protección de la supremacía constitucional y de los derechos contenidos en la Constitución.

Está constituido por el conjunto de procedimientos (como, por ejemplo, la acción de amparo, el habeas corpus y la acción de inconstitucionalidad) y órganos destinados a preservar la supremacía de la Constitución.

Actos violatorios.

Los actos violatorios a los derechos humanos incluyen sobre todo los cometidos por las personas que actúen en ejercicio de sus funciones estatales. Por consiguiente, es la conducta del Estado, a través de cualquier persona que actúe en el ejercicio de la autoridad pública, la que puede caracterizarse como una violación de los derechos humanos. Pero también se deja abierta la posibilidad de que los actos violatorios a los derechos humanos sean cometidos por particulares.

Por otro lado, el contar con un recurso - acción que ampare a las personas contra actos violatorios a los derechos humanos y que se encuentre consagrado en la Constitución, le otorga a dicho recurso una jerarquía del más alto nivel y le compromete al Estado a cumplir los estándares internacionales señalados por órganos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Breve historia de la Corte Constitucional en el Ecuador

Conviene recordar que el paso del sistema de un Tribunal de Garantías Constitucionales cuyas resoluciones debían ser sometidas a consideración del Congreso primero, y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia luego, a un modelo de control de constitucionalidad concentrado a través en un Tribunal Constitucional con facultad de decidir en última instancia, se produjo en el Ecuador a raíz de una consulta popular realizada el 28 de Agosto de 1994, mediante la cual se facultó al Presidente de la República para que envíe un proyecto de reformas constitucionales al Congreso, para que este lo apruebe o lo niegue en el plazo de cien días.

En la práctica el proyecto fue enviado al Congreso el 4 de octubre de 1994, y el plazo no pudo cumplirse dada la extensión del proyecto, razón por la cual el Congreso, por razones metodológicas y políticas tramitó la reforma constitucional dividiéndola en tres partes a las que denominó “paquetes”.

Fue en el Tercer Paquete de Reformas, en el que se incluyó la creación del Tribunal Constitucional, en reemplazo del Tribunal de Garantías Constitucionales, el mismo que incluso superando una Consulta Popular

realizada el 26 de Noviembre de 1995, (Pregunta 11), fue finalmente promulgada en el Registro Oficial N° 863 de 16 de Enero de 1996.

Posteriormente la Asamblea Nacional Constituyente reunida desde el 20 de Diciembre de 1997, expidió el 5 de junio de 1998 la Constitución Política de la República, que se encuentra vigente hasta la fecha, en la cual se conservó casi íntegramente el texto aprobado en 1996, habiéndosele asignado adicionalmente al Tribunal Constitucional la facultad de dictaminar sobre la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, previamente a su aprobación por parte del Congreso Nacional.

A partir del año 1993, el país tomó conciencia de la necesidad de modernizar su Constitución y fue dando múltiples pasos en el sentido correcto, a tal punto que la Asamblea recogió en gran parte dichas reformas y sin negar de modo alguno su contribución al avance del Derecho Constitucional, podemos afirmar que constituyó la culminación de un proceso, antes que un aporte radicalmente diferente o la implantación de un sistema constitucional novedoso.

Sea como fuere, el Ecuador cuenta desde hace cerca de cinco años con una Carta Fundamental, que ha consagrado importantes avances en la institucionalidad del Estado y ha permanecido lejos de los veleidosos afanes legislativos que pretenden acomodarla a los intereses circunstanciales inmediatos, lo que contribuye a consolidar el sistema de control concentrado de la constitucionalidad.

Evolución constitucional.- El sistema de control concentrado de constitucionalidad ha tenido como antecedente inmediato en el Ecuador al Tribunal de Garantías Constitucionales, sin embargo, la institucionalización de una magistratura especializada en la materia es, relativamente, de reciente data en el país, con la creación del Tribunal Constitucional mediante reforma constitucional de 1996. (Registro Oficial N° 863 de 16 de enero de 1996)

En materia de control de constitucionalidad, el desarrollo normativo ha transcurrido, se puede observar en las distintas Constituciones que lo han previsto:

CONSTITUCIONES DE 1851, 1906 Y 1929

Se contempló ya en las Constituciones de 1851, 1906 y 1929, a través del Consejo de Estado, que también realizaba control de legalidad.

La Constitución de 1851, en su artículo 82, número 1, señala, como atribución del Consejo de Estado: “Velar por la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión”.

Asimismo, la Constitución de 1906, en el número 1 del artículo 98 de le atribuye al Consejo de Estado la facultad de: “Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales,

excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quien corresponda”.

La Constitución de 1929, en el número 1 del artículo 117 de la, al igual que la precedente, otorga al Consejo de Estado la facultad de: “Velar por la observancia de la Constitución y las leyes y, especialmente, de las garantías constitucionales, excitando, para el efecto, en caso necesario, al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia o a cualquiera otra autoridad”.

CONSTITUCION DE 1945

En 1945, siguiendo el modelo español de 1931, se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, el que debía “formular observaciones” a aquellas normas, que no tenían el carácter de leyes, que se consideraban inconstitucionales o ilegales. El Tribunal de Garantías Constitucionales solo podía suspender sus efectos hasta que el Congreso Nacional dictamine acerca de ellos, con lo que se conformaba un verdadero control a través de órgano político. El control era, entonces, asignado al Congreso Nacional en definitiva, pues solo la Legislatura podía declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, acuerdos y otras normas, incluso tratados internacionales.

CONSTITUCIÓN DE 1946

La Constitución de 1945 es abrogada por la de 1946, que en el Art. 146, número 1 restituye el Consejo de Estado, con similares atribuciones en materia de control de constitucionalidad que las previstas en 1851, 1906 y 1929.

CONSTITUCION DE 1967

El Tribunal de Garantías Constitucionales es retomado en las Constitución de 1967, con facultades disminuidas. El artículo 220 de la Constitución de 1967 señalaba: “Son atribuciones y deberes del Tribunal de Garantías Constitucionales:

1. Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, especialmente de las garantías constitucionales, para lo cual excitará al Presidente de la República y demás funcionarios del Gobierno y la Administración.
2. Formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones dictados con violación de la Constitución o las leyes, lo cual se hará después de escuchar a la autoridad u organismo responsable.

Si las observaciones no fueren aceptadas, el Tribunal las publicará por la prensa y las pondrá a consideración del Congreso, a fin de que este resuelva sobre la alegación de inconstitucionalidad o ilegalidad.

3. Conocer de las quejas que por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes formule cualquier persona natural o jurídica; presentar acusación contra los funcionarios responsables, y salvo lo dispuesto por la Ley Penal presentarlas al Congreso para que este enjuicie a los presuntos responsables u ordene su procesamiento, según los casos.

CONSTITUCION DE 1979

Al igual que en la Constitución de 1967, en la Constitución aprobada en enero de 1978 mediante referéndum y que entró en vigencia el 10 de agosto de 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales aparece con facultades disminuidas.

El texto original de la Constitución de 1978-79, en su artículo 138, señalaba: “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender - total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte - los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por el fondo. La Corte somete su decisión a resolución de la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta, al plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución de la Corte Suprema, ni la de la Cámara Nacional de Representantes, ni la del plenario de las Comisiones Legislativas, tienen efecto retroactivo.

Sin perjuicio de esta facultad, la Corte Suprema -en los casos particulares en los que avocare conocimiento- declarará inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en las causas materia de su pronunciamiento. La sala informará al pleno del Tribunal para los efectos determinados en el inciso anterior.”

REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1983

Hasta las reformas de 1983, era la Corte Suprema de Justicia la que suspendía las leyes y otras normas generales por inconstitucionalidad y debía someter su decisión al Congreso Nacional, facultad que es en ese año trasladada al Tribunal de Garantías Constitucionales. Así, el número 4 del artículo 141 de la primera codificación de la Constitución, publicada en el Registro Oficial N° 763 de 12 de junio de 1984, dispone, como facultad del Tribunal de Garantías Constitucionales, la siguiente: “suspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a

petición de parte, los efectos de leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, ordenanzas o resoluciones que fueren inconstitucionales por la forma o por el fondo. El Tribunal someterá su resolución al Congreso Nacional o en receso de éste al Plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución del Tribunal, ni la del Congreso Nacional, ni la del Plenario de las Comisiones Legislativas tendrán efecto retroactivo”

REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1992

Para evitar la politización del sistema, entregando el control al principal órgano controlado, en virtud de las reformas de 1992 la decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales ya no se somete a la Legislatura sino a la creada Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se instituye un sistema de control híbrido.

El artículo 146, número 1, de la segunda codificación de la Constitución, publicada en el Registro Oficial N° 183 de 5 de mayo de 1993, estableció como competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales la de “Conocer y resolver las demandas que se presentaren sobre leyes, decreto-leyes, decretos, resoluciones, acuerdos u ordenanzas que fueren inconstitucionales por el fondo o por la forma, y suspender total o parcialmente sus efectos;

El Tribunal someterá su resolución a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el plazo máximo de ocho días. La resolución de la Sala Constitucional será definitiva y de efectos generales.

Las resoluciones del Tribunal y de la Sala Constitucional no tendrán efecto retroactivo.

REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1996

Es en 1996 cuando se perfecciona en el Ecuador la magistratura especializada de control de constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional, cuyas decisiones son de última y definitiva instancia, consolidándose en el Ecuador, de modo definitivo, el modelo concentrado del control de constitucionalidad, al que se le han asignado, en mucho, más atribuciones que al Tribunal de Garantías Constitucionales.

4.2.2. ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Antecedente de la Acción de Protección en el Ecuador

El amparo o protección de derechos, son recursos que los Estados deben adoptar en sus legislaciones de forma obligatoria, a partir de 1948 con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se establece debe existir un recurso efectivo. Por su parte la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, señala que las personas deben disponer de un recurso sencillo⁴

Los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, se comprometen a

⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Colombia 1948, Art.- 18.

establecer en sus legislaciones recursos sencillos para la protección de sus derechos y así lo señala su artículo 25:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”⁵

El Amparo Constitucional en el Ecuador

La figura del amparo es una institución jurídica que ha venido evolucionando en el constitucionalismo ecuatoriano y es el resultado de la maduración histórica, que solamente se da con el transcurso del tiempo para ser la institución jurídica que es hoy conocida como la acción de protección. El antecedente del concepto de amparo, en la que el Estado avala la realidad y vigencia de los derechos y libertades proclamados en la Constitución, está presente en la Constitución del Estado del Ecuador de 1830 donde señala que “todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública.”⁶

Así, el antecedente más próximo a la figura que se conocería como amparo, estaba presente en la Constitución Política de 1945, que le

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, Art.- 25.

⁶ Constitución Política, 1830. Registro Auténtico 1830 de 14 de junio de 1830. Art.- 66.

atribuía al Tribunal de Garantía Constitucionales la facultad de conocer quejas, interpuestas por personas naturales o jurídicas, por el quebrantamiento de la Constitución o las Leyes.⁷

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1967, fue la primera de las constituciones en incorporar la figura del Amparo, por su nombre, que señalaba que toda persona tiene “el derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes.”⁸

Es importante señalar que desde 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, las Constituciones ecuatorianas siempre han reconocido que toda persona tiene el derecho de contar con recursos que le permitan actuar frente a las arbitrariedades del Estado, logrando su mayor cambio con la actual Constitución, que cambió la denominación de Amparo Constitucional por acción de protección, convirtiéndola en una acción que no requiere de formalidades, procurando ser un recurso sencillo, eficaz y directo.

⁷ Constitución Política, 1945. Registro Oficial 228 de 06 de marzo de 1945. Art.- 160 numeral 5.

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, 1967. Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967. Art.- 28 numeral 15.

4.2.3. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

En el Ecuador, el cambio de un Estado Liberal con modelo constitucional a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, trae como consecuencia un cambio de cultura jurídica.

La Constitución del Ecuador de 2008, en esencia garantista, crea una serie de acciones jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos, como son: la Acción de Protección, la Acción de Hábeas Corpus, la Acción de Hábeas Data, la Acción por Incumplimiento, la Acción de Acceso a la Información Pública y la Acción Extraordinaria de Protección.

Si bien es cierto que la Constitución del Ecuador de 1998 reconocía algunas garantías constitucionales como la Acción de Amparo, el Hábeas Corpus o el Hábeas Data; la falta de conocimiento, voluntad política o cultura jurídica para aplicar normas constitucionales, de derecho internacional o de jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos, trajo como consecuencia que en varios casos, los jueces de instancia o el propio Tribunal Constitucional, continuaran aplicando normas internas de derecho civil, administrativo, penal u otras.

Algunos autores consideran que las acciones constitucionales constituyen derechos en sí mismos, haciendo alusión a la obligación internacional de los estados de introducir garantías judiciales que protejan derechos humanos en sus ordenamientos jurídicos.

Al respecto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José en su artículo 25 de Protección Judicial, señala la obligación internacional de los estados partes a contar con un recurso rápido, sencillo y efectivo que ampare a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, contra actos violatorios a los derechos fundamentales, para la defensa y protección de los derechos reconocidos en las respectivas constituciones, leyes internas o en la propia Convención. Esta obligación de los estados, incluye el contar con jueces o tribunales competentes para su conocimiento, trámite y resolución, así como la ejecución de las sentencias en su integralidad.

Los actos violatorios a los derechos humanos incluyen sobre todo los cometidos por las personas que actúen en ejercicio de sus funciones estatales. Por consiguiente, es la conducta del Estado, a través de cualquier persona que actúe en el ejercicio de la autoridad pública, la que puede caracterizarse como una violación de los derechos humanos. Pero también se deja abierta la posibilidad de que los actos violatorios a los derechos humanos sean cometidos por particulares.

Con la disposición contenida en el numeral 1 del artículo 25 de la Convención en el sentido de que la protección de los derechos fundamentales, abarcan los señalados en la Convención, en la Constitución y en la ley, su ámbito de aplicación y exigibilidad se extiende más allá de lo dispuesto en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Por otro lado, el contar con un recurso - acción que ampare a las personas contra actos violatorios a los derechos humanos y que se encuentre consagrado en la Constitución, le otorga a dicho recurso una jerarquía del más alto nivel y le compromete al Estado a cumplir los estándares internacionales señalados por órganos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Uno de esos estándares constituye la obligación estatal de que el recurso judicial sea rápido, sencillo y efectivo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido desarrollando su jurisprudencia al respecto y entre otras cosas ha señalado que:

“El derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁹

El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes.

La garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos

No basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos.

Para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención.

La institución procesal del amparo y del habeas corpus “reúnen las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve”.¹⁰

El contar con una acción constitucional que ampare los derechos humanos como es la acción de protección contenida en la Constitución del Ecuador vigente desde octubre de 2008, por si misma no constituye una respuesta satisfactoria o suficiente para que la misma se torne efectiva y adecuada, sino que depende de la práctica jurídica, de la voluntad política y del control concreto o abstracto de la Constitución que la ejerce la Corte Constitucional con carácter vinculante.

En cuanto a la efectividad de los recursos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señala que los mismos deben ser capaces de producir los resultados para los cuales fueron creados, que son los Estados los que tienen la responsabilidad de la existencia de las normas, de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso.

¹⁰ Pronunciamiento de la Corte Constitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que disponer de recursos adecuados significa:

“Que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.”¹¹

Para que un recurso sea adecuado, es necesario que sea de tal naturaleza que permita contar con medios eficaces y suficientes para reparar la situación jurídica infringida, es decir, que cuando se produzca la violación a un derecho humano, se cuente en el ordenamiento jurídico interno con recursos jurídicos específicos y aplicables a dichas situaciones, que permitan un resultado de reparación concreta y razonable al daño producido.

No es suficiente que existan recursos que estén previstos en la Constitución, la ley o que sean formalmente admisibles, sino que se requiere que los mismos sean verdaderamente idóneos, que permitan establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y a la vez proporcionar lo que sea necesario para remediarla.

¹¹ Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Acción de Protección se encuentra establecida en el artículo 88 de la Constitución del Ecuador de 2008 y tiene por objeto el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹²

¿Cuándo procede?

La acción de protección podrá interponerse cuando exista una vulneración de los derechos constitucionales y de los contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por tanto la acción de protección procede:

- 1) Contra los actos u omisiones de las autoridades y funcionarios públicos, no judiciales (no decisiones judiciales), que violen o hayan violado cualquiera de los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio;
- 2) Contra políticas públicas, nacionales o locales, que impidan el goce o ejercicio de los derechos y garantías;
- 3) Contra los actos u omisiones del prestador del servicio público que viole los derechos y garantías;
- 4) Contra los actos u omisiones de las personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
 - a. Presten servicios públicos impropios o de interés público;
 - b. Presten servicios públicos por delegación o concesión;
 - c. Provoque daño grave;

¹² Constitución de la República del Ecuador del 2008

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

5) Contra todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

Son titulares de la acción de protección y por tanto puede ser ejercida por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo; vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales y el Defensor del Pueblo.

¿Qué derechos protege?

Todos los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; con excepción de los derechos protegidos por las acciones de: hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinario de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

¿Quién conoce la Acción?

Cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Si existen dos o más jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la correspondiente Corte Provincial de Justicia. Cuando haya más de una sala, habrá un sorteo para la competencia de una de ellas.

Trámite

- a) No se requiere el patrocinio de un abogado o abogada para la presentación de la acción de protección ni para su apelación.
- b) Presentada la acción, la jueza o juez la calificará dentro de las 24 horas siguientes a su presentación y convocará inmediatamente a una audiencia pública, en la que podrán intervenir la persona afectada y la accionante si no fueren la misma persona; y, la persona o entidad accionada o demandada.
- c) En cualquier momento del proceso el juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas.
- d) La falta o ausencia de la parte accionante podrá considerarse como desistimiento.
- e) La falta o ausencia de la parte accionada o demandada no impedirá que la audiencia se realice.
- f) Las afirmaciones alegadas por la persona accionante se presumirán ciertas, cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.
- g) La causa se resolverá mediante sentencia.
- h) Cuando exista vulneración de derechos, la sentencia la declarará, ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. Además especificará las obligaciones positivas y negativas, que debe cumplir el demandado y las circunstancias en que deben cumplirse.
- i) La acción de protección solo finalizará con la ejecución integral de la sentencia.

- j) Cualquiera de las partes podrán presentar apelación ante la Corte Provincial de Justicia correspondiente. La apelación se podrá presentar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificados por escrito por el juez o jueza.

La apelación no suspende la ejecución de la sentencia cuando el apelante fuere la persona o entidad demandada.¹³

¿Cuál es su objetivo?

La acción de protección tiene como finalidad:

- a) La protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- b) La declaración de la violación de uno o varios derechos.
- c) La reparación integral de los daños causados por la violación de uno o varios derechos.

Cuando en la sentencia de una acción de protección se haya declarado la violación a un derecho o a varios derechos, se debe ordenar la reparación integral por el daño material e inmaterial producido. Dicha reparación integral va encaminada a que se restablezca la situación al estado anterior a la violación del derecho humano, en los casos de en qué esto fuere posible.

Entre las medidas o formas de reparación integral tenemos: la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de

¹³ Pronunciamiento de la Corte Constitucional

remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento público y/o privado, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud, entre otras.

Otras características de la acción de protección que podemos destacar son:

1. Es de carácter universal, puesto que protege o ampara todos los derechos consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con las excepciones de los derechos protegidos por las otras garantías jurisdiccionales antes mencionadas.
2. Es de carácter preferente puesto que su procedimiento debe ser sencillo, rápido, eficaz y oral en todas sus fases e instancias.
3. No se deben aplicar las normas procesales comunes que tiendan a retardar su ágil despacho.
4. La acción de protección solo finalizará con la ejecución integral de la sentencia o resolución.
5. Constituye una acción de rango constitucional y de carácter extraordinario, que no responde a los procedimientos y normas de la justicia ordinaria.
6. Es de carácter subsidiario, pues se la presenta cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial adecuados y eficaces para proteger el derecho violado.
7. Puede presentarse en forma independiente o conjuntamente con medidas cautelares.

Papel del Juez

Tanto en la doctrina como en la práctica procesal se ha distinguido entre jueces ordinarios y jueces constitucionales. Los jueces ordinarios son quienes entre sus funciones tienen la de emitir sentencias respetando la supremacía de la Constitución y los jueces constitucionales la de emitir sentencias en aplicación de la Constitución velando por los derechos de las personas. Con el activismo judicial esta distinción carecería de validez, puesto que los jueces deberán interpretar la norma con el fin de que los derechos fundamentales sean reconocidos.

En este sentido y sobre el rol que el juez debe tener Mauro Cappelletti apunta que “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del grado de la fuerza creadora o de las autolimitaciones.”¹⁴

Siguiendo esta lógica, Ricardo Guastini dice que el juez es un protagonista central del proceso y definitivo de la trama jurídica desarrollada en los conflictos concretos que se producen:

Cuando - en el momento de la aplicación a un caso concreto - nos percatamos de que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto. Y esto sucede siempre que un

¹⁴ Cappelletti, Mauro, Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, AA.VV. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. 1984, Madrid, Pág.: 629.

supuesto concreto cae simultáneamente en dos clases de supuestos, aunque independientes desde el punto de vista conceptual, para las cuales el derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. Un conflicto de este tipo sólo puede identificarse con la ocasión de la aplicación de las normas en cuestión a un caso particular, para el que ambas resulten aplicables.¹⁵

Gabriel Mora Restrepo dice que la función del juez consiste en tomar decisiones que correspondan a la efectiva realización de la justicia, diferenciando entre soluciones admisibles y legítimas de aquellas que no lo son.

Al respecto, Eugenio Bulygin señala que en esta situación la Constitución se enmarcaría dentro de la teoría que sostiene que los jueces son creadores de derecho, es decir, cada vez que crean normas individuales para cada caso concreto, son creadores de derecho.

Jaime Guasp dice que el proceso, en sí, es un medio que responde a la necesidad social, por esta razón el rol activo del juez es fundamental, ya que a través de su pronunciamiento e interpretación de la norma buscará que los valores de la Constitución se ajusten al caso en concreto. Así, “el derecho procesal no es, a la vez, efecto y causa del proceso unívocamente entendido, sino efecto de la necesidad social a que la idea

¹⁵ 116 Guastini, Ricardo, Teoría e Ideología de Interpretación Jurídica, Madrid, 2008, Ed. Trotta. Pág.: 83.

del proceso obedece y causa de la institución jurídica que se establece para dar remedio a aquella necesidad.”¹⁶

Hoy hay una perspectiva social del proceso, la aparición del concepto de acceso a la justicia busca romper todo tipo de barreras: económicas, sociales, políticas y culturales, pensando en los más vulnerables que requieren tutela.

En el marco constitucional se le atribuye un papel activo al Juez, puesto que la tutela jurisdiccional es un derecho de los justiciables pero a la vez un deber de los jueces, porque se busca romper todo tipo de barreras, con el fin de gozar del derecho constitucional de un adecuado acceso a la justicia. En este sentido los jueces y tribunales deben desempeñarse más activamente en el proceso y así podemos apreciar del siguiente fragmento del Tribunal Constitucional de Perú, cumpliendo con el activismo judicial:

“El debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el

¹⁶ 117 Guasp, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, 4ta. Edición, Ed. CIVITAS, Madrid, 1998, Pág.: 45.

castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo. Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados.”¹⁷

¹⁷ 118 Tribunal Constitucional de Perú, Expediente No. 3075-2006-PA/TC, Lima, 2006. Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03075-2006-AA.html>. Acceso: 01 de abril de 2013.

En este contexto la LOGJCC recoge el activismo judicial y establece que “los jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.”¹⁸

El Juez, en su rol activo, puede valerse del principio *iura novit curia*, donde puede determinar la norma aplicable al caso concreto, aun cuando no haya sido invocada por las partes. Como se explicó en líneas anteriores, si bien, la parte activa introduce la pretensión, que es el objeto procesal y circunscribe la actuación del juez y son las partes las que aportan las pruebas, se reconocen facultades al juez, para dirigir e impulsar de oficio los actos procesales y actuar medios probatorios de oficio y valorarlos para alcanzar la finalidad del proceso.

Ricardo Guastini dice que dentro de la doctrina del activismo judicial se observa el valor de la congruencia del derecho con la conciencia social; la tarea judicial es la de mejorar la distribución de los recursos protegiendo los derechos de los ciudadanos contra las mayorías políticas. Señala también que esta doctrina sugiere a los jueces una interpretación libre del vínculo textual, favorece a la libre creación judicial con el fin de

¹⁸ 119 Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 5.

que los jueces adapten los valores constitucionales a las necesidades sociales.

El resultado del judicial activism es un derecho constitucional tendencialmente completo, si lagunas: se considera que los principios constitucionales son capaces de regular cualquier materia posible, de modo que en el derecho constitucional no queda ningún espacio vacío en el que el legislador pueda decidir lo que quiera, ya que siempre habrá una norma constitucional para cada

Ley ordinaria con la que se podrá confrontar para decidir sobre su conformidad con la constitución.¹⁹

Para el activismo judicial la lectura de la Constitución no constituye un obstáculo para alcanzar la justicia sino más bien un estímulo. Germán Bidart cuando se refiere a alcanzar la justicia señala que es el juez como administrador de justicia, quien buscará a través de su interpretación activa alcanzar justicia para la sociedad con ley, sin ley, o contra la ley; y que esta intervención no es contraria a los valores constitucionales porque el valor justicia prevalece sobre la. Por su parte, Zagrebelsky dice que “los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio.”²⁰

¹⁹ Guastini, Ricardo, Teoría e Ideología de Interpretación Jurídica, Madrid, 2008, Ed. Trotta. Pág.: 65.

²⁰ Zagrebelsky, Gustavo, El Derecho Dúctil, Madrid, 1997, Ed. Trotta, Pág.: 134.

El activismo judicial ya se ha plasmado en nuestra legislación, como mencionamos en líneas anteriores: el juez puede ordenar pruebas de oficio, escuchar a terceros interesados si así lo considera oportuno, subsanar omisiones al momento que se presenta la demanda, etc. El activismo judicial también considera que el juez, en su rol activista, cuando dicta sentencia, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, debe enviar señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, o en la jurisprudencia, o en las costumbres.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. ASPECTOS JURÍDICO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Naturaleza Jurídica de la Acción de Protección

La Constitución ecuatoriana establece los distintos tipos de garantías constitucionales, entre las que tenemos las garantías normativas y garantías jurisdiccionales, dentro de estas últimas está la acción de protección, que es materia de nuestro análisis establece que para cada derecho existente debe haber una normativa que lo garantice, en este sentido la acción de protección, como garantía jurisdiccional, es un mecanismo jurídico reconocido en la Constitución, al alcance de los ciudadanos para que en la caso de que sus derechos hayan sido conculcados, estos puedan obtener un resarcimiento por el daño causado y el restablecimiento de su derecho

En este sentido, se puede observar que la acción de protección es un derecho subjetivo que le permite a una persona acudir al órgano jurisdiccional competente, para exigir la protección de sus derechos, violentados por una autoridad pública o personas privadas.

Toda persona tiene “derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas

motivadas”²¹, es el fundamento constitucional, para que una persona pueda hacer ejercicio de este mecanismo jurídico y observar que la controversia sometida a consideración del juez sea correctamente resuelta.

“La tutela fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares.”²² Según Botero se puede extraer cinco funciones importantes sobre la tutela de derechos: la protección, residual y subsidiaria, de los derechos fundamentales frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de particulares; el respeto a la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica; la actualización del derecho legislado para que sea interpretado y aplicado a la luz del derecho constitucional; la unificación de la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales; y la promoción de una cultura democrática fundada en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del Estado social y democrático de derechos.

²¹ Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Art.- 66 numeral 23.

²² Botero, Catalina, La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional de Colombia, Bogotá, 2006, Consejo Superior de la Judicatura, Pág.: 10.

La redacción del artículo 88 de la Constitución ha sido afectada en términos amplios y restrictivos, así lo evidencia el hecho de que es una acción destinada a la protección de actos u omisiones de autoridades públicas y particulares. 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.”²³

En suma, el Estado está obligado a tener en cuenta la legislación y la jurisprudencia, porque las normas enuncian derechos fundamentales en cuanto a ciertos principios y valores. Además de que existen garantías que facultan a las personas a reclamar la protección de sus derechos, frente a la actuación del Estado y porque adicionalmente existen relaciones jurídicas entre particulares y en caso de abuso es de interés del Estado proteger a aquel que este en indefensión.²⁴

Por otro lado, en el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución del Ecuador ya no se hace mención al carácter cautelar, inherente al Amparo Constitucional que le daba la Constitución ecuatoriana de 1998, sino por el contrario se le confiere al juez constitucional la potestad de resolver la causa mediante sentencia y en ella ordenar la reparación integral material e inmaterial y especificar e individualizar las obligaciones positivas y

²³ Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Art.- 88.

²⁴ Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág.: 11-29.

negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deben cumplirse.

Por las razones expuestas, la acción de protección cuenta con efectos reparatorios, de naturaleza patrimonial. Ramiro Ávila Santamaría, menciona que la acción de protección tiene naturaleza y carácter reparatorio y señala que “la Constitución del 2008 precisa los conceptos y llena un vacío intolerable en el derecho ecuatoriano al establecer que las garantías son tanto cautelares como de fondo o de conocimiento. La reparación, al contrario de la indemnización en lo civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material e inmaterial.”²⁵

De lo señalado se puede establecer que la naturaleza jurídica de esta garantía jurisdiccional es que es un proceso de conocimiento, excepcionalmente cautelar, tutelar, sumaria, inmediata y contiene efectos reparatorios, como lo desarrollaré más adelante.

Objeto de la Acción de Protección

La LOGJCC establece que la acción de protección tiene por objeto “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información

²⁵Ávila Santamaría Ramiro, Desafíos Constitucionales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Pág.: 93

pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.”²⁶

Para cumplir con el objeto de esta garantía jurisdiccional, la legislación ecuatoriana permite la informalidad, ya que el actor podrá presentarla de forma oral o por escrito, sin formalidad alguna y sin la necesidad del patrocinio de un abogado. Solamente se deberá detallar los actos u omisiones que conllevaron a la violación de un derecho.

Adicionalmente nuestra legislación, cumpliendo con el rol garantista del Estado de derechos, permite que para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales no se requiera citar la norma infringida. Lo que se busca con esto es que el ciudadano común tenga la oportunidad de ver protegidos sus derechos sin la necesidad de formalismo alguno. Así “las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.”²⁷

Características de la Acción de Protección

El artículo 88 de la Constitución del Ecuador define a la acción de protección como una garantía jurisdiccional que “tendrá por objeto el

²⁶ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 39.

²⁷ Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Art.- 426.

amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales...” De esta definición podemos extraer cuáles son las características inherentes a esta garantía jurisdiccional.

Universalidad

Podemos sostener que la acción de protección es de carácter universal porque protege todos los derechos establecidos en la Constitución y Tratados Internacionales, con la excepción de los derechos amparados por otras garantías jurisdiccionales.

Esto es, como se ha sostenido, la actual Constitución es un “catálogo abierto de derechos fundamentales”, ya no existe la división que la Constitución de 1998 daba a las diferentes clases de derechos. En este sentido Ramiro Ávila sostiene que la acción de protección protege todos los derechos, incluso los derechos del buen vivir.

El sustento constitucional a esta afirmación es que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte²⁸

²⁸ 16 *Ibíd.* Art.- 11 numeral 3.

Eficaz y Preferente

Debe ser eficaz para lo cual el juez deberá dar trámite preferente, es decir, debe darse prioridad en su tramitación, para lo cual, el juez deberá dejar cualquier proceso sobre el cual tenía conocimiento, atenderla de manera prioritaria y observar que el proceso rápido y sencillo debiendo desarrollarse en plazos perentorios. En este sentido, 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, eficaz, que marca una distinción grande con los procedimientos ordinarios que pueden ser complejos, lentos, cerrados; se pueden presentar las acciones de forma verbal, consecuencia de la oralidad y sin citar norma alguna; no se requiere la intermediación de un abogado o abogada.²⁹

Proceso de Conocimiento

Es declarativa por que la pretensión principal del actor es la declaración de la violación de un derecho constitucional, lo que conlleva a que sea un proceso de conocimiento. La consecuencia de esta declaración será la reparación integral por los perjuicios ocasionados por violentar derechos constitucionales. “La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita,

²⁹ Ávila Santamaría Ramiro, Desafíos Constitucionales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Pág.: 102-103

la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.”³⁰

Subsidiariedad

La procedencia de la acción de protección, por mandato de la LOGJCC, está condicionada, entre otras exigencias, a que no se disponga de otro medio eficaz de defensa judicial, es decir, se trata de una acción subsidiaria, pues se la presenta cuando no existe “otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.”³¹

Rubio Llorente dice que en general se entiende a la subsidiariedad como “la necesidad de que haya una determinada secuencia en la intervención de las distintas instancias decisorias, de manera que no haya de ocuparse la superior de lo que puede resolver con eficacia la inferior.”³²

Como se explica más adelante, al tratar sobre el funcionamiento del amparo en Latinoamérica, se podría diferenciar cuatro distintas formas de subsidiariedad, según cómo los países lo han tratado en sus legislaciones. La primera, puede ser interpuesto cuando no existen otras vías de impugnación; la segunda, puede ser interpuesto cuando las vías de

³⁰ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 18.

³¹ *Ibíd.* Art.- 40 numeral 3.

³² 20 Rubio, Francisco, Estudios sobre jurisdicción constitucional, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998. Pág.: 38.

impugnación se han agotado; la tercera, puede ser interpuesto cuando no existe otra vía más idónea; y cuarto, no podrá ser interpuesto cuando se han utilizado simultáneamente otras vías de impugnación para la protección de derechos.

Respecto al principio de subsidiariedad del amparo el Tribunal Constitucional de Colombia, en reiteración de jurisprudencia señala:

“La Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, tanto jurisdiccionales y administrativas, y sólo es posible la procedencia de la acción de tutela cuando las mencionadas vías no existan o no resulten adecuadas para proteger los derechos del recurrente. Esta restricción no es caprichosa”.

En realidad, tiene el objetivo de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales.³³

La importancia de la subsidiariedad en la acción de protección radica en evitar que esta garantía jurisdiccional incurra en la ordinarización, como

³³Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-145/11, Bogotá, 2011. Internet: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-145-11.htm#_ftnref28. Acceso: 28 de marzo de 2013.

ocurrió con el amparo constitucional, en este sentido la Corte Constitucional colombiana ha señalado que:

Si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales.

Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo³⁴

Por lo expuesto, debe ser el juez constitucional, en su rol de juez activista, quien determine si para el caso concreto, existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor y no son lo suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de derechos fundamentales deberá admitir la acción porque la urgencia y la gravedad determinan que la acción sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.³⁵

³⁴ 22Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-177/11, Bogotá, 2011. Internet:http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-177-11.htm#_ftnref3. Acceso: 28 de marzo de 2013.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-177/11, Bogotá, 2011.

Siguiendo este orden de ideas, y sin desconocer la gran importancia de la acción de protección, como garantía para la protección de derechos fundamentales, sostenemos que su ejercicio debe ser razonado. La acción de protección no puede ser utilizada para reemplazar otras acciones, procedimientos o trámites establecidos para la defensa de los derechos ni siquiera con la excusa de que éstos son demasiado engorrosos. Si no se observara adecuadamente la subsidiariedad, desaparecerían todas las acciones judiciales y esta garantía se convirtiera en el único medio para controvertir cualquier diferencia. Es por esto, que es fundamental la interpretación del juez en cada caso concreto.

No se trata entonces de que la tutela proceda simplemente cuando su protección resulte más ágil o más rápida, pues en este caso la tutela dejaría de ser un mecanismo subsidiario. Se trata de que el juez verifique si someter el caso a un procedimiento alternativo puede dar lugar a la consumación del perjuicio sobre el derecho fundamental amenazado o conculcado. En estos casos, por ejemplo, cuando quede demostrado el inminente peligro por la lentitud del proceso ordinario o por la incapacidad del juez para proferir la orden necesaria para proteger el derecho o por su resistencia a hacerlo, el juez constitucional puede y debe dar prioridad a la acción de tutela.³⁶

³⁶ Botero, Catalina, La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional de Colombia, Bogotá, 2006, Consejo Superior de la Judicatura, Pág.: 106.

Requisitos de admisibilidad

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 10 establece los requisitos que deben estar presentes en el contenido de la demanda de las garantías jurisdiccionales:

1. Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fuere la misma persona, de la afectada.
2. Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano accionado.
3. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
4. El lugar donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.
5. El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el accionante lo supiere.
6. Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia.
7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.
8. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos

constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba.

De la lectura de este artículo se puede evidenciar que estos requisitos que debe contener una demanda de garantías jurisdiccionales se ajusta perfectamente al presupuesto constitucional de que para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales no se requerirá de formalidad alguna. Estos requisitos son fundamentales para lograr identificar a las partes y los actos u omisiones cuyo resultado culminó en la violación de derechos. Enfocando de igual manera el garantismo constitucional, la norma citada señala también que si en la demanda se ha omitido alguno los requisitos mencionados, se la deberá completar en tres días término. Si continúa dicha omisión y del relato de los hechos se desprende que existe una violación de derechos, el juez tramitará la causa y subsanará la omisión de requisitos que estén a su alcance³⁷

De igual manera, además de los requisitos que deberá contener la demanda, el juez deberá calificar la admisibilidad de la misma y para ello tomará en cuenta que por mandato constitucional todos los derechos son justiciables y observará que la LOGJCC dispone que se podrá presentar la Acción de Protección cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional

³⁷ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Último inciso del artículo 10.

2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.³⁸

De lo señalado el numeral tercero es el que genera confusión en la administración de justicia, ya que condiciona la admisibilidad y procedencia de la acción de protección a la inexistencia de otro mecanismo judicial adecuado y con ello limita a la presente garantía jurisdiccional. El problema surge cuando el “mecanismo judicial adecuado” no constituya un mecanismo que proteja de manera directa y efectiva derechos amparados por la Constitución y Tratados Internacionales. Es importante apuntar que los mecanismos judiciales ordinarios, en nuestra realidad procesal, tardan en llegar a una resolución. Por lo expuesto, este numeral no debe ser considerado de una manera restrictiva sino debe ser considerado como regulatorio, ya que no en todas las circunstancias en la que surgen las distintas causas procesales, serán las que brinden una protección directa y eficaz a derechos que han sido violentados.

Al respecto la Corte Constitucional de Colombia señala lo siguiente:

Para que la acción de tutela se torne improcedente no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario igualmente precisar su eficacia para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica realizar un estudio analítico del

³⁸ *Ibíd.* Art.- 40

mecanismo judicial “ordinario” previsto por ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto es, hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, realizar un estudio de las circunstancias del caso concreto en que se encuentra el solicitante.³⁹

Causales de Improcedencia

Toda vez que el juez avoque conocimiento de una acción de protección y de no encontrarla procedente, mediante auto, la declarará inadmisibles y especificará por cuál de las siguientes causales de improcedente⁴⁰:

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

Por desprender / desprenderse Cabanellas lo define como el acto de inferirse, derivarse o deducirse⁴¹, es decir, es el juez constitucional quien deberá por medios lógicos interpretativos, máximas de la experiencia y aplicando tanto el derecho como los conocimientos científicamente afianzados, determinar si los hechos expuestos por el actor no constituyen una violación de derechos. Y mediante un auto debidamente motivado, es decir, con una correcta argumentación científica, declarar la improcedencia de la acción y señalar al actor cuál es la vía ordinaria

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-160/10, Bogotá, 8 marzo 2010. Internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-160-10.htm>, Acceso: 14 de marzo de 2013. Pág.: 214.

⁴⁰ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 42.

⁴¹ 41 Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1998, Pág.: 214.

adecuada para la persecución de sus pretensiones. Esto contribuirá al rol activo del juez como garante de los derechos fundamentales.

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

En caso de que el acto haya sido revocado o extinguido, de manera general, resulta claro que no produce efectos, de tal manera que no se puede interponer acción de protección por actos u omisiones que ya no existen, por haber sido excluidos del ordenamiento jurídico, cuya consecuencia jurídica es la pérdida de efectos.

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

La acción de protección es improcedente si se la interpone con el fin de impugnar la constitucionalidad o legalidad de actos u omisiones. En el caso de que se trate de la legalidad, el actor tiene mecanismos idóneos en la justicia ordinaria para que sean resueltos. En caso de que se trate de la constitucionalidad de actos u omisiones el actor, así mismo tiene los mecanismos correctos para que sean resueltos y están dispuestos en la Constitución, donde la Corte Constitucional está facultada para resolverlos⁴²

⁴² 42 Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Art.- 436 numeral 2 y 4.

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

Como ya se explicó en la subsidiariedad de la acción, esta causal de improcedencia constituye una de sus más importantes hipótesis, puesto que se deriva de una de sus características. Se debe entender que la vía adecuada, en la práctica, es el camino correcto para que el actor logre sus pretensiones. Esta causal no debe ser vista como una “barrera impenetrable” para poder interponer la acción de protección.

Tal como se mencionó en líneas anteriores, es el juez constitucional en su rol activista, quien debe a través de la sana crítica, verificar en cada caso concreto, si la vía judicial es adecuada para la protección urgente y efectiva de los derechos.

Al respecto la Corte Constitucional de Colombia señala lo siguiente:

De conformidad con la precisión introducida por esta última disposición, para que la acción de tutela se torne improcedente no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario igualmente constatar la eficacia de este último para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica realizar un estudio ponderado del mecanismo “ordinario” previsto por ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto es,

hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, examinar detenidamente la situación del solicitante.⁴³

Dicho de otra forma, la vía judicial tiene que ser lo suficientemente adecuada para que a través de ella se restablezca el derecho fundamental violado, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho.

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

Cuando el actor pretenda en su demanda la declaración de un derecho, es una causa inherente a la justicia ordinaria, porque cada proceso tiene sus propias características y persiguen un fin. La declaración de un derecho deberá ser tratado en juicio de conocimiento, aplicando la Ley correspondiente según sea el caso, por lo que, la acción de protección nos el mecanismo judicial adecuado para ello.

6. Cuando se trate de providencias judiciales.

No se podrá utilizar la acción de protección como un mecanismo para la protección de derechos conculcados por decisiones judiciales. Para ello, la Constitución ha señalado el mecanismo adecuado, que es la acción extraordinaria de protección, que “procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-339/11, Bogotá, Internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/su339-11.htm>, Acceso: 28 de marzo de 2013.

reconocidos en la Constitución.”⁴⁴ Este recurso será admitido, cuando se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados y cuando el actor demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.⁴⁵

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

La Constitución, de forma expresa, reconoce a la Función Electoral. En materia electoral el órgano encargado de ejercer jurisdicción es el Tribunal Contencioso Electoral, ante procesos Electorales. Alejado de toda interpretación sistemática, el constituyente de forma expresa prohíbe la interposición de garantías jurisdiccionales en contra de la Función Electoral.

Competencia

Tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señalan que la competencia del juez será en lugar donde se origina el acto u omisión o en el lugar donde se producen sus efectos. Los jueces conocerán las causas mediante sorteo si en las respectivas circunscripciones territoriales existen dos o más jueces.

⁴⁴ 44 Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Art.- 94.

⁴⁵ 45 Ibid. Art. - 437.

Acertadamente la LOGJCC va más allá y señala que si la acción de protección se la presenta de forma oral, bastará únicamente la identificación personal para realizar el sorteo correspondiente.

En caso de que la acción de protección sea presentada en días feriados o fuera de los horarios de atención de las distintas judicaturas, la misma será presentada al juez de turno y este será el competente para resolverla. En las causas de protección de derechos se aplicarán las reglas antes mencionadas, y además se tomarán en cuenta para el sorteo a los tribunales penales.

Inhibición

El juez que conozca la interposición de garantías jurisdiccionales, no podrá inhibirse bajo ninguna excusa a conocerlas y resolverlas.

Inadmisión

El juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia.

Legitimación Activa

Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución⁴⁶ Por lo que se denominará legitimación activa, a quien acuda a una autoridad judicial y ponga en conocimiento la existencia de la violación de sus derechos. Esta

⁴⁶ Ibid. Art.- 86 numeral 1.

disposición constitucional evidencia el régimen garantista de un Estado Constitucional de Derechos.

Al referirse a la legitimación activa, Ramiro Ávila señala “La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a persona o grupo de personas alguna. Al Estado y a la comunidad le interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos”⁴⁷ Adicionalmente, menciona que “los llamados hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución son aquellos a quienes les han sido vulnerado sus derechos.”⁴⁸ Por su parte la LOGJCC, guardando armonía con lo establecido en la Constitución, establece que las acciones podrán ser ejercidas: “a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) Por el Defensor del Pueblo”⁴⁹

De lo expuesto, los agraviados directos o indirectos en la violación de sus derechos son aquellos quienes hayan recibido daño, por los actos u omisiones de la autoridad pública no judicial, por políticas públicas, por la prestación de servicios públicos impropios o de particulares.

En nuestra legislación se establece la posibilidad de que el afectado pueda concurrir por sí mismo o por cualquier persona a su nombre

⁴⁷ Ávila Santamaría Ramiro, Constitución del 2008 en el contexto andino, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Pág.: 47

⁴⁸ 48Ávila Santamaría Ramiro, Desafíos Constitucionales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Pág.: 94

⁴⁹ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 9.

aunque no tenga para ello mandato especial, así la LOGJCC, señala que cuando “la acción ha sido presentada por interpuesta persona, se deberá notificar a la persona afectada, quien podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir, deducir los recursos aunque no haya comparecido antes. Incluyendo a los terceros que tengan interés y a los que podrá el juez escuchar en audiencia pública.”⁵⁰

Legitimación Pasiva

La acción de protección procede contra “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.”⁵¹ Para una mejor explicación desglosaremos cada una de ellas.

La acción de protección procede contra “todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.”⁵²

Al poder ser interpuesta contra todo acto u omisión, existe una amplia formulación y es adecuada para lograr la efectividad de la acción cuando

⁵⁰ Ibíd. Art.- 11 y 12.

⁵¹ Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Art.- 88.

⁵² Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art. - 41 numeral 1.

se han violado derechos constitucionales. En este caso la acción se formulará en contra de la máxima autoridad o el representante del órgano que viola o amenaza los derechos del legitimado activo.

También procederá contra “toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.”⁵³ En este caso se deberá aplicar la anterior regla, es decir, que se la interpondrá en contra de la Autoridad responsable de planificar, decidir y/o ejecutar la política pública.

Procede en contra de “todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado”⁵⁴. En cuyo caso se interpondrá en contra de la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, por la acción u omisión que constituya violación de derechos. Esta es una innovación en la Constitución, característica propia de un Estado Garantista de derechos. En este caso cabe realizar una breve explicación si el acto u omisión proveniente de particulares ocurre por delegación o concesión en la prestación de servicios públicos⁵⁵ o si la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.⁵⁶

Cuando hablamos de actos u omisiones provenientes de particulares por delegación o concesión en la prestación de servicios públicos, estamos

⁵³ Ibid. Art. - 41 numeral 2.

⁵⁴ Ibid. Art. - 41 numeral 4.

⁵⁵ Ibid. Art. - 41 numeral 4 literal b.

⁵⁶ Ibid. Art. - 41 numeral 4 literal d.

frente a particulares que actúan en representación del Estado, por lo que ellos deberán respetar los principios de aplicación de derechos que limitan la actuación estatal.

Audiencia Pública

Toda vez que la demanda de acción de protección ha sido calificada dentro de las veinte y cuatro horas siguientes a su presentación, el juez, mediante auto de admisión aceptará a trámite la demanda y fijará día y hora para que se efectúe la Audiencia Pública, en un término que no podrá exceder a los tres días desde que se calificó la demanda. El auto de admisión también deberá contener la orden de correr traslado con la demanda a las personas que deban comparecer a la audiencia. La disposición de que las partes presenten los elementos probatorios para determinar los hechos en el momento de la audiencia y cuando el juez lo considere necesario, la disposición de medidas cautelares que se consideren procedentes.⁵⁷

Convocada la Audiencia Pública en día y hora señalado en el auto de admisión, el juez deberá verificar que las partes hayan sido notificadas en legal y debida forma y atenderá su actuar a lo establecido en el artículo 14 de la LOGJCC, que lo desglosamos de la siguiente manera:

1. La audiencia se llevará a cabo bajo la dirección del juez en el día y hora señalado.

⁵⁷ Ibid. Art. - 13.

2. Bajo la necesidad de que el proceso sea directo y eficaz, la audiencia se llevará a cabo aun cuando la parte accionada no comparezca a la diligencia. Sin embargo, si la parte accionante no comparece a la diligencia, el juez lo considerará como desistimiento. Por otro lado, si la presencia de la persona afectada no es indispensable para probar el daño, la audiencia se podrá llevar a cabo con la presencia del accionante.
3. La audiencia deberá registrarse por cualquier medio que esté al alcance del juez, de preferencia grabación magnetofónica. Donde existan sistemas informáticos se deberá tener un expediente electrónico, salvo documentos que constituyan elementos de prueba, la demanda y su calificación, la contestación a la demanda y la sentencia o el auto que aprueba el acuerdo reparatorio.⁵⁸
4. La audiencia dará inicio con la intervención del accionante, quien de ser posible demostrará el daño y los fundamentos de la acción. La parte accionada contestará única y exclusivamente los fundamentos de la acción, y ambas partes tendrán el lapso de veinte minutos para su intervención.
5. Las partes tendrán derecho a la réplica y dispondrán del lapso de diez minutos para ella. La última intervención estará a cargo del accionante.
6. El juez, para mejor resolver, podrá autorizar la intervención de terceros y tendrán el lapso de diez minutos para ser escuchados.

⁵⁸ Ibid, Art. - 8 numeral 2.

7. El juez deberá hacer las preguntas que crea necesarias para resolver la demanda, controlar la actividad de quienes intervengan y evitar dilaciones innecesarias.

8. El juez podrá suspender la audiencia, cuando creyere necesaria la práctica de pruebas y deberá señalar un nuevo día y hora para continuar con la misma.

9. La audiencia terminará sólo cuando el juez se forme criterio sobre la violación de los derechos y dictará sentencia en forma verbal expresando exclusivamente su decisión sobre el caso.

Es importante añadir que en la misma audiencia, los abogados y las partes que intervengan, deberán legitimar sus intervenciones, ya que no se podrá solicitar un término para ello atendiendo al principio de eficacia de la acción de protección para no tener dilaciones que retarden la resolución de la causa.

En la práctica se ha observado, que los jueces otorgan el lapso de espera de diez minutos que contempla el Código de Procedimiento Civil. Si bien es cierto la norma constitucional señala que no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar el ágil despacho de una garantía jurisdiccional⁵⁹, pero la particularidad de esta actuación procesal se justifica para evitar dejar en indefensión a las partes y sobre todo porque la no comparecencia del accionante se considera como desistimiento tácito. Se observa en la práctica, que esta forma de

⁵⁹ Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Art.- 86 numeral 2 literal e.

proceder se justifica con la disposición final de la LOGJCC que se establece como norma supletoria al Código de Procedimiento Civil.

Prueba

La práctica de pruebas en el desarrollo de una demanda de acción de protección no se encuentra enmarcada dentro de una etapa procesal, porque el fin último de esta garantía jurisdiccional es el amparo directo y eficaz de derechos. La Constitución toma en cuenta que “la forma tradicional de presentar pruebas a los juzgados requiere un gasto en copias certificadas, peritajes, derechos notariales, etc., que excluyen a las personas que carecen de recursos económicos del acceso a la justicia”⁶⁰, y soluciona este problema con el principio de reversión de la carga de la prueba, en las garantías jurisdiccionales, al establecer que “se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.”⁶¹ Y en el caso de que la accionada sea persona natural “se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.”⁶²

Dentro de una demanda de acción de protección existen distintos momentos procesales en los que se pueden presentar o practicar pruebas:

⁶⁰ Cordero David, Nuevas Instituciones del Derechos Constitucional Ecuatoriano, Quito, 2009, INRH, Pág.: 254.

⁶¹ Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Art.- 86 numeral 3.

⁶² Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 16.

1. Al presentar la demanda esta podrá contener “los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales.”⁶³
2. Las afirmaciones que constan en la demanda, mientras que la parte accionada no los desvirtúe.⁶⁴
3. Cuando el juez califica la demanda dispone que las partes presenten los elementos probatorios para determinar los hechos en la audiencia.⁶⁵
4. En la calificación de la demanda o en la audiencia, el juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas, en un término no mayor a ocho días y solo podrá ser ampliado de manera excepcional cuando se demuestre justificadamente la complejidad de la prueba a practicarse.⁶⁵

Como podemos observar la práctica de la prueba queda a discrecionalidad del juez y él puede ordenarla en cualquier momento del proceso y designar comisiones para recabarlas. Los medios de prueba que pueden ser utilizados en el proceso son los contemplados en el Código de Procedimiento Civil ⁶⁶, tales como instrumentos y documentos públicos y privados, testimonios, confesión judicial, inspecciones, etc.

La valoración de la prueba está dada por los principios de valoración, la sana crítica y el principio de interculturalidad, que hace referencia a la diversidad cultural, cuando el accionante o accionado sea una comunidad,

⁶³ Ibíd. Art.- 10 numeral 8.

⁶⁴ Principio de reversión de la carga de la prueba.

⁶⁵ Ibíd., Art.- 16.

⁶⁶ Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005, Arts.- 114-121.

pueblo o nacionalidad, en cuyo caso el juez tomará en cuenta los códigos y valores que han desarrollado las comunidades, pueblos o nacionalidades y serán aplicables de acuerdo a la diversidad cultural si no de acuerdo a la diversidad cultural.

Formas de Terminación del Proceso

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que hay dos formas de terminar un proceso de garantías jurisdiccionales, la primera mediante auto definitivo, que declarará el desistimiento o aprobará el allanamiento, y la última que será mediante sentencia ⁶⁷, que para efectos de la presente vamos a explicar cada uno de ellos.

Auto Definitivo

El proceso podrá terminar con auto definitivo declarando el desistimiento cuando el accionante por razones personales de forma expresa desiste de la acción, en cualquier momento antes de la sentencia. También se terminará el proceso por desistimiento tácito, cuando el accionante, cuya presencia es necesaria para probar daño, no comparece a la audiencia pública en día y hora señalados, sin causa justificada. En ambos casos habrá auto definitivo declarando el desistimiento del accionante y ordenando el archivo de la causa.

⁶⁷ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 15 numeral 1 y 2.

Respecto al desistimiento tácito es criterio de la Corte Constitucional de Colombia que:

“Es la consecuencia jurídica que ha de seguirse, si la parte que promovió un trámite debe cumplir con una carga procesal -de la cual depende la continuación del proceso- y no la cumple en un determinado lapso. Así ocurre, por ejemplo, y de acuerdo con la propia Ley, cuando la actividad se torna indispensable para continuar el trámite de la demanda, de la denuncia del pleito, del llamamiento en garantía, del incidente, o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, y no se realiza”⁶⁸ y es por ello que el juez tiene la facultad de dar por terminado el proceso.

El proceso también podrá terminar con auto definitivo aprobando el allanamiento de la parte accionada, el cual deberá producirse hasta antes de que el juez dicte la sentencia. El allanamiento puede ser total o parcial, el efecto del primero será la terminación de la acción, y el efecto del segundo será la culminación del proceso en los puntos que no haya controversia y el proceso continuará sobre los puntos que no exista acuerdo.

Sentencia

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que una vez que el juez haya formado criterio sobre la violación

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1186/08, Bogotá, 2008. Internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1186-08.htm>, Acceso: 19 de marzo de 2013.

de derechos, de forma oral dictará sentencia en la audiencia pública, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.⁶⁹

Para que “la acción de protección sea considerada una acción efectiva para proteger a las personas de violaciones de sus derechos, dependerá en gran medida del contenido de las sentencias que las resuelvan.”⁷⁰ Por esta razón, en la estructuración de la sentencia debe constar el cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma y al igual que toda sentencia, la de acción de protección también deberá contener la parte expositiva, la parte considerativa y la parte resolutive, pero con los requisitos propios que una sentencia de garantías jurisdiccionales debe tener.

En cuanto a la forma de una sentencia de acción de protección, debe estar expresamente señalado lo siguiente⁷¹

1. La identidad del accionante y de la accionada, quien es la responsable por los actos u omisiones que condujeron a la violación de derechos.
2. La relación coherente de los hechos expuestos y que concluyeron en la afectación de los derechos del accionante.

⁶⁹ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 15 numeral 3.

⁷⁰ Cordero David, Nuevas Instituciones del Derechos Constitucional Ecuatoriano, Quito, 2009, INRH, Pág.: 259.

⁷¹ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 17.

3. El desarrollo racional, utilizando los principios de la sana crítica, sobre las pruebas practicadas y cómo estas le han ayudado a esclarecer los hechos del caso.

4. La adecuada utilización de fuentes del derecho, con las que determinará jurídicamente la existencia o inexistencia de la violación de derechos, determinando así las normas constitucionales que han sido violentadas, cuál es el daño causado al accionante y determinará la forma en la que ese daño será reparado, señalando así las obligaciones positivas y negativas del accionado.

Reparación Integral

En caso de que el juez declare la vulneración de derechos, este ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. El derecho a la reparación integral, es producto de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. La reparación integral consiste en una serie de medidas que están destinadas a regresar a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la violación de sus derechos, siempre y cuando esto sea posible, y si no lo es, estas medidas están destinadas a reducir los efectos de la violación de sus derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado unos criterios generales sobre la reparación, los cuales podrían resumirse así⁷²:

⁷² Acosta, Juana, El Cumplimiento de los fines de Reparación Integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, noviembre 2008, Pág.: 331 y 332.

1. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación.
2. De no ser ello posible, en la respectiva sentencia procede a determinar una serie de medidas para que el Estado, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, repare las consecuencias producidas por las infracciones y, a establecer, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.
3. La obligación de reparar, la cual se regula en todos sus aspectos por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado, alegando razones de derecho interno.
4. La naturaleza y monto de las reparaciones dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial, y éstas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.

Como se puede observar la CIDH ha establecido como debe proceder el derecho a la reparación integral por la violación de derechos, criterio que recoge nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 18 cuando establece el tratamiento de la reparación por daños materiales, inmateriales y patrimoniales o económicos.

En este sentido la Corte Constitucional ecuatoriana señala que⁷³: La reparación integral a los derechos constitucionales conculcados determina

⁷³ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 011-12-SIS-CC, Quito, 27 de marzo de 2012.

que la actuación del juez constitucional se orienta a protegerlos y a garantizarlos, avalando así el fortalecimiento del Estado constitucional como garante del pleno ejercicio de los derechos reconocido en la Constitución y aquellos inherentes a la dignidad humana. Y va más allá, estableciendo que con estas consideraciones, la Corte, como máximo órgano de control e interpretación constitucional, tiene la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias o resoluciones constitucionales y materializar la reparación integral, en caso de existir vulneraciones a los derechos constitucionales.

Reparación por Daño Material e Inmaterial

La reparación por el daño material consiste en la compensación traducida en una suma de dinero correspondiente al daño causado por la violación de derechos, es una medida compensatoria o indemnizatoria. “La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.”⁷⁴

La reparación por daño inmaterial se traduce en medidas de satisfacción, ya que no tienen un alcance pecuniario y donde buscan una repercusión pública. Esta reparación comprende una compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios, por los

⁷⁴ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 18 inciso 2.

sufrimientos causados al accionante o al afectado. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.⁷⁵

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos es más clara cuando se refiere a la reparación integral por un daño inmaterial, manifestando lo siguiente⁷⁶:

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero,(...)Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir y que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad o el consuelo de sus deudos.

⁷⁵ *Ibíd.* Óp. Cit.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú., Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Internet: http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=147, Último acceso: 19 de marzo de 2013.

En ambos casos, los titulares de los derechos conculcados deben ser obligatoriamente escuchados por el juez, para que este pueda determinar la reparación. De ser posible escuchara al titular en la audiencia o caso contrario en el término de ocho días podrá convocar una nueva audiencia para tratar únicamente sobre la reparación que tendrá lugar. “En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse.”⁷⁷

Reparación Económica

Si por cualquier motivo, la reparación consiste en realizar un pago en dinero al titular del derecho conculcado, será una reparación económica, y se la deberá tramitar en juicio verbal sumario ante el mismo juez o en juicio contencioso administrativo, dependiendo si el accionado es un particular o el Estado, respectivamente. De los juicios verbal sumario o contencioso administrativo se podrán interponer los recursos que correspondan de acuerdo con las leyes que los regulen.

Ejecución y Cumplimiento

Tomando en consideración que el objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz a la violación de derechos, no solamente la sentencia debe contener la reparación integral adecuada al caso en concreto sino que también debe existir la eficacia y rapidez en el

⁷⁷ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 18 inciso 3.

cumplimiento de la sentencia. Para que la sentencias sean de eficaz cumplimiento Ramiro Ávila señala que “las sentencias tienen que ser de posible cumplimiento y tienen que ejecutarse, una vez adoptada, por cualquier medio adecuado.”⁷⁸

La LOGJCC en su artículo 21, señala que es el juez quien deberá emplear todos los medios necesarios, adecuados y pertinente para que la sentencia o el acuerdo reparatorio sea ejecutado. Debe entenderse que la ejecución de la sentencia es el imperativo constitucional⁷⁹, que impone a los jueces que hayan dictado la sentencia o acuerdo reparatorio, a hacer cumplir la orden contenida en ella, de tal forma, que es el juez quien deberá “realizar todos los actos tendientes a producir los efectos de la sentencia que concedió el amparo, esto es, la destrucción del acto autoritario respecto del cual fue concedido, si dicho acto constituyó una actuación, una conducta pasiva; o a forzar a la autoridad responsable a actuar si lo que de ella se combatió es una omisión, una abstención de realizar determinada conducta.”⁸⁰

La Ley le otorga al juez facultades para lograr el cumplimiento de las sentencias, será él quien deba velar por cumplir con el objeto de la acción de protección, si bien es cierto la Ley establece que el juez podrá adoptar

⁷⁸ Ávila, Ramiro, Los derechos y sus Garantías, Corte Constitucional, Quito, 2012, Pág.: 239

⁷⁹ Constitución del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Art.- 86 numeral 3 y 4.

⁸⁰ Tron Petit, Jean Claude, Los incidentes en el Juicio de Amparo, Ed. Themis, México, 1997, Pág.: 144.

cualquier medida y esta hace menciona algunas que pueden ser utilizadas⁸¹:

1. Podrá expedir autos para la íntegra ejecución de la sentencia.
2. Podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; y si lo considera necesario, podrá modificar las medidas para el efectivo cumplimiento y sin detrimento de las anteriores.
3. Podrá contar con la Fuerza Pública para el cumplimiento de una medida, así como también podrá delegar la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos, para el correcto cumplimiento de lo dispuesto

Adicionalmente el juez tiene facultades sancionadoras en el caso de que exista incumplimiento de sentencias o que se incumpla lo dispuesto en los acuerdos reparatorios, como las siguientes⁸²:

1. Si el incumplimiento provoca daños, el juez sustanciará un incidente de daños y perjuicios, mediante un procedimiento sumario, contra la persona responsable, sea persona particular o autoridad pública, y la cuantía que se disponga será cobrada mediante apremio real.

El derecho procesal define al incidente como “el procedimiento o conjunto de actos necesarios para sustanciar una cuestión incidental, esto es, aquella que, relacionada con el objeto del proceso, se suscita sobre

⁸¹ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 21.

⁸² *Ibíd.* Art.- 22.

asuntos conexos con dicho objeto o sobre la concurrencia de presupuesto el proceso o de sus actos.”⁸³Se puede decir que el incidente de daños y perjuicios se origina toda vez que se haya determinado el incumplimiento de las medidas dispuestas en sentencias. Por lo que el juez oirá a las partes en un procedimiento sumario en el que se aportarán las pruebas para demostrar que no se ha cumplido con lo dispuesto en la sentencia. La finalidad que persigue el incidente es otorgarle al afectado los mecanismos legales suficientes para que se pueda resarcir los daños causados por la conculcación de sus derechos y evitar que las sentencias de acción de protección se queden nada más que en escritos judiciales como ocurría con el amparo constitucional.

2. Si el incumplimiento de una sentencia o acuerdo reparatorio es de parte de los servidores públicos, el juez tendrá la facultad de ordenar el inicio de un proceso administrativo para la destitución de los servidores públicos. Para Tron Petit si la inexecución de la sentencia ocurre por la desobediencia de las autoridades públicas, estamos frente al desacato. Porque las autoridades responsables, abiertamente o con evasivas se abstienen de cumplir con las obligaciones jurídicas de hacer o no hacer, contenidas en la sentencia.

Los procesos de garantías jurisdiccionales, se archivarán única y exclusivamente cuando se haya ejecutado íntegramente la sentencia o el acuerdo reparatorio.

⁸³ Diccionario Jurídico Espasa. Madrid, 1998, Pág.: 512.

Apelación⁸⁴

Como se mencionó en líneas anteriores el juez deberá dictar sentencia en la audiencia y notificarla por escrito en las siguientes cuarenta y ocho horas. Ahora bien, sobre la sentencia dictada en primera instancia solamente cabe la interposición del recurso de apelación ante la Corte Provincial respectiva, y se radicará por sorteo si en esa Corte Provincial existieren dos o más salas.

La interposición del recurso se lo podrá realizar en la audiencia o dentro del término de tres días⁸⁵ subsiguientes a la notificación de la sentencia. Si el recurso es concedido, se lo concede en efecto devolutivo, es decir, que no se suspenden los efectos contenidos en la sentencia de primera instancia, en razón de que toda acción de protección debe ser resuelta de forma directa e inmediata.

La Corte Provincial resolverá la causa por el mérito del expediente, pero si lo considera necesario podrá ordenar la práctica de todo tipo de prueba y si este es el caso convocará a audiencia pública en el término de ocho días. Y la causa deberá ser resuelta por la Corte Provincial en el término de ocho días después de avocar conocimiento, y si hubo audiencia en el término de ocho días después de concluida.

⁸⁴ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art.- 24.

⁸⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Consulta de Constitucionalidad (Sentencia No. 001-11-SNC-CC), Quito, 04 de febrero de 2011.

4.4. Legislación comparada

El profesor mexicano Fix-Zamudio distingue que en las constituciones de la región, existen tres diferentes situaciones referentes al amparo. La primera, que las Constituciones de Argentina, Brasil, Ecuador, Paraguay y

Perú categorizan tres garantías constitucionales el amparo, el habeas corpus y el habeas data. En segundo lugar, hay constituciones como las de Bolivia, Colombia y Chile donde se categorizan simplemente al amparo y al habeas corpus y el caso de la constitución de Venezuela donde sólo está el amparo y el habeas data. Y en tercer lugar, la constitución de Venezuela que regula en un solo recurso, el amparo, la protección de derechos y la protección a la libertad personal.

En todos los países de la región, las leyes tienden a asegurar la uniformidad de la aplicación e interpretación de la Constitución y la competencia judicial para conocer el amparo se ejerce por juzgados y tribunales ordinarios, que al momento de conocer las garantías constitucionales, se convierte en tribunales y juzgados constitucionales.

4.4.1. Argentina

En Argentina, es llamada Acción de Amparo, nace en 1957 con el famoso caso de Ángel Siri²⁷ y se la vino utilizando mediante precedentes judiciales hasta que fue regulada por Ley en 1966 he incorporada en forma de garantía constitucional en 1994.⁸⁶

La acción de amparo establece expresamente que también pueden protegerse los derechos declarados en los convenios internacionales y en otros derechos establecidos en leyes que se considera que tienen rango constitucional. Solamente puede ser interpuesta cuando no exista otro medio judicial adecuado para la inmediata protección constitucional y se la declarará inadmisibile de cuando ya se han intentado otros recursos de protección de derechos.

En cuanto a la legitimación, la acción de amparo permite que terceros, en nombre de la persona agraviada, puede presentar el recurso. Se permite también la legitimación colectiva, en este caso el Defensor de los Derechos Humanos o Defensor del Pueblo podrá interponer el recurso a nombre de los agraviados o de la colectividad.

Si bien la acción de amparo se puede interponer en contra de actos de las autoridades públicas, está expresamente prohibido interponer el recurso

⁸⁶ Constitución Nacional de la República Argentina, 1994, Capítulo II Derechos y Garantías, Art.-43. Internet: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>. Acceso: 22 de marzo de 2013.

en contra de actos estatales en los cuales se decidan cuestiones políticas, actos relativos a la defensa nacional y actos que afecten el funcionamiento de los servicios públicos.

4.4.2. Bolivia

En Bolivia, es llamado Recurso de Amparo Constitucional⁸⁷, protege a todos aquellos derechos declarados en la Constitución y los establecidos en otras leyes que se considera que tienen rango constitucional. El recurso de amparo constitucional no hace mención expresa a los derechos contenidos en Tratados Internacionales ratificados por Bolivia. Solamente podrá ser interpuesta cuando no exista otro medio judicial adecuado para la inmediata protección constitucional y se la declarará inadmisibles cuando ya se han intentado otros recursos de protección de derechos.

En cuanto a la legitimación, la acción de amparo permite que terceros, en nombre de la persona agraviada, puede presentar el recurso. Se permite también la legitimación colectiva, en este caso el Defensor de los Derechos Humanos o Defensor del Pueblo podrá interponer el recurso a nombre de los agraviados o de la colectividad.

⁸⁷ Constitución de la República de Bolivia, 2008, Título II Garantías de la Persona, Art.- 19. Internet: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucionbolivia.pdf>. Acceso: 22 de marzo de 2013.

4.4.3. Brasil

Llamado Mandamiento de Seguridad⁸⁸, protege los derechos constitucionales líquidos y ciertos podrá ser interpuesto contra actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas y en general. Sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales.

En caso de que los derechos de la colectividad hayan sido conculcados por actos y leyes la Constitución faculta a la colectividad a interponer el “Mandamiento de Seguridad Colectivo”.

El “Mandamiento de Seguridad” solamente puede ser interpuesto cuando se hayan agotado los otros medios judiciales existentes para proteger los derechos constitucionales. La Constitución brasilera, es la única Carta Magna, que no contempla la interposición del amparo en contra de actos u omisiones de los particulares.

4.4.4. Chile

Conocido como Recurso de Protección⁸⁹, reduce el ámbito de protección a los “derechos fundamentales”, como lo es en Colombia y Ecuador, es

⁸⁸ 29 Constitución de la República Federal de Brasil, 1988, Título II Derechos y Garantías Fundamentales, Art.- 5 numeral 68 “Mandado de Segurança”.

Internet: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>.

Acceso: 22 de marzo de 2013.

⁸⁹ 30 Constitución Política de la República de Chile, Capítulo III Derechos Constitucionales, Art.- 20.

Internet http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf.

Acceso: 22 de marzo de 2013.

decir, la protección recae en un catálogo de derechos. Esta es la tendencia seguida en Alemania y España establecida para la protección de solo los “derechos fundamentales”. Solamente podrá ser interpuesta cuando no exista otro medio judicial adecuado para la inmediata protección constitucional y no podrá interponerse cuando ya se hayan intentado otros recursos de protección de derechos.

Cabe mencionar que no existe una ley que regule el recurso de protección, este está regulado en el “Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales de 1977”. Así, Chile es el único país de la región que no contiene en su legislación una Ley que regula al amparo.

4.4.5. Colombia

Se la conoce como Acción de Tutela⁹⁰, reduce el ámbito de protección a los “derechos fundamentales”, como lo es en Chile y Ecuador, es decir, la protección recae en un catálogo de derechos. Esta es la tendencia seguida en Alemania y España establecida para la protección de solo los “derechos fundamentales”.

⁹⁰ Constitución Política de la República de Colombia, 1991, Título II Derechos Garantías y Deberes, Art.- 86.
Internet: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>. Acceso: 22 de marzo de 2013.

La acción de tutela solo podrá ser interpuesta, sí y solo sí, se hayan agotado los otros medios judiciales existentes para proteger los derechos constitucionales.

En cuanto a la legitimación, la acción de tutela permite que terceros, en nombre de la persona agraviada, puede presentar el recurso. Se permite también la legitimación colectiva, en este caso el Defensor de los Derechos Humanos o Defensor del Pueblo podrá interponer el recurso a nombre de los agraviados o de la colectividad.

4.4.6. Paraguay

Llamado simplemente Amparo⁹¹, protege a todos aquellos derechos declarados en la Constitución y los establecidos en otras leyes que se considera que tienen rango constitucional. El recurso de amparo constitucional no hace mención expresa a los derechos contenidos en Tratados Internacionales ratificados por Paraguay.

La regulación del proceso de amparo está regulado como un Capítulo especial en la normativa procesal civil y Solamente podrá ser interpuesta cuando no exista otro medio judicial adecuado para la inmediata protección constitucional.

⁹¹ Constitución de la República de Paraguay, 1992, Capítulo XII Garantías Constitucionales, Art.-134.

Internet: <http://www.redparaguaya.com/constitucion/articulo101a136.asp>. Acceso: 22 de marzo de 2013.

En cuanto a la legitimación el Defensor de los Derechos Humanos o el Defensor del Pueblo pueden interponer el amparo a nombre de los agraviados o de una colectividad. Si bien el amparo se puede interponer en contra de actos de las autoridades públicas, está expresamente prohibido interponerlo en contra de actos estatales que afecten el funcionamiento de los servicios públicos. Si el amparo se lo interpone por una cuestión electoral o relativa a organizaciones políticas, la competencia recaerá sobre la justicia electoral.

4.4.7. Perú

Conocido como Acción de Amparo⁹², procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución y sólo puede ser ejercida cuando se hayan agotado los otros medios judiciales existentes para proteger derechos constitucionales. La acción de amparo será inadmisibles cuando se hayan intentado otros recursos de protección de derechos.

En cuanto a la legitimación, la acción de tutela permite que terceros, en nombre de la persona agraviada, puede presentar el recurso. Se permite también la legitimación colectiva, en este caso el Defensor de los

⁹² 33 Constitución Política del Perú, 1993, Capítulo V Garantías Constitucionales, Art.- 200. Internet:
<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Acceso: 22 de marzo de 2013.

Derechos Humanos o Defensor del Pueblo podrá interponer el recurso a nombre de los agraviados o de la colectividad.

Si bien es cierto la acción de amparo procede contra todo acto de autoridad o funcionario, se prohíbe presentar esta garantía en contra de actos que emanen de los cuerpos electorales, actos del Consejo de la Magistratura y actos en los cuales se decidan cuestiones políticas.

4.4.8. Uruguay

La acción de amparo en Uruguay no tiene rango constitucional, está consagrada mediante Ley. Sin embargo, la jurisprudencia uruguaya ha expresado que el fundamento constitucional de la acción de amparo surge de una interpretación lógica, sistemática y teleológica de los siguientes artículos señalados en la Constitución:

Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.⁹³

Llamada Acción de Amparo⁹⁴, protege cualquier persona pública o privada, contra todo acto, omisión o hecho de autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares, únicamente cuando no exista otro medio judicial adecuado para la inmediata protección constitucional, que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de habeas corpus.

Si bien es cierto, la acción de amparo procede contra todo acto de autoridad estatal, sin embargo no podrá ser interpuesta contra actos de los cuerpos electorales y contra reglamento ejecutivos.

⁹³ Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1997. Arts.- 7, 72 y 332 respectivamente. Internet: <http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-17.19.htm>. Acceso: 23 de marzo de 2013.

⁹⁴ Ley N° 16.011, Acción de Amparo, 1988. Internet: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/TextoLey.asp?Ley=16011&Anchor=>.

4.4.9. Venezuela

Conocida como Acción de Amparo⁹⁵, está contemplada como una acción específica para la protección de los derechos y libertades constitucionales, incluyendo la libertad personal, es el único país de la región que no contempla el habeas corpus en su Constitución, el equivalente es la propia acción de amparo que se la interpone para la protección de la libertad personal.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. La acción de amparo solamente puede ser interpuesta cuando no exista otro medio judicial adecuado para la protección de derechos constitucionales y se la declarará inadmisibile cuando se han intentado otros recursos de protección de derechos. Es importante apunta que la Constitución venezolana señala que el ejercicio de la acción de amparo no podrá ser suspendido por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

En cuanto a la legitimación, la acción de tutela permite que terceros, en nombre de la persona agraviada, puede presentar el recurso. Se permite también la legitimación colectiva, en este caso el Defensor de los Derechos Humanos o Defensor del Pueblo podrá interponer el recurso a nombre de los agraviados o de la colectividad.

⁹⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 2009, Título III Derechos, Garantías y Deberes, Art.- 27. Internet: <http://www.cgr.gob.ve/contenido.php?Cod=048>.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales utilizados

Este trabajo se fundamentó de manera documental, bibliográfica y de campo. Como se trata de una investigación de carácter jurídico utilizamos textos y material relacionados con el derecho administrativo, desde el punto de vista social y jurídico; así como de bibliografía relacionada al problema a indagar.

Las fuentes bibliográficas fueron utilizadas según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecido para la investigación, podemos mencionar que en cuanto al marco conceptual los diccionarios de Manuel Ossorio, Guillermo Cabanellas, Raúl Goldestein, el Diccionario Jurídico Espasa Calpe, la Enciclopedia Jurídica Omeba, etc. Estas fuentes de información me permitieron conceptualizar los diferentes términos referentes a esta tesis, así como determinar sus diferentes acepciones o sinónimos.

En cuanto al análisis de la problemática, constituyendo la doctrina jurídica, recurrí a las sentencias de la Corte Constitucional. autores, doctrinarios o conocedores de la materia, como las violaciones que en esta se pueden producir, que por su extensa experiencia y sapiencia me permitieron apropiarme de ideas y criterios para fundamentar el presente discurso, proporcionándome incalculables conocimientos e interpretaciones sobre la acción de protección. La red de internet constituyó, dentro del marco de

legislación comparada, una fuente sumamente importante de investigación, pues me permitió encontrar la normatividad adecuada, tanto de países como Colombia, Perú, México, etc., misma que aportó de manera sustancial a la concreción de objetivos.

5.2. Métodos

En cuanto a los métodos para desarrollar el presente trabajo de investigación socio-jurídico, me apoyé en primer lugar en el método científico, camino adecuado que me permitió llegar al conocimiento pertinente de la problemática referente a la acción de protección, ya que éste parte de la observación de un hecho o fenómeno de la realidad objetiva, en este caso la insuficiencia normativa, como el centro concreto de estudio o de investigación, y que mediante el uso de las funciones superiores de la personalidad se puede llegar a obtener la verdad acerca de una problemática determinada.

Haciendo uso del método empírico, con el producto del resultado de la experiencia, basándome en la observación de los hechos, acontecimientos y en la práctica concreta, pude llegar a verificar con datos tomados de criterios oportunos y pertinentes, lo referente a los objetivos, tanto general como específicos, encaminados a determinar las falencias normativas dentro de la acción de protección; y, al contraste de hipótesis o conjeturas derivadas de estos.

A través del Método Hipotético-Deductivo que sigue un proceso sistemático, analítico; exponiendo conceptos, principios, definiciones, leyes o normas generales, puede extraer algunas conclusiones o consecuencias, aplicando pasos como la comprobación y demostración de los resultados de la investigación, y así posteriormente acordar las debidas recomendaciones necesarias para la solución de la problemática. El Método Dialéctico me permitió, al ser este un método universal, y al establecer que los conocimientos son comunes en todos los métodos particulares, interpretar la realidad; ya que por él se puede determinar las consecuencias precisas de la problemática y emprender las resoluciones concretas que tienden al bienestar de una sociedad.

5.3. Procedimientos y Técnicas

La observación, el análisis y la síntesis me permitieron obtener la información sustancial para desarrollar la investigación jurídica propuesta. Me auxilié de técnicas adecuadas para la recolección de información, tales como el fichaje bibliográfico y nemotécnico.

Refiriéndonos a la investigación de campo, puedo emitir que en cuanto a la aplicación de encuestas, fueron aplicadas a una muestra poblacional integrada por profesionales especializados en materia constitucional de la ciudad de Quito, luego de un proceso de selección y consulta previa sobre su posibilidad de apoyo a mi trabajo. Además ejecuté la aplicación de diez entrevistas a abogados en libre ejercicio y funcionaria/os de la Corte Constitucional; mismos que se han especializado en el objeto de estudio

de la problemática, ya sea por su experiencia o por sus constantes estudios en la materia, con el objetivo de obtener criterios valederos y pormenorizados referentes a la acción de protección.

Los resultados de la investigación recopilada, como es evidente, se expresan en el presente informe final, mismo que contiene, además de la recopilación bibliográfica y el análisis de resultados que serán expresados mediante cuadros estadísticos que demuestren la incidencia del problema objeto de estudio durante el tiempo analizado; además realicé un adecuado estudio de la problemática, desde diferentes ángulos como el sociológico y principalmente el jurídico, apoyado por importantes criterios de expertos consultados a través de la aplicación de entrevistas.

1. Con todo el trabajo realizado pude llegar a establecer la verificación de los objetivos y la contrastación de hipótesis planteadas al iniciar la investigación jurídica, con lo que posteriormente he podido emitir las conclusiones, recomendaciones y proyecto de reforma destinado a ofrecer una alternativa acerca de la problemática, en cuanto a la mala aplicación de la acción de amparo constitucional por parte de los operadores de justicia.

6. RESULTADOS:

6.1. Interpretación y análisis de los resultados de la entrevista

ENTREVISTA:

A continuación me permito transcribir una entrevista realizada a uno de los servidores del área jurídica de la Corte Constitucional, quien pidió no se dé a conocer su nombre por obvias razones.

BANCO DE PREGUNTAS:

1.- En su experiencia.... ¿qué me puede decir de las garantías jurisdiccionales?

2.- ¿Cree usted correcto que toda jueza o juez conozca causas constitucionales aun no siendo especializado en materia constitucional?

3.- ¿Estima usted que el tiempo estipulado para un juez o jueza en cuanto a resolver causas constitucionales es el suficiente?

4.- ¿Qué me puede decir sobre las sanciones a los jueces por no resolver con celeridad las acciones de amparo?

“La imposición de que sean los Jueces de lo civil o de lo penal, laboral, de la niñez y de la adolescencia, etc., los que conozcan la acción de protección, es otro grave error constitucional y legal, ya que deberían ser jueces constitucionales quiénes conozcan de ésta clase de demandas, si es que pueden llamarse demandas, para evitar la improvisación y el

escándalo, al dejar en manos de juzgadores que no están especializados en materia constitucional, una acción que por ser sumaria y preferente se presenta diariamente en grandes cantidades; bajo la prevención a los jueces, de ser sancionados en caso de no resolver la acción en el término de 48 horas, más otras prevenciones

A los juzgados de lo civil y lo penal en las ciudades de mayor densidad poblacional como Quito, Guayaquil y Cuenca ingresan actualmente sobre las 150 causas al mes, debiendo cada juzgado atender además los juicios recusados, rezagados, incidentes, hábeas data, contratación pública, ley de régimen de propiedad intelectual, diligencias previas, etc.; y, sobre esta pesada carga obligados a resolver en 24 horas alrededor de DOS ACCIONES DE AMPARO CONSTITUCIONAL POR SEMANA, en medio del bullicio, la presión y las exposiciones muy extensas que realizan los profesionales del Derecho en las audiencias; presumiéndose que el juzgador, en sustanciar y resolver cada acción de protección, ocupa un espacio de 8 horas, lo que quiere decir que, durante dos días en cada semana, las demás causas se quedan obligadamente abandonadas por culpa de las acciones de protección, en los juzgados de lo civil; pero en los juzgados de lo Penal la situación es más grave porque la falta de tiempo le obliga al Juez a dejar que prescriba la acción, que se abandone la acusación y aún a que por falta de resolución los sindicatos obtengan la libertad

Habeas Data.- Cuando la Constitución habla de acceder a los "documentos, bancos de datos e informes", se refiere a información de carácter netamente personal, como aquella que consta en registros

creados por instituciones dentro de los cuales se almacena información sobre varias personas, por ejemplo, o en el caso de documentos, aquellos que una persona se ve obligada a depositar en razón del tipo de actividad realizada en alguna dependencia pública o privada. Me parece que la confusión aquí nace por encontrarse en la norma constitucional la palabra "informes", de ahí que, muchas de las acciones de hábeas data se han propuesto contra medios de comunicación como periódicos, en los que se publicaron los nombres de determinado ciudadano en el relato de un hecho acontecido; o se suele solicitar por parte de compañías, informes emitidos asimismo en los medios de comunicación u otros, sobre su situación financiera. Este tipo de datos son tomados por los medios de prensa, de otras instituciones, en las que pueden existir bancos de datos sobre las personas o sobre las empresas, o sobre los bienes de cualquiera de éstas. Por lo tanto, si se considera en estos casos necesaria la interposición de la acción de hábeas data porque se está atentando contra los derechos constitucionales de una persona natural o jurídica, debería acudir a la entidad en la cual reposan efectivamente esos bancos de datos, esto es, al lugar en el que se encuentran los registros en los cuales reposa tal información, por tal razón es necesario la creación o formación de jueces constitucionales para que orienten a los operadores de justicia ya que son personas especializadas en derecho constitucional".

ANÁLISIS:

Particularmente se ha ido decantando la idea positivista de que el valor de las norma está en la norma misma, y que por lo tanto para evitar ciertos abusos al derecho cometidos por algunos jueces y ciertos operadores jurídicos la única alternativa es el cambio o la modificación más o menos profunda de las leyes o del propio texto constitucional. Para cumplir con esta finalidad los estados constitucionales han desarrollado una serie de instrumentos y garantías con distintos tipos de tutela política y jurídica de los derechos, bajo la denominación común y general de garantías constitucionales.

Este mandato solo es posible y efectivamente aplicable si en el ordenamiento jurídico existen definidos los mecanismos para hacer del principio de supremacía constitucional un mandato verdadero. Estos mecanismos jurídicos se conocen como garantías constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales nos conducen a ejercitar el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces, lo que está estrechamente relacionado con el papel que cumplen los funcionarios judiciales en las democracias contemporáneas. El juez ya no es más la boca muda de la ley, sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado. Actualmente en Ecuador existen garantías jurisdiccionales, algunas novedosas en el contexto constitucional ecuatoriano.

6.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

Como lo establece el Proyecto de Investigación Jurídica presentada y aceptada por su autoridad académica, he realizado la aplicación de diez encuestas a una muestra poblacional integrada por funcionarios/as de la Corte Constitucional y a profesionales en libre ejercicio, en la ciudad de Quito, luego de un proceso de selección y consulta previa sobre su posibilidad de apoyo a mi trabajo.

El mecanismo de la encuesta fue operado personalmente, con formularios impresos que contienen cuatro preguntas y que se proponen alcanzar respuestas significativas en tres variables: una afirmativa, otra negativa, y una tercera de fundamentación a las variables anteriores, lo que me permitió obtener, a más de un punto de vista cerrado, criterios relevantes con relación a la problemática estudiada.

El cuestionario aplicado fue el siguiente:

Cuestionario

Primera Pregunta:

1.- ¿Está usted de acuerdo fomentar una cultura de conocimiento tanto en los particulares y en los jueces, para que todos los procesos se desarrollen a la luz del derecho constitucional, más aún en la acción de protección?

Cuadro 1

VARIABLES	FRECUENCIAS	PORCENTAJES
SI	8	80%
NO	2	20%
TOTAL	10	100%

Figura 1

Se puede observar claramente que los encuestados están de acuerdo en que se fomente una cultura de conocimiento tanto en los particulares y en los jueces.



Fuente: Abogados/as en libre ejercicio, funcionaria/os de la Corte Constitucional.

Autora: Marcela Raquel Chávez Moreno

ANÁLISIS: El 80% de la muestra poblacional se ha inclinado por el **SI** como respuesta; y, el 20% ha optado por el **NO**. Quienes han seleccionado el **SI**, basan su criterio en el sentido que en la actualidad

debería fomentarse una cultura de conocimiento en los jueces y particulares y así tener una óptima aplicación de la acción de protección.

Por otra parte, quienes consideran el **NO** como respuesta, advierten que si existe una adecuada aplicación de la acción de protección como garantía.

INTERPRETACIÓN: Por su parte, el Estado tiene la obligación de difundir y promover en todos los niveles de educación, el contenido de la Constitución Política del Estado, no en una forma técnica sino general, pues su conocimiento no es exclusivo de los Legisladores y Jurisconsultos, sino que debería estar a disposición de toda la ciudadanía. Ahora que estamos nuevamente frente a un proceso electoral, para elegir a las personas que elaborarán una nueva Constitución Política del Estado, es hora de evaluar si sus ofrecimientos de campaña se adecuan a la labor de un asambleísta, o en su defecto constituyen una mentira más a los electores. Es conocido por todos como ejemplo que las funciones de los diputados, consejeros y concejales, se subsumen a la fiscalización y legislación, mas no a la administración y ejecución de obras, por esta razón resulta imperioso que los ciudadanos conozcamos cuáles son nuestros derechos, así como las atribuciones y obligaciones que les compete a cada una de las Funciones del Estado y sus instituciones públicas, para discernir cuando un candidato realiza ofrecimientos que los puede cumplir y cuando podemos considerar a sus ofrecimientos como una falacia.

Segunda pregunta:

2.- ¿Cree usted que es conveniente proteger, aunque de manera subsidiaria, los derechos constitucionales de los ecuatorianos frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares que puedan afectar tales derechos?

Cuadro 2

VARIABLES	FRECUENCIAS	PORCENTAJES
SI	9	90%
NO	1	10%
TOTAL	10	100%

Figura 2

Según respuestas de los encuestados se demuestra que sí es conveniente proteger los derechos constitucionales frente a acciones u omisiones de autoridades públicas.



Fuente: Abogado/as en libre ejercicio, funcionaria/os de la Corte Constitucional.

Autora: Marcela Raquel Chávez Moreno

ANÁLISIS: El 90% de la población encuestada se inclina por el SI, mientras que un 10% se inclina por el NO.

Quienes han seleccionado el SI, basan su respuesta en que hay que respetarse las garantías al debido proceso para que no se vulneren los derechos y garantías constitucionales ya que se estaría afectando enormemente a las personas. Mientras que las personas que contestaron NO, fundan su respuesta en que también el juez/a puede resolver literal y estrictamente apegado a derecho siendo su criterio intocable.

INTERPRETACIÓN: El derecho constitucional, que pertenece al derecho público, se sustenta en la Constitución, un texto jurídico-político que fundamenta el ordenamiento del poder político. La Constitución es la norma suprema de un país, por lo que prevalece sobre cualquier otra normativa o ley.

La Constitución se caracteriza por su rigidez, ya que sólo puede ser modificada bajo ciertas condiciones excepcionales que se encuentran recogidas en su propio texto. La estructura constitucional contempla un preámbulo, una parte dogmática (con los derechos fundamentales procesales y sustantivos) y una parte orgánica (con la creación de los poderes constituidos).

Es importante subrayar que en el mencionado preámbulo adquieren el protagonismo el respeto a los derechos humanos, los valores democráticos, la consagración del Estado del Derecho y lo que es el conjunto de objetivos fundamentales que se establece la Constitución como elemento a conseguir.

En la parte dogmática, por su parte, se dan cuenta de los citados derechos fundamentales así como de sus garantías, los principios rectores de la política social y económica y finalmente los principios constitucionales. Estos no son otros que los valores superiores del ordenamiento jurídico (igualdad, libertad, pluralismo político y justicia), que España es un Estado Social y democrático de Derecho así también como un conjunto de principios de organización política. En este caso toman protagonismo la monarquía parlamentaria, la unidad de la nación española o la solidaridad interterritorial, entre otras cuestiones y pilares fundamentales dentro del país.

Tercera pregunta.

3.- Cuando la Constitución hace referencia a la acción de protección, se entiende que de existir la violación a un derecho constitucional, ¿no debe exigirse ninguna otra acción procesal adicional?

Cuadro 3

VARIABLES	FRECUENCIAS	PORCENTAJES
SI	6	60%
NO	4	40%
TOTAL	10	100%

Figura 3

Sí debe exigirse otra acción procesal ya que se vulneran los derechos y garantías, ya que la violación de un derecho guarda relación con la violación de otros derechos.



Fuente: Abogados/as en libre ejercicio, funcionaria/os de la Corte Constitucional

Autora: Marcela Raquel Chávez Moreno

ANÁLISIS: El 60% de la muestra poblacional se ha inclinado por el **SI** como respuesta; y, el 40% ha optado por el **NO**. Quienes se han inclinado por un Si, sustentan su respuesta en que se tiene que hacer valer los derechos como un todo, haber una norma legal que regule adecuadamente el manejo de la la acción de protección, caso contrario, con los que han respondido No, que susten su respuesta en que en la actual tipificación encontramos algunos pasajes que ya comprenden dicha tipificación.

INTERPRETACIÓN: Una violación de los derechos económicos, sociales y culturales tiene lugar cuando un Estado incumple sus obligaciones de garantizar que tales derechos se disfruten sin discriminación o su obligación de respetarlos, protegerlos y realizarlos. Frecuentemente una violación de tales derechos guarda relación con la violación de otros derechos.

Algunos ejemplos de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales incluyen:

El desalojo forzoso de personas de sus hogares (derecho a una vivienda adecuada); La contaminación del agua, por ejemplo con desechos de instalaciones de propiedad del Estado (derecho a la salud); El hecho de que no se garantice un salario mínimo suficiente para llevar una vida digna (derecho al trabajo); El hecho de no evitar el hambre en todas las zonas y comunidades del país (derecho a la protección contra el hambre); La denegación de acceso a la información o los servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva (derecho a la salud); La segregación

sistemática de los niños con discapacidad de las escuelas generales (derecho a la educación); El hecho de no impedir que los empleadores lleven a cabo discriminaciones en la contratación (por razones de sexo, discapacidad, raza, opinión política, origen social, situación en cuanto al VIH, etc.) (Derecho al trabajo); El hecho de no prohibir que las entidades públicas o privadas destruyan o contaminen los alimentos y sus fuentes, así como los suelos arables y los recursos hídricos (derecho a la alimentación); El hecho de no establecer una limitación razonable de las horas de trabajo en los sectores público y privado (derecho al trabajo); La prohibición de utilizar los idiomas minoritarios o indígenas (derecho a participar en la vida cultural); La denegación de la asistencia social a personas a causa de su condición (por ejemplo, las personas sin un domicilio fijo o las que solicitan asilo) (derecho a la seguridad social); El hecho de no garantizar una licencia de maternidad a las mujeres trabajadoras (protección de la familia y asistencia a ésta); La desconexión arbitraria e ilegal de la red de abastecimiento de agua para uso personal y doméstico (derecho al agua). Pero si existen algunos jueces que exigen se agoten la vía administrativa, para demandar o iniciar la acción de protección.

Cuarta pregunta.

4.- ¿Cree usted que los administradores de justicia, en franca oposición con el activismo judicial, han utilizado de manera indiscriminada la restricción prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para disminuir su carga de trabajo y justificar la negativa a tramitar las Acciones de Protección?

Cuadro 4

VARIABLES	FRECUENCIAS	PORCENTAJES
SI	5	50%
NO	5	50%
TOTAL	10	100%

Figura 4

Se debe reconocer que en la actualidad, los jueces expertos en cualquier materia, pueden conocer causas referentes a materia constitucional, lo cual los reviste inmediatamente de jueces constitucionales, pero sin ser expertos constitucionalistas, derivando así su obligación a la Corte Constitucional para que se pronuncie al respecto.



Fuente: Abogados/as en libre ejercicio, funcionaria/os de la Corte Constitucional

Autora: Marcela Raquel Chávez Moreno

ANÁLISIS: El 50% de la muestra poblacional se ha inclinado por el **SI** como respuesta; y, el 50% ha optado por el **NO**. Quienes se han inclinado por un SI, sustentan que indudablemente son muchos los procesos interpuestos ya que los operadores de justicia tratan de una u otra manera maquillar la validez, aceptando en muchos de los casos y que se avalan con la resolución, pero que en la práctica no es así. Los que han respondido NO, soportan su respuesta en que no sucede esto en nuestro medio ya que se actúa apegado a la Constitución y la Ley.

INTERPRETACIÓN: La Justicia Constitucional es garante y defensora de la Constitución y alude a los procesos constitucionales, en tanto que la Jurisdicción Constitucional se refiere a los órganos especializados que tramitan los procesos constitucionales.

La Justicia Constitucional es el “surgimiento del gobierno de los jueces”, el conjunto de mecanismos constitucionales que se sustentan en el principio de “primacía constitucional”, cuya función es hacer que se cumpla dicho principio.-Esta “primacía constitucional” es: sobre otras normas jurídicas; otros controles de vigencia de la Constitución; y, respecto a actos y no exclusivamente a normas.- La Justicia Constitucional es el conjunto de órganos judiciales para controlar al Estado y defender la libertad y el respeto de las reglas de juego democrático consagradas en la Constitución.- La Justicia Constitucional es un mecanismo para afianzar y garantizar los valores y principios constitucionales; los derechos fundamentales: y, los derechos de las minorías ante las mayorías parlamentarias.- La Justicia Constitucional es un elemento de legitimad democrática y de cambio jurídico.

La imposición de que sean los Jueces de lo civil, de lo penal o niñez y adolescencia, los que conozcan la acción de amparo constitucional, es otro grave error constitucional y legal, ya que deberían ser jueces constitucionales o de amparo quiénes conozcan de ésta clase de demandas, si es que pueden llamarse demandas, para evitar la improvisación y el escándalo, al dejar en manos de juzgadores que no están especializados en materia constitucional, una acción que por ser sumaria y preferente se presenta diariamente en grandes cantidades; bajo la prevención a los jueces, de ser sancionados en caso de no resolver la acción en el término de 48 horas, más otras prevenciones, eso es lo que muchas ocasiones eludan impartir justicia.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de los Objetivos

En el proyecto de investigación jurídica propuesto para esta tesis, he formulado un objetivo general y cuatro objetivos específicos, a los cuales corresponde verificarlos así:

Objetivo General:

- **“Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario de la Constitución de la República del Ecuador para identificar las fortalezas y debilidades de la acción de protección respecto a su eficacia en la tutela efectiva de los derechos constitucionales”** adicionando a esto lo que existe en la **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.**

El objetivo general fue alcanzado satisfactoriamente, pues, sin duda alguna, he podido realizar el análisis de las fortalezas y debilidades de la acción de protección. Después de un arduo trabajo de recopilación y análisis, tanto de información bibliográfica como empírica, determiné la concepción de esta acción, así como la tipificación encontrada en la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional, siendo necesario incorporar una normativa que inste a las autoridades a sancionar a los responsables de la violación de los derechos constitucionales.

Objetivos Específicos:

- **“Demostrar que desde el punto de vista teórico la acción de protección sus fortalezas y debilidades como garantía de derechos son protegidos por el Estado (efecto de sentencia, reparación integral).**

En cuanto al primer objetivo específico puedo manifestar que éste se cumplió a cabalidad y se pudo determinar claramente que, por una parte, de acuerdo al acopio teórico, la acción de protección en algunos países de Latinoamérica encontramos tipificaciones parecidas a la nuestra, pero que en algunas de ellas difiere otorgando mayor responsabilidad a los jueces de manejar adecuadamente la acción de protección.

- **Determinar el procedimiento de la acción de protección, falta de comprensión y aplicación del modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia por parte de los jueces competentes.**

Gracias al análisis de los resultados de la investigación empírica, referente a los resultados de encuestas y entrevistas, he podido determinar la afectación en la mala aplicación de la acción de protección. A más de ellos con acopio teórico constante en la Revisión de Literatura constante en el presente informe de tesis.

- **Concientizar que la acción de protección sea considerada una acción efectiva para proteger a las personas de violaciones de**

sus derechos que dependerá en gran medida del contenido de las sentencias.

Referente a este punto en particular, constaté que se necesita urgentemente la cooperación entre instituciones. Se puede optar por la suscripción de convenios institucionales y así capacitar a jueces y operadores jurídicos.

- **Proponer una reforma constitucional que permita implementar y viabilizar de mejor forma los procedimientos y argumentación jurídica respecto de la acción de protección.**

Luego de la realización de la presente investigación de carácter jurídico, he planteado una propuesta de reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional - LOGJCC, en cuanto a instar a las autoridades correspondientes como administradores de justicia, a que se aplique a conciencia la acción de protección según las normativas- normas, reglas y principios.

Que es necesario que se realice una reforma en la manera en que esta Ley regule la procedencia de la acción de protección a fin de que los jueces estén claros en la forma que deben actuar y sean verdaderos defensores de los derechos y garantías constitucionales frente a los casos de violación o riesgo de violación de los derechos constitucionalmente protegidos.

8. CONCLUSIONES

- En primer lugar debo decir que un elemento sustancial del modelo constitucional ecuatoriano es su garantismo, que permitió superar aquella discusión bizantina sobre la preeminencia del derecho internacional frente al nacional y viceversa, a través del imaginativo acercamiento entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno que se ha producido al establecer como finalidad última de la Constitución y del Estado ecuatoriano la garantía efectiva de los derechos humanos.
- También es necesario considerar que el sistema de garantías jurisdiccionales hace parte esencial y es el elemento más importante que permite al constituyente concretar la filosofía garantista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- Ahora bien, aun cuando los datos porcentuales advertidos en este estudio para la acción de protección, no denotan un abuso, esto no significa que los constituyentes de Montecristi no hubieran cometido errores o que la redacción de los artículos constitucionales sea tan clara que evite errores de interpretación. Particularmente y es algo que he sostenido desde el tiempo del Tribunal Constitucional, el sistema de garantías jurisdiccionales debía estar soportado en una transformación del sistema

difuso de justicia constitucional por un sistema concentrado en donde se garantice la especialización y el conocimiento necesario para administrar justicia en esta compleja materia.

- En ese sentido es obvio que cualquier modificación del capítulo de las garantías que se pretenda hacer, se lo debe realizar con un enorme cuidado y siempre procurando ampliar el contenido y el ámbito de la aplicación e interpretación de las garantías.

- Esto por supuesto no significa que no sea sano y necesario plantear un debate sobre los límites, siempre proporcionales, del sistema de garantías y sus defectos, a efectos de poder, previa la discusión abierta plantear alternativas de solución a los problemas prácticos que se generan al aplicar la Constitución y la LOGJCC, rescatando para ello el papel fundamental de la jurisprudencia que dicte la Corte Constitucional, pues la mejor manera de regular el ámbito, naturaleza, presupuestos y alcances de una garantía, es a través de la fuente sociológica o dinamizadora del derecho, a saber, los precedentes y especialmente la jurisprudencia vinculante.

9. RECOMENDACIONES

- La solución a los problemas que pueden atravesar las garantías no está por tanto en la modificación de la Constitución o la Ley, sino en el cambio de la cultura jurídica ecuatoriana, que como todo cambio cultural es lento y difícil, destacando que los avances llevados a cabo por la Corte Constitucional a través de su Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional son prometedores y constantes en la construcción y consolidación del derecho constitucional ecuatoriano.
- Ahora bien, el hecho de que el problema sea cultural y que por lo tanto una modificación legislativa no resuelve el conflicto, sino que en el mejor de los casos lo aplaza, no significa que no se puedan y se deban hacer cosas, algunas muy urgentes.
- En primer lugar para evitar el sinnúmero de abusos que se cometen contra el espíritu de la Constitución y de la ley es importante continuar y profundizar la difusión (a todo nivel), con todos actores de la sociedad, de los criterios hermenéuticos que dicta semanalmente la Corte Constitucional. Es el caso por ejemplo de las decisiones advertidas en este estudio, así como otras dictadas tanto por la Corte Constitucional para el período de Transición como por la primera Corte Constitucional que han demarcado el alcance de la consulta norma, el papel de la

jurisprudencia en materia de garantías jurisdiccionales, el alcance de la acción de protección, la ultractividad de las disposiciones normativas entre otros tantos aspectos.

- La revalorización de la jurisprudencia como auténtica fuente del derecho en el Ecuador, requiere también de su sistematización, razón por la cual la Relatoría de la Corte Constitucional ha iniciado con la publicación del Repertorio de Justicia Constitucional que tendrá como fin, junto con la Gaceta Constitucional y Registro Oficial, la publicidad de las decisiones del máximo órgano de Justicia Constitucional ecuatoriano. Sólo de esta forma podremos alcanzar un verdadero respeto al precedente constitucional y por tanto una garantía a los derechos de igualdad y seguridad jurídica.
- En particular sería muy importante desarrollar algunas reglas obligatorias que precisen el alcance de los artículos 40 y 42 de la LOGJCC. Es también esencial que la Corte desarrolle reglas sobre cómo debe entenderse el principio de subsidiaridad y los elementos para evitar que se consolide la tendencia actual a la ordinarización del derecho constitucional, particularmente en materia laboral y contencioso administrativo.
- Es necesario que la Corte Constitucional establezca reglas y modelos de argumentación constitucional que les permitan a los

jueces y a los operadores jurídicos entender la diferencia que existe entre asunto de relevancia constitucional y asuntos de legalidad. Esta investigación ahora en curso a través del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, facilitará enormemente la labor de los jueces constitucionales ordinarios, a su publicación.

- Hay también que fortalecer la labor de formación y capacitación continua por parte del Consejo de la Judicatura a través de la escuela judicial, pues sin esa labor titánica jamás lograremos sacar adelante la revolución cultural que implica la aplicación del modelo judicial de garantías constitucionales.
- Adicionalmente debo mencionar que hay que asumir y corregir en lo posible los errores de buena fe cometidos por el constituyente en su afán de consolidar el modelo garantista. Esas modificaciones como se indicó más arriba deberían centrarse en la parte orgánica del sistema, sin vulnerar el contenido de los derechos.
- En ese sentido algo obvio y que hemos venido sosteniendo desde hace años es la necesidad de crear jueces y tribunales especializados en materia constitucional que complementen y ayuden a los jueces ordinarios en la administración de las garantías jurisdiccionales.

- Esto por cuanto en criterio de la Corte Constitucional, y compartido con muchos expertos, la norma constitucional indica que todos los jueces ordinarios son jueces constitucionales, pero no dice que esté prohibida la existencia de jueces especializados en materia constitucional.
- Estos jueces pueden conocer dentro del amplio ámbito constitucional los temas técnicamente más complejos y que requieren mayor especialización.
- Una medida tan fácil como ésta, unida a una interpretación conforme a la Constitución de la norma constitucional que le da competencia en materia de garantías a todos los jueces, nos evitaría costosas reformas constitucionales y preservaría el ámbito intangible de la constitución que es su garantismo.

9.1. PROYECTO DE REFORMA JURÍDICA

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que, en el año 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador, en la que se introducen cambios sustanciales y definitivos en el reconocimiento de los derechos, su sistema de protección y en la estructura del Estado Ecuatoriano;

Que, el artículo 3 de la Constitución de La República dispone que es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos constitucionales y consagrados en los instrumentos internacionales;

Que, es indispensable ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza y la supremacía constitucional.

Que, la justicia constitucional es una herramienta eficaz e idónea para hacer realidad las exigencias del texto constitucional para asegurar la vigencia del principio democrático y para controlar eficazmente la actividad de los poderes públicos y de los particulares;

Que, la Constitución y los tratados internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen que el fin del Estado y de la organización social es el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza y que, para tal efecto, deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes que le permitan amparar a los seres humanos y a la naturaleza frente a actos u omisiones que amenacen o violen sus derechos, y adoptar las medidas pertinentes para asegurar la reparación integral derivada de vías de hecho que vulneren dichos derechos; igual modo, es indispensable que exista un procedimiento cautelar, expedito y eficaz que faculte a los órganos especializados en materia constitucional para dictar medidas urgentes en aquellos casos de que se amenace de modo inminente y grave un derecho, y de esta manera brinde protección oportuna y se eviten daños irreversibles;

Que, es fundamental que las garantías jurisdiccionales sean conocidas por jueces especializados en materia constitucional con sujeción a las normas constitucionales, y que la Corte Constitucional lidere este proceso de constitucionalización de la justicia; y,

Que la redacción actual de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto de la competencia para conocer las garantías jurisdiccionales requiere cambios urgentes

con el fin de que su aplicación sea más efectiva y garantice realmente los derechos de las personas.

Que los jueces no dejen de pronunciarse respecto de la vulneración de derechos constitucionales, so pretexto de aplicar la ley constitucional.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, se expida la siguiente:

REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Artículo 1.- Sustitúyase el artículo 7 por el siguiente:

Art. 7.- Competencia.- Será competente *la jueza o juez constitucional* del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias *juezas o jueces constitucionales competentes*, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley.

La jueza o juez constitucional que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar.

La jueza o juez constitucional de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados.

La creación de juzgados constitucionales estará a cargo de la Corte Constitucional a través de un departamento creado para el efecto, con colaboración del Consejo de la Judicatura.

Artículo 2.- Elimínese el último inciso del artículo 42 y reemplácese por el siguiente:

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

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.

4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

La decisión de la jueza o juez deberá ser motivada y bajo ningún concepto podrá dejar de pronunciarse respecto de la vulneración de derechos constitucionales.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la Sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los once días del mes de junio de dos mil quince.

f.) GABRIELA RIVADENEIRA BURBANO Presidenta

f.) DRA. LIBIA RIVAS ORDÓÑEZ Secretaria General

10. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. Edición, Madrid, 2008.

Alexy, Robert, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Ávila Santamaría, Ramiro, Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ávila Santamaría, Ramiro, Desafíos Constitucionales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, 2008.

Ávila, Ramiro, Los derechos y sus Garantías, Quito, Corte Constitucional, 2012.

Bernal, Carlos, El Derecho de los Derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Bernal, Carlos, Estructura y Límites de la Ponderación, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Ed. Espagrafic, Alicante, 1989.

Beristain, Carlos, Diálogo sobre la reparación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, 26ta. Edición, Buenos Aires, 1998.

Carbonell, Miguel, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

Carbonell, Miguel, Teoría del Neoconstitucionalismo, Ed. Trotta S.A., Madrid, 2007.

Carbonell, Miguel, Desafíos del Nuevo Constitucionalismo en América Latina, en Derecho y Filosofía, Cali, 2010

Dromi, Roberto, Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

Escobar, Claudia, Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2010.

García, Sergio, Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2da. Ed., San José, 2003.

Hernández Sampieri, Roberto y otros, Metodología de la Investigación, McGraw Hill, 4ta. Edición, México, 2006

López, Carlos, Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

11. ANEXOS

11.1 ENCUESTA



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA CARRERA DE DERECHO.

Estimado encuestado/a:

Con la finalidad de obtener mi Título de Abogada, estoy desarrollando un trabajo investigativo en el cual se estudia el **“ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DEL 2008 Y SUS PRINCIPALES FORTALEZAS Y DEBILIDADES”**, por ello acudo a Usted con la finalidad de que se sirva dar respuesta a las siguientes interrogantes planteadas, la información proporcionada será de mucha utilidad, por lo cual agradezco su gentil colaboración.

CUESTIONARIO:

1.- ¿Está usted de acuerdo fomentar una cultura de conocimiento tanto en los particulares y en los jueces, para que todos los procesos se desarrollen a la luz del derecho constitucional, más aún en la acción de protección? SI () NO () ¿Por qué?

2.- ¿Cree usted que es conveniente proteger, aunque de manera subsidiaria, los derechos constitucionales de los ecuatorianos frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares que puedan afectar tales derechos? SI () NO () ¿Por qué?

3.- Cuando la Constitución hace referencia a la acción de protección, se entiende que de existir la violación a un derecho constitucional, ¿no debe exigirse ninguna otra acción procesal adicional? SI () NO () ¿Por qué?

4.- ¿Cree usted que los administradores de justicia, en franca oposición con el activismo judicial, han utilizado de manera indiscriminada la restricción prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para disminuir su carga de trabajo y justificar la negativa a tramitar las Acciones de Protección? SI () NO () ¿Por qué?

11.2. ENTREVISTA

BANCO DE PREGUNTAS:

1.- *En su experiencia.... ¿qué me puede decir de las garantías jurisdiccionales?*

2.- *¿Cree usted correcto que toda jueza o juez conozca causas constitucionales aun no siendo especializado en materia constitucional?*

3.- *¿Estima usted que el tiempo estipulado para un juez o jueza en cuanto a resolver causas constitucionales es el suficiente?*

4.- *¿Qué me puede decir sobre las sanciones a los jueces por no resolver con celeridad las acciones de amparo?*

INDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN	2
2.1. ABSTRACT	5
3. INTRODUCCIÓN	7
4. REVISIÓN DE LITERATURA	10
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	95
6. RESULTADOS	99
7. DISCUSIÓN.....	115
8. CONCLUSIONES	118
9. RECOMENDACIONES	120
9.1. PROPUESTA DE REFORMA.....	124
10. BIBLIOGRAFÍA	129
11. ANEXOS.....	131
ÍNDICE	134