



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“La Acción de Protección Constitucional como garantía de tutela de los derechos”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales
de Justicia de la República del Ecuador

Autora: Verónica González Alvarado

Director: Dr. Sebastián López Hidalgo

CUENCA – ECUADOR

2016

DEDICATORIA

A mis padres y hermano por su apoyo incondicional, en mi vida estudiantil.

AGRADECIMIENTO

Agradezco al personal docente de la escuela de derecho de la Universidad del Azuay, en especial a mi maestro y director, el Dr. Sebastián López Hidalgo, por su tiempo y conocimientos impartidos en el desarrollo de este trabajo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO	3
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	4
ABSTRACT.....	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO NO. 1 LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE TUTELA DE LOS DERECHOS.	8
1.1 El modelo constitucional como garantía de derechos.....	8
1.2 Las Garantías: Concepto y Clasificación.	12
1.3 Del Amparo Constitucional a la Acción de Protección	18
1.4. La Acción de Protección como garantía en la Constitución 2008.	24
1.4.1 Requisitos de Procedibilidad de la Garantía.....	29
1.4.2 Legitimación Activa.	35
1.4.3 Legitimación Pasiva:	36
1.5 Derechos Fundamentales que deben ser tutelados.	37
CAPÍTULO NO. 2 LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.....	42
2.1 Procedimiento de la Acción de Protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.	42
2.2 Causales de Improcedencia de la Acción de Protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.	65
2.3 ¿La Acción de protección una garantía residual según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional?	73
CAPITULO NO. ANÁLISIS DE SENTENCIAS.-.....	77
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	94

RESUMEN

La acción de protección es una garantía constitucional, que tiene la función de garantizar los derechos constitucionales, tanto individuales como colectivos, reconocidos por la carta magna como por tratados internacionales de derechos humanos cuando estos hayan sido vulnerados.

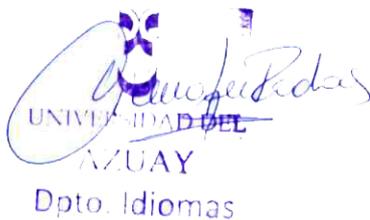
La Acción de Protección es la garantía más amplia de los Derechos Humanos, mediante ella se puede solicitar la protección de un derecho de forma sencilla y rápida.

A través de la acción de protección no se pretende la declaración de un derecho, sino garantizar su cumplimiento y reparación.

En este trabajo en su primera se encuentra definiendo que son las garantías, en el caso concreto las garantías jurisdiccionales, estableciendo las diferencias entre la acción de amparo de la constitución del año 1998 y la acción protección dentro de la constitución del 2008, los requisitos de Procedibilidad de la acción, en el capítulo siguiente el procedimiento de la acción a seguir desde el momento en que esta es presentada, conforme lo indica la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los casos en los que no procede la acción de protección dentro de la misma ley, y por último un análisis práctico de tres sentencias, basándome en lo desarrollado y estudiado en los capítulos anteriores

ABSTRACT

Protective action is a constitutional guarantee which serves to secure both individual and collective constitutional rights recognized by the Magna Carta as well as by international human rights treaties in a fast, simple, and effective manner when these have been infringed. First, this work defines what guarantees are, establishing the differences between *Amparo* or defense action under the 1998 constitution, and protective action under the 2008 constitution. Then, procedural requirements of the action are analyzed. The next chapter deals with the procedure of the action to follow from the time it is presented, as indicated by the Organic Law on Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control; the cases in which the protective action within the same law is not relevant; and finally, a practical analysis of three judgments based on what has been developed and studied in the previous chapters.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

La acción de protección tiene la función de garantizar los derechos tanto individuales como colectivos, de las personas, reconocidos por la constitución y tratados internacionales cuando estos hayan sido vulnerados por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas cuando suponga la privación o goce de los derechos constitucionales.

La Acción de Protección es la garantía más amplia de los Derechos Humanos, mediante ella se puede solicitar la protección de un derecho de forma ágil sencilla y rápida.

A través de la acción de protección no se pretende la declaración de un derecho, sino garantizar su cumplimiento y reparación tanto material como inmaterial.

La Constitución del año 2008, trae reformas como es la implementación de la nueva acción de protección, garantía jurisdiccional de derechos constitucionales que sustituye a la antigua acción de amparo constitucional. En efecto, la acción de protección, a diferencia de la acción de amparo, aparece como un proceso de conocimiento, declarativo, ampliamente reparatorio.

CAPÍTULO NO. 1 LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE TUTELA DE LOS DERECHOS.

1.1 El modelo constitucional como garantía de derechos.

En un Estado de derechos las garantías y cumplimiento de los mismos debe ser considerado un componente primordial, al momento de interpretar y desarrollar cualquier principio constitucional, siendo por este motivo que las garantías deban ser la medida por la cual la Constitución sea aplicada, y que del mismo modo se resuelvan las controversias que puedan ser suscitadas tanto entre las funciones del Estado, como entre ciudadanos y el Estado.

De esta forma al hablar de Estado de Derechos, estamos hablando de aplicar y de interpretar la Constitución, sus reglas y principios teniendo en cuenta los derechos que se encuentran garantizados.

En relación con el Estado de derechos, llamado neo-constitucionalismo, los derechos fundamentales de las personas, constituye el eje central del sistema jurídico, del igual modo existe doctrina que apoya el hecho que el fin del estado es el reconocimiento, impulso, garantía de los derechos que constitucionalmente se encuentran establecidos en la Carta Magna, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

No podríamos hablar de un Estado constitucional de derechos, sin derechos y garantías tanto individuales como colectivas, la violación de los derechos y garantías atenta la dignidad de las personas y a su vez significa un menoscabo al régimen establecido.

“El Estado constitucional de derechos ha adquirido una categoría universalmente aceptada; se sustenta en la filosofía “humanista”, en la axiología de la “personalidad” y en los sólidos cimientos de la “justicia”, la “dignidad”, la

“libertad” y la “igualdad” del “ser”, en una dimensión social y democrática no en el individuo considerado aisladamente en abstracto” (Ordoñez 36)

Un Estado constitucional de Derechos, se asienta en el nivel jerárquico superior sobre otras normas o leyes, por lo que la validez de las normas no depende solamente de la forma de producción sino también de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales; la actividad jurisdiccional se fortalece en la medida en que se debe aplicar las normas, y siempre que éstas sean formales y compatibles con la Ley Fundamental, la Constitución.

La concepción del Estado garantista es característica del Estado constitucional de derechos, avance que se logra con la Constitución del 2008 sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, dicho garantismo, vincula a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos debidamente constituidos.

El Estado protege y hace cumplir los derechos de personas naturales, jurídicas, así como también de las autoridades y políticas públicas ya que en ambos casos pueden estar abusando de su poder económico, social y político. Y siendo a través de las acciones procesales para garantizar el efectivo goce de los derechos constitucionalmente establecidos.

El Ecuador al ser un Estado de Derechos, tiene la obligación constitucional de generar y garantizar el reconocimiento y ejercicio de los derechos, ya que como sostiene la constitución el deber del Estado se radica en respetar y hacer que se respeten los derechos promulgados en la Constitución.

Teniendo así la acción de protección, la finalidad de garantizar de forma directa y eficaz los derechos consagrados en la Constitución.

Se señala expresamente que para el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, los derechos serán plenamente justiciables, y no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento.

En la Constitución del 2008, a partir del Art. 424 destaca la supremacía de la Constitución, reconoce la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, que prevalece frente a cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El principio pro homine (a favor del ciudadano o ciudadana) está previsto con rango constitucional, pues ante la duda las normas constitucionales deben aplicarse en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente.

En este sistema constitucional todo debe funcionar desde la perspectiva de los derechos fundamentales, convirtiéndose los mismos en su eje central, ubicando así a los derechos en igual jerarquía y valor.

Ricardo Guastini, ha llamado: *“La constitucionalización del ordenamiento jurídico”*. *Con finalidad de poder impregnar en todo el ordenamiento jurídico las normas constitucionales. Quién sostiene se tiene que dar las siguientes condiciones de constitucionalización: Una constitución rígida, que sea escrita y que a su vez se encuentre protegida contra la legislación ordinaria teniendo en cuenta que la Constitución se encuentra por encima de la normativa común y no pudiendo ser modificada o derogada por esta última.*

La garantía jurisdiccional de la constitución: esta acepción requiere que aunque la rigidez de la ley fundamental esté formalmente estipulada, la misma no está asegurada si no existe algún tipo de control sobre la conformidad de las leyes con la constitución. La fuerza vinculante de la constitución: que toda norma constitucional independientemente de su estructura o contenido normativo es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de producir efectos jurídicos.

Sobre la interpretación de la Constitución, no existe lugar para la libre discrecionalidad del legislador. Aplicación directa de las normas constitucionales, las normas deben producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en las relaciones entre particulares en ocasión de cualquier controversia, siempre y cuando, la misma no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la misma ofrece lagunas, o porque su solución resultaría injusta.

La interpretación conforme a la constitución, aquella que armonice la ley con la constitución evitando todo tipo de contradicción entre la ley y la constitución. La influencia de la constitucionalización sobre las relaciones políticas, las mismas que dependen del contenido mismo de la constitución, el rol de los jueces que ejerzan el control de constitucionalidad y la orientación de los órganos constitucionales y de los actores políticos.” (Guastini 43)

Luis Prieto Sanchís nos ilustra al manifestar que con la expresión, neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo, o a veces simplemente constitucionalismo, se alude a una presunta nueva cultura jurídica, y que se pueden identificar cuatro acepciones principales.

“En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo.

Así mismo por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato podríamos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista; esto es, cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente del Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica” (Sanchís 101-102)

Los elementos propios de la realidad constitucional ecuatoriana a) la adopción de un modelo de democracia participativa en reemplazo de la antigua democracia representativa; b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; c) el fortalecimiento del papel de los jueces y

la función judicial ; d) la ampliación del sistema de garantías establecido en la Constitución; e) el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas.

1.2 Las Garantías: Concepto y Clasificación.

Guillermo Cabanellas sostiene que *“Garantías constitucionales o individuales: Conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen.”* (Cabanellas)

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, no tiene Constitución” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 16)

El Dr. Julio César Trujillo, dice: *“Jurídicamente, garantías son los mecanismos que la ley pone a disposición de la persona que pueda defender sus derechos, reclamar cuando corren peligro de ser conculcados o indebidamente restringidos, y por último obtener la reparación cuando son violados”* (Trujillo, La acción de amparo 44)

Las garantías constitucionales son mecanismos que se encuentran fundados y reconocidos en la Constitución, con el fin de proteger los derechos de las personas y resarcir las situaciones en las que hayan sido violados, ya sea por una acción u omisión por parte de una autoridad de un órgano del sector público, o por una persona particular.

Es pertinente realizar una pequeña diferencia entre las garantías nacen de las normas jurídicas y las garantías jurisdiccionales, las primeras son las que emanan el Estado, las que regulan los derechos de las personas, políticas públicas que se desprenden de los órganos y autoridades de la administración pública, mientras que las garantías jurisdiccionales provienen de los jueces constitucionales por actos u omisiones tanto de autoridad pública como de particulares, que vulneren derechos, a los mismos que

les corresponde dictar sentencias, cuyas resoluciones protejan y garanticen los derechos que se encuentran consagrados en la Constitución.

“Según la sentencia del juez Marshall, abarcaba la obligación de proteger los derechos, y para ello, no solo tenían que emplear los mecanismos o acciones expresamente creados por la ley para proteger el derecho desconocido, sino hacer uso de cualquier acción que fuera idónea y aun podía crearla para que el titular del derecho no quedara desprotegido, desprotección que sería incompatible con el estado de derechos” (Trujillo, Constitucionalismo Contemporáneo 249)

Las garantías son de ayuda al Estado para que este pueda cumplir con la finalidad de garantizar los derechos constitucionales.

Siendo un desafío para el estado al control tanto de los poderes públicos como privados en defensa de los derechos, logrando un goce efectivo de los mismos

Para una garantía eficaz no solo basta proclamarlo en sí, sino contar con los mecanismos disponibles para efectivizar la tutela de los mismos. Las garantías adecuadas son aquellas que están diseñadas para todos los derechos reconocidos y que produzca el resultado previsto, que es reparar la violación de derechos.

Si la garantía está bien diseñada, el cumplimiento sería cabal. En la teoría garantista de L. Ferrajoli, *“la existencia de un derecho demanda la creación de una garantía adecuada”*. *Si no existe la garantía, hay una omisión de parte del Estado, del legislador, y del juzgador, que debe considerarse como una inconstitucionalidad.”* (Ferrajoli, Derechos Fundamentales y Garantías 36)

“Resulta claro que, por un lado, el constitucionalismo persigue el fin de limitar el poder a través de los derechos y por otro existen terrenos fecundo para la arbitrariedad. Es justamente en este desdoblamiento donde podemos comprender el papel de la garantía en el constitucionalismo contemporáneo, puesto que a esta le corresponde, en el contexto citado, reducir al máximo la arbitrariedad, y por tanto,

vincular el poder al derecho” (R. Á. Santamaría, Neoconstitucionalismo y Sociedad 65)

Las garantías no son solo un instrumento de reparación, sino también un mecanismo de promoción, extendiendo su responsabilidad a todos los poderes y organismos del Estado para que lleven a cabo programas para dar cumplimiento y fortalecer la función de la garantía; como diría el maestro Luigi Ferrajoli “ *Un derecho no garantizado, no sería un verdadero derecho*”. (Ferrajoli, Derechos y garantías. La ley del más débil 59)

Muchas veces se confunden o se los consideran sinónimos a los derechos y garantías, dicha equivalencia puede encontrar su justificación en su positivización misma, cuando se habla de derechos, estamos hablando de derechos fundamentales que viene a ser aquellos derechos que se encuentran anexados a todas las personas, los mismos que son inalienables, estos derechos son constitucionales en la medida en que se encuentren establecidos en la Constitución, mientras que garantía es toda forma, mecanismo, con la finalidad de proteger al derecho; la garantía no condiciona la existencia de un derecho, sino por el contrario la efectividad de su ejercicio.

Ferrajoli se mantuvo en la independencia entre la existencia de un derecho y la existencia de su garantía, basándose que ante la falta de una norma que permita a satisfacer un derecho, o de un medio de acción que exija el cumplimiento de esa obligación, no estaríamos frente a un “no- derecho” sino frente a lagunas.

Como el maestro Ferrajoli las denomina a las lagunas en primarias y secundarias, siendo las primeras cuando una norma no indicará a un sujeto que se encuentra obligado a realizar determinada conducta para lograr la satisfacción de un derecho y secundarias cuando no existas medios que sancionen la violación de una obligación. Siendo los poderes públicos tanto internos, como internacionales los encargados de subsanar estas lagunas, referente a estos últimos Ferrajoli sostiene “*que en un menor grado se han conocido las garantías en apoyo de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales, existiendo una divergencia entre norma y realidad que debe ser colmada o al menos reducida en cuanto fuente de legitimación no sólo*

política sino también jurídica de nuestros ordenamientos” (Ferrajoli, Derechos y garantías. La ley del más débil 64)

En el siglo XX se produce un avance al hablar de un Estado de Derecho, los poderes del Estado se encuentran sometidos a normas formales, sino sustanciales como son principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, produciendo un control constitucional de normas y leyes, y en caso de ocurrir que se encuentre alguna ley o norma que no concuerde o vayan en contra a lo planteado por la constitución estas normas pueden ser anuladas.

El tratadista español Gerardo Pisarello, nos plantea estándares para la elaboración de las garantías, entorno a una construcción *“unitaria, compleja y democrática”* (Pisarello 112)

“Construcción unitaria: Parte de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos tanto civiles, políticos y sociales.

Construcción Compleja: Esta construcción se da cuando son varios los órganos e instituciones que intervienen en la protección de los derechos fundamentales.

Construcción Democrática: Involucrar más la participación de las personas, en el diseño de las garantías.” (Pisarello 113)

El autor Pisarello hace una clasificación de las garantías dividiéndolas en: garantías institucionales y garantías extrainstitucionales.

Garantías institucionales: cuando los medios de protección de los derechos se encuentran en manos de los poderes públicos, que a su vez se subdividen en políticas, semi-políticas, jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales.

Las garantías políticas: su protección se encuentran a cargo de los órganos legislativos y ejecutivos.

Las garantías semi-políticas: están a cargo de órganos externos, independientes de los órganos legislativo y ejecutivo, pero con funciones de control político.

Las garantías jurisdiccionales: son las que están en manos de los tribunales de justicia, órganos que reciben denuncias y tienen la facultad de imponer sanciones.

Garantías extra- institucionales o sociales: la protección de los derechos se coloca en la cabeza de sus propios titulares.

En la actual Constitución del 2008 se le da una mayor importancia al tema de las garantías, teniendo un título independiente de los derechos. Existen tres clasificaciones de las garantías: Garantías Normativas, Políticas públicas, Servicios Públicos y Participación Ciudadana y las Garantías Jurisdiccionales.

Garantías Normativas: Estas Garantías corresponden al Poder Legislativo y a todo órgano con potestad normativa, teniendo la obligación de subordinar a todas las leyes y normas del ordenamiento jurídico a los derechos humanos previstos en la constitución, así como a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Garantías de Política Pública, Servicios Públicos y Participación Ciudadana: Estas Garantías pertenecen al Poder Ejecutivo, por su poder administrativo, teniendo como obligación la adopción de tratados internacionales de derechos humanos, que vinculan a las autoridades a la implementación, ejecución, inclusión, participación y rendición de cuentas de una política pública, con el fin de que se cumplan los derechos que promueve dicha política.

Garantías Jurisdiccionales: Estas garantías le corresponden al Poder Judicial, por su potestad jurisdiccionales, son mecanismos jurídicos de defensa de los derechos constitucionales, estos procesos creados por la Constitución, desarrollados por las leyes de procedimientos y llevados a la práctico por los órganos jurisdiccionales; estas garantías son las más conocidas, ya que en la mayoría de ordenamientos jurídicos contemplan estas garantías.

Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Teniendo un tribunal independiente el control para imponer medidas de reparación ante violaciones a los derechos humanos, y asegurando los derechos de las personas reconocidos en la Constitución, y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cuando hayan sido violados por autoridad pública o personas particulares, pudiendo presentar cualquier persona sin que sea necesario el patrocinio de un abogado.

La protección debe comprender, la declaración de la violación de los derechos y la reparación integral de los daños que se hayan causado producto de la violación siendo la finalidad de estas garantías es la de asegurar y proteger por medio de los órganos jurisdiccionales, de forma inmediata, eficaz y directa.

La Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha creado medidas cautelares con el objeto de Prevenir, interrumpir o impedir la violación de los derechos.

Las garantías creadas por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y son: la acción ordinaria de protección (Art. 88 de la Constitución); la acción extraordinaria de protección (Art. 94 de la Constitución); el hábeas corpus (Art. 89 de la Constitución); el acceso a la información pública (Art. 91 de la Constitución); el hábeas data (Art. 92 de la Constitución); la acción por incumplimiento (Art. 93 de la Constitución); las medidas cautelares (Art. 87 de la Constitución) y la acción de repetición (numeral 9 del artículo 11 de la constitución), a más de estas debemos agregar la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena creada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en los artículos 65 y 66

La Corte Constitucional sostiene que la *“reparación integral debe ser justiciable y exigibles para que los derechos contenidos en la constitución no se conviertan en*

simples enunciados normativos, pues no basta el reconocimiento de estos derechos en la Carta Magna, al contrario el Estado por medio de la constitución, debe plantear los medios reales para hacerlos exigibles y justiciables, logrando entonces impartir una tutela imparcial efectiva y haciendo de la reparación un condicionamiento obligatorio del Estado para que sean derechos plenamente justiciables y no meramente programáticos

La reparación integral debe cumplir entonces, con los principios de eficacia, eficiencia y rapidez del accionar; es además proporcional y suficiente para lograr el cometido anhelado, es decir, reparar el daño generado por la violación de un derecho constitucional y evitar su repetición.” (Resolución Constitucional No.0015-09-SIS-CC)

1.3 Del Amparo Constitucional a la Acción de Protección

La Constitución de 2008 fortalece las garantías constitucionales, la misma que se da por la ampliación del tipo de garantías, así como por el desarrollo de las garantías jurisdiccionales incluidas en la Constitución de 1998.

Las nuevas garantías, que recoge la Constitución del 2008, son las de carácter normativo, las políticas públicas y las garantías políticas o de participación ciudadana. El principal objetivo es el existan diversos mecanismos, a más de las garantías jurisdiccionales, que obligan a las instituciones y autoridades estatales a respetar y desarrollar derechos humanos.

En relación con las garantías jurisdiccionales existen avances considerables respecto a la Constitución de 1998. La Constitución de Montecristi amplía su objeto, así como las posibilidades de quienes pueden ejercerlas. Siendo así, en los “*casos de la acción de protección y del hábeas corpus hay una des formalización y una ampliación tanto de la legitimación activa como del objeto de cada garantía. En el caso del hábeas data hay una ampliación, o al menos una descripción más detallada del objeto de la garantía, mientras que la acción de acceso a la información pública se constitucionaliza, pues antes había sido establecida y regulada solo al nivel de la ley.*” (Jiménez 250)

El carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías, para el resto de jueces que resuelven garantías y unifiquen la interpretación de derechos fundamentales en todo el sistema judicial.

El amparo como una garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos, ha ido avanzando progresivamente hasta convertirse en uno de los principales mecanismos constitucionales de protección de los derechos, en Latinoamérica existen diversos nombres por los que se conoce a la acción constitucional de amparo así como: recurso, acción, garantía, proceso, acción de tutela, recurso de protección, mandato de seguridad. Sin importar su denominación, su naturaleza es la de un mecanismo jurisdiccional de protección de derechos, con un procedimiento ágil.

En el Ecuador la institución del “amparo” se implementa constitucionalmente en el año 1967, no tuvo aplicación, ya que no se expidieron reglas suplementarias para su ejercicio; siendo suprimido hasta que se dan las reformas constitucionales de los años 1996 y 1998. Se trataba de una acción de naturaleza cautelar de derechos subjetivos cautelares.

En el año 1996 se dan reformas a la constitución, publicado en el Registro Oficial No. 969 en el que se publica que cualquier persona pueda acudir a los órganos de la función judicial, para evitar o remediar de manera inmediata las consecuencias de un acto ilegítimo de violación de derechos a consecuencias de actos ilegítimos por parte de una autoridad de la administración pública

“El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial y efectiva de los derechos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado ilegítimo de autoridad de la administración pública, que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos. [...]” (Art. 46 Ley de Control Constitucional julio 1997.)

Posteriormente en el año de 1998 se presentan algunas modificaciones el Art. 95 señalaba:

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

También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. [...]” (Constitución de 1998 Art. 95)

Mediante una reforma en 1998 el Reglamento Orgánico del tribunal Constitucional otorgó al Tribunal Constitucional, la competencia para que el recurso de amparo sea conocido en segunda instancia, con el objetivo de brindar protección al individuo frente a las decisiones por parte de la administración, por lo que dicho recurso se estableció por mandato constitucional, su instrumentación mediante ley y la reglamentación para su admisibilidad a través de resolución.

Una de las principales características de esta acción era justamente la de ser cautelar, es decir, precaver o evitar la consumación de un daño grave e inminente debido a la acción u omisión de una autoridad pública, sin pronunciarse respecto del fondo del asunto planteado.

Siendo el objeto de la acción de amparo constitucional la de tomar “medidas provisionales de defensa o seguridad del derecho, suspender los efectos generados a partir de la adopción o emisión de un acto administrativo.

Por tanto, cuando el accionante activaba una acción de amparo se encontraba en la obligación de justificar una violación a sus derechos subjetivos constitucionales. Lo dicho, fue confirmado en diversas ocasiones por parte de la jurisprudencia constitucional.

Al respecto, Ramiro Ávila Santamaría, señala: *“El concepto de derecho subjetivo, que es restrictivo por depender de la demostración de la titularidad y por ser una acción eminentemente individual, se torna en una camisa de fuerza procedimental que no logra permitir que los otros derechos puedan ser justiciables. La noción de derecho subjetivo evoluciona hacia la noción de derecho fundamental, y la protección civil y penal al derecho subjetivo camina hacia la protección constitucional del derecho fundamental. En sociedades como las nuestras, en las que la exclusión en el goce de derechos es masiva y sistemática, todos los derechos humanos tienen dimensiones de exigencia colectiva; en estos casos la noción de derecho individual se torna inútil o harto imperfecta.”*(Ramiro Ávila Santamaría, (R. Á. Santamaría, El amparo constitucional entre el diseño liberal y la práctica formal 370)

La acción de amparo, no fue efectiva, logrando que el otorgamiento de la acción devenga en incumplimiento de las resoluciones provenientes del Tribunal Constitucional, ya sea por la falta de mecanismos de reparación o la inexactitud de las decisiones adoptadas por el Tribunal.

La falta de especificidad de los mecanismos para cesar y evitar el daño en los procesos de amparo, el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y como tal los mecanismos de reparación que podrían ser adoptados para el real cumplimiento de los mandatos constitucionales, recayendo en una garantía ilusoria cuya aplicación no permitían el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado respecto de la garantía de los derechos constitucionales

que implicaban de manera directa la investigación, sanción y reparación de los daños a consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales.

“El juez debería actuar de inmediato y tomando todas las medidas necesarias para evitar o mitigar el daño; pero en lugar de ello la existencia del requisito de la gravedad e inminencia del daño convirtió al recurso de amparo en un verdadero proceso contencioso donde la prueba de la inminencia y gravedad del daño se transformó en la verdadera razón de ser de un proceso que debía ser informal, rápido y ágil. (R. Á. Santamaría 96)”

La inadecuada operatividad para reparar adecuada e integralmente el daño causado y la virtual imposibilidad de utilizarla rápida y efectivamente como medida cautelar, llevaron al recurso de amparo a una crisis.

Lo que llevó a que en la Constitución del 2008 opte por plantear un sistema mucho más complejo de garantías constitucionales, que individualice los procesos cautelares de protección de los derechos constitucionales, cuyo objeto es el reconocimiento de un derecho y su posterior reparación, estableciendo a las medidas cautelares como mecanismos para evitar o cesar un daño, ya sean vinculados a un proceso de garantías jurisdiccionales o de manera autónoma, siendo este último la mayor evidencia de evolución de la acción de amparo constitucional; llamada acción de protección en la Constitución de 2008.

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

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

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

De acuerdo con la Constitución (art. 88) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (art. 39), la acción de protección tiene como finalidad el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales que han sido efectivamente vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas, o cuando la privación provenga de un particular.

“Artículo 8 Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Art. 8)

Así como en los artículos XVIII y 25 del Pacto de San José, que establecen la obligación general de que tienen todos los Estados democráticos de garantizar que todas las personas pueda contar con un recurso efectivo ante los tribunales para lograr la protección contra aquellos actos que atenten y violen sus derechos, es así que la Constitución concibe a la acción de protección como un mecanismo directo y eficaz para que cualquier persona o colectivo, mediante procedimiento breve, informal y sencillo, acuda ante los jueces para obtener rápida y de manera oportuna la protección necesaria frente a hechos y actos jurídicos que violen efectivamente sus derechos.

“Los derechos constitucionales reclaman de consumo el goce y el prestigio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, y para defender estos derechos tenemos las garantías antes mencionadas, esto era necesario para reforzar la democracia, pues ésta se fortalece

solamente cuando existen mecanismos para reclamar nuestros derechos violados, y de esta forma la nueva Constitución reafirma los principios básicos y consolida su función garantizadora en la vida práctica de la vigencia real de los diversos derechos personales, colectivos y del buen vivir” (Falconí 25)

Siendo a través de estas garantías, que cada persona puede solicitar al órgano constitucional, el reconocimiento, resarcimiento o la ejecución de sus derechos, tal como lo prescribe el Art. 10 y 11 de la Constitución

Ramiro Ávila Santamaría con respecto a la Constitución de Montecristi manifiesta: *“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.” (R. Á. Santamaría, La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva 106)*

1.4. La Acción de Protección como garantía en la Constitución 2008.

Carlos Ramírez Arcila manifiesta que *“La acción es el ejercicio del poder jurídico que tiene todo sujeto de dirigirse a los órganos jurisdiccionales para que procesalmente se le resuelvan sus pretensiones” (Arcila 41)*

Existen disposiciones normativas en el Derecho Internacional, que prescriben que el Estado debe implementar un recurso, acción que sea sencillo, eficaz y rápido, para proteger los derechos fundamentales de las personas. Siendo por esta razón que algunos países ya han introducido el recurso de amparo, acción de tutela y la acción de protección llamada así en nuestro país y en Chile.

La acción de protección como un derecho y garantía constitucional se encuentra en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial Nro. 449 el 20 de octubre del 2008, reemplazando a la “acción de amparo” contemplada en la Constitución del año 1998. Esta acción nace con la finalidad de proteger, resguardar y restaurar los derechos constitucionales de las personas, cuando

estos hayan sido atentados o violados por órganos de la administración pública, representados por los representantes, funcionarios del sector público.

Esta acción protege no sólo a los derechos que se encuentran en la Constitución, sino a todos aquellos derechos que reconoce la Constitución, que no constan de forma expresa, pero son reconocidos, así como por ejemplo los derechos que constan en los instrumentos internacionales vigentes, reconocidos por el Ecuador tal como lo dice el Art. 11 numeral 7 de la Constitución:

Entre los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Ecuador tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.” (Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 8)

“1. 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.

(Convención Americana de Derechos Humanos Art. 25)

Luis Cueva Carrión dice: “que la acción de protección al mismo tiempo que es una acción también es un derecho, un derecho de rango constitucional” (Carrión 87).

“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 indefensión o discriminación” (Asamblea Constituyente Art. 88)

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

En cuanto a su efectividad la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDIH), sostiene que estas acciones deben cumplir y producir los resultados para los cuales fueron creados, siendo los Estados quienes tienen la responsabilidad de la existencia de la norma así como de garantizar la existencia de un debido proceso.

“La peculiaridad de la acción de protección es que se articula como procedimiento establecido con un fin específico: la protección de los derechos reconocidos en la Constitución. La utilización de este procedimiento es solo factible cuando se produce una lesión de derechos; por ello, la inadmisión del recurso será una consecuencia lógica cuando este fundamentado en un acto o disposición que no repercuta de forma directa sobre un derecho” (C. c. Ecuador Art. 97)

Al hablar que la acción de protección es de aplicación directa, se trata de una acción principal, para que sea exigido no se necesita de ningún otro requisito que el que sea reconocido por la Constitución, no tendrán que ser aplicadas normas procesales que tiendan a retardar a la acción, ya que tiene que ser ágil en su tramitación, impidiendo que el juez deje de proteger los derechos bajo uno u otro pretexto, simplemente exige que se los proteja sin más.

Una acción es eficaz cuando sus resultados son positivos, en el caso de la acción de protección, será eficaz cuando se dé una respuesta pronta de manera adecuada y completa a las violaciones de un derecho, en el menor tiempo posible, con la utilización mínima de recursos, cuando estas normas que regulan la acción sean idóneas para lograr alcanzar el objetivo de la acción de protección, las mismas que no necesitan de un medio para ser idóneas por sí mismas.

“En ese sentido, evaluar el funcionamiento de la acción de protección significará evaluar su eficacia, efectividad y eficiencia.

- *Se deberá evaluar la idoneidad de las normas (constitucionales y legales), para alcanzar el fin propuesto (eficacia).*
- *La capacidad de las normas instrumentos de conseguir el objetivo pretendido, es decir el grado de aplicación real de las normas por los órganos competentes y su cumplimiento por parte de los destinatarios (efectividad).*
- *Si los medios para conseguir estos objetivos son adecuados y si se consiguen con el mínimo costo posible (eficiencia).” (C. c. Ecuador 51)*

El objeto de la acción de protección es la de tutelar y restituir de los derechos constitucionales, que se encuentran reconocidos en la Constitución, ante cualquier juez o tribunal jurisdiccional frente ante cualquier acto ilegítimo por parte de una autoridad de la administración pública o de un particular cuando haya causado, cause o pueda llegar a causar un daño inminente grave e irreparable, en la que se tendrá que recurrir a medidas para poner fin a la lesión o evitar el peligro de los derechos o bienes protegidos.

Es una acción procesal oral, universal, informal que protege y garantiza los derechos constitucionales, al tener un carácter universal, puede hacer uso de la misma cualquier persona, sin distinción de raza, religión, educación, sexo, etc. La constitución le otorga a la acción de protección un nivel jerárquico alto, y compromete al Estado a cumplir estándares internacionales, como por el ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Para Cueva Carrión la Acción de Protección *“es la antítesis del poder y frena su uso corrupto, esta es su razón de ser, su esencialidad, por eso debe existir frente a todo poder: porque el poder tiende a desconocer los derechos, a abusar a corromperlo y a dominarlo todo”* (Carrión 17-18)

La importancia consiste, en que por ser una acción al favor de los ciudadanos, dota de carácter preventivo y cautelar frente a la Administración Pública y a los particulares con ejercicio de poder en ciertos casos, y es aplicable su prevención cuando no existen otros medios para la protección o los existentes no sean suficientes y que de no actuar, el daño puede ser grave, y su aplicación debe ser de manera ágil y práctica, para garantizar el respeto y protección de los derechos garantizados en la constitución, siendo así una institución defensora de los derechos de las personas y de efectiva aplicación de las garantías en un Estado Constitucional de Derechos.

La Acción de Protección se caracteriza por ser:

- Una acción y no un recurso, porque no tiene por objeto impugnar resolución judicial alguna, sino que es el mecanismo para por medio de la jurisdicción poner en conocimiento una acto u omisión que vulnere un derecho garantizado en la constitución,
- Una acción cautelar y directa, que da origen a un procedimiento de urgencia, que persigue la adopción de las medidas necesarias para impedir se cause daño y otorgándole la debida protección,
- La acción de protección es un proceso sumarísimo, preferente e inmediato,
- Es una acción preventiva o reparadora, según el caso,
- En su tramitación no cabe inadmisión sin motivación, rechazo por falta de requisitos, ni inhibición del juez, aunque aplicable la excusa según las normas del procedimiento común.
- Permite al juez constitucional disponer la práctica de prueba,

- Permite la intervención de un tercer interesado, debidamente justificado, incluyendo en estos casos a la Procuraduría General del Estado como un tercero pasivo, según el caso.
- Prohíbe presentar más de una acción sobre la misma materia y objeto,
- La sentencia es un acto de naturaleza jurisdiccional, que tiene por objeto la reparación integral de los derechos fundamentales, estableciendo el alcance de dicha reparación, las obligaciones positivas y negativas y las circunstancias en que se debe cumplir, dependiendo de cada caso concreto,
- Los jueces competentes son los jueces de primera instancia del lugar donde se dicta el acto o surte los efectos, por sorteo,
- Es un proceso de doble instancia, la primera ante el juez de primera instancia y la segunda ante la Corte Provincial, cuya resolución es inapelable, definitiva y una vez ejecutoriada se remite a la Corte Constitucional constituyendo la jurisprudencia.

1.4.1 Requisitos de Procedibilidad de la Garantía.

El efecto de la vulneración de los derechos, está en el hecho de causar daño, en la intención de causar perjuicio y resulte afectada una persona al no respetar sus derechos o al no poder ejercerlos.

La acción de protección procede cuando y actúa cuando exista violación de los derechos reconocidos en la Constitución en los siguientes casos:

1. Contra actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
“Esta primera forma de violación se caracteriza porque la autoridad pública no judicial puede vulnerarlos mediante sus actos, sus actuaciones en el ejercicio de sus labores; es decir en forma efectiva, directa y con designio de quebrantarlos. No cabe discutir un descuido de autoridad; sino la intención con la que se realiza” (Carrión 147)

Al decir autoridad pública no judicial nos estamos refiriendo a toda autoridad que no pertenece a la administración de justicia; la acción de protección no cabe cuando

este tipo de autoridad vulnera derechos, ya que contra ellos existen otras medidas como una acción administrativa, civil o penal según el caso.

La autoridad pública no judicial puede vulnerar los derechos de dos formas: *“la primera, mediante sus actos, actuaciones en el ejercicio de sus labores y la segunda omitiendo hacer algo, dejando de hacer o de declarar algo o no ejecutando una orden o una disposición.”* (Aguirre 126)

2. Contra políticas públicas, cuando dichas políticas supongan la privación del goce de los derechos reconocidos por la Constitución

Uno de los deberes principales del estado es el de garantizar sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución, los mismo que deben ser desarrollados a través de las normas, jurisprudencia y las políticas públicas. El estado no sólo debe garantizar sino generar condiciones para su reconocimiento y ejercicio de todos los derechos.

Debiendo entender por políticas públicas *“al conjunto de actividades gubernamentales cuyo objeto fundamental es investigar y determinar las necesidades de los habitantes del Estado para darles una satisfacción adecuada y oportuna a fin de hacer posible el buen vivir, en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y agradable, sin contaminación, donde todos puedan desarrollar libremente la actividad económica, política, social, ideológica, teórica e incrementar su inteligencia emocional.”* (Carrión 150)

Para que proceda la acción es necesario que se prive el o goce, o que se prive el ejercicio de los derechos, basta con que ocurra uno de ellos, ya que si suceden los dos casos a la vez no es posible que proceda la acción de protección.

Al referirnos a cuando las políticas públicas supongan la privación del goce de los derechos reconocidos por la Constitución, en la forma en que se emplea el texto en la Constitución significa que con los indicios que cuenta un sujeto que piensa o cree que existe la posibilidad de que sus derechos sean violados y como consecuencia de por sentado de que esta violación pueda suceder.

3. Contra todo acto u omisión del prestador del servicio público que viole los derechos y garantías

El servicio público, ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de la organización de la administración o regida por la administración pública. Se causa un daño grave al violar los derechos de los sujetos, cuando el servicio público no presta un servicio de manera adecuada e inmediata.

“Un acto de autoridad pública es ilegítimo, cuando ha sido dictado por un autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es sin fundamento o suficiente motivación”
(Resolución Constitucional SCC0273-2008-RA) (26 marzo del 2008)

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

Provoque daño grave;

Presten servicios públicos por delegación o concesión;

La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o de indefensión.

Personas Naturales, son todas aquellas que no pertenecen a la administración pública, sino que se desempeñan en el sector privado, pudiendo ser naturales y jurídicas, la acción de protección cabe tanto para las unas como para las otras.

*Provoque daño grave, para que la acción de protección pueda proceder es necesario no solo que provenga de una persona particular sino que produzca daño grave.

Existe un daño cuando se ocasiona a otro sujeto perjuicio, no solo económicos, sino también daños personales, morales en los derechos y facultades de las personas. Se causa al violar los derechos de las personas cuando por ejemplo se le impide el

acceso a la justicia, se lo discrimina, cuando no se cumple las reglas del debido proceso, etc.

*Presten servicios públicos por delegación o concesión, la delegación deber constar en acuerdos, resoluciones, en los cuales conste detalladamente la forma en la que ejercerán sus atribuciones.

Concesión: La concesión de servicios públicos es un contrato de Derecho Público, por el cual un estado, delega a una persona particular, la potestad necesaria para la prestación eficiente de un servicio público.

La concesión de los servicios públicos en la práctica constituye todo un sistema económico, jurídico y político, que tiene gran importancia en el mundo social y en el desarrollo del buen vivir, por lo que debe ser asumida con total responsabilidad, ofreciendo servicios de buena calidad eficientes, oportunos y en forma responsable y transparente con la única finalidad que beneficie al interés público y a la equidad social.

El servicio que presta el concesionario no debe producir un impacto negativo ni en la población ni el medio ambiente, si esto ocurre, tiene lugar la acción de protección y el concesionario tiene la obligación de asumir el daño reparándolo.

Las características de todo servicio público son universal, permanente, continuo y accesible a todos; caso contrario sería un servicio impropio.

La delegación es cuando una autoridad pública encarga a una persona natural, privada o jurídica, la prestación de un servicio bajo su propio riesgo y responsabilidad.

También es posible delegar funciones a servidores públicos de otras instituciones estatales, siempre que se coordinen las actividades delegadas para la obtención del bien común.

*La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o de indefensión.

La indefensión significa falta de defensa actual o permanente, a quién se le niega medios procesales de defensa. Es una desventaja jurídica en la que se encuentra una de las partes dentro de un proceso.

De ninguna forma y bajo ninguna circunstancia podemos quedar en indefensión, porque la Constitución lo prohíbe y protege nuestro derecho a una defensa amplia y libre mediante las correspondientes acciones judiciales que garantizan nuestros derechos. *“La subordinación es el sometimiento de un sujeto hacia otro en virtud de la existencia de una norma legal”* (Carrión 186)

La subordinación dentro de la prestación de un servicio público, sin ella no sería posible el eficiente y coordinado funcionamiento; la subordinación no implica en forma alguna ningún tipo de servidumbre u obediencia, es más bien la situación en la que se encuentra un sujeto que contribuye con su esfuerzo para que una organización pueda obtener sus fines.

5. Contra todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona

Las diferentes formas de discriminación se encuentran prohibidas no sólo por nuestra Constitución sino también por el Derecho internacional. La discriminación rompe con el principio de igualdad de todas las personas, garantizar la igualdad es un deber del Estado.

Como ha indicado la Corte para que proceda la Acción de Protección:

“Era indispensable la descripción del hecho expuesto con claridad y precisión, puesto que al afirmarse que se han violado sus derechos constitucionales, implica la realización de actos claramente jurídicos, que deben constar debidamente especificados y detallados, y esta precisión es indispensable porque el accionado precisa conocer de las imputaciones que le hacen a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa. Al no haberlo hecho la acción resulta improcedente”
(Resolución Constitucional 0014-09-SCPL)

La protección integral funcionará a través de sistemas especializados de acuerdo con la ley, los mismos que se guiarán por principios específicos del sistema nacional de inclusión y equidad social.

1.4.2 Legitimación Activa.

La persona que acuda ante una autoridad judicial y ponga en conocimiento la existencia de una violación de derechos, se conoce como legitimación activa, es decir corresponde interponer la acción de protección a cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

Ramiro Ávila al referirse a las garantías como herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos, en la Constitución de 2008, 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 y que los llamados hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución son aquellos a quienes les han sido vulnerado sus derechos.”* (R. Á. Santamaría 94)

Podemos decir que Legitimación Activa, comprende a cualquier persona física o jurídica que estime vulnerados sus derechos garantizados en la Constitución; deben tratarse de personas afectadas, las que deberán encontrarse determinadas en la demanda, es decir el no afectado no puede accionar en el recurso de protección.

La LOGJCC, contempla que si la acción ha sido presentada por interpuesta una 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 en la causa para mejor proveer, a los que podrá el juez escuchar en audiencia pública.

También tiene legitimación Activa, para ejercer esta acción el Defensor del Pueblo, quien debe actuar dentro de su competencia, para defender, proteger, tutelar los derechos de los habitantes del Ecuador.

En nuestra actual Constitución el Defensor del Pueblo tiene ya mayor fuerza, como la constitución lo manifiesta en Art. 214 y 215

1.4.3 Legitimación Pasiva:

La Acción de protección procede contra actos u omisiones de autoridad pública y de particulares que violen o amenacen violar los derechos fundamentales. En el caso de que la violación o la amenaza de vulneración de un derecho fundamental provengan de una autoridad pública, su delegatario o de un funcionario de nivel jerárquico inferior, la acción será llevada contra la máxima autoridad o en su defecto contra el representante del órgano que viola o amenaza dicho derecho.

Aunque parecería, que si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción, se entendería, se deben dirigir contra ambos o a la autoridad representante de la institución, a la que pertenecen los cuerpos colegiados.

Ya que en la Acción de Protección, solo se resuelve determinando si existió o no la vulneración del derecho garantizado en la Constitución, sin que importe si quienes dictaron el acto hayan hecho o no la defensa, ello es concordante con el hecho de que no es indispensable que comparezcan los requeridos a la audiencia de la acción de protección ni justificar la vulneración de derechos constitucionales.

En el caso de que provenga de la iniciativa presidencial, correspondería presentar la acción contra el Presidente de la República, con la correspondiente notificación al Procurador General del Estado como Abogado del Estado, en ambos casos.

En el caso de actos provenientes de particulares, la Acción de Protección procederá contra la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, por la acción u omisión que vulnere los derechos garantizados en la Constitución, debiendo demandarse también al representante legal de la institución del estado cuando el particular actúa por representación, concesión o delegación.

Por lo que no cabe duda que el responsable de todos los actos tanto de las autoridades públicas, como de los particulares que prestan servicios a nombre del Estado, es el Estado, por lo que se puede decir que el principio básico de la acción de protección, es dirigirla en contra del Estado, a través del funcionario público

representante de la entidad o empresa pública, a quien se citará por la privación, o amenaza del derecho vulnerado.

Al ser un particular quien, al prestar servicios públicos por delegación o concesión, es responsable el particular y la autoridad pública. En este caso se debe considerar que hay actos de autoridad, manifestados mediante resoluciones o decretos y hay vías de hecho, que pueden provenir de la misma autoridad con los particulares, contra cuyas autoridades procede la acción.

1.5 Derechos Fundamentales que deben ser tutelados.

Derechos fundamentales su significado en el sentido que se le atribuye en el constitucionalismo de hoy, es posterior a la Segunda Guerra Mundial, sin embargo se trata de un término alemán “Grundrechte” que es utilizado por primera vez en la Constitución de 1848 aprobada en Frankfurt, como: “Los derechos fundamentales del pueblo alemán”.

“La influencia ejercida por la Constitución de Weimar, a pesar de su escasa duración, ya que tuvo que perecer ante el ascenso del régimen nazi, es manifiesta en la construcción de la concepción axiológica de los derechos. 30 años después en Alemania, que con motivo de la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en donde se marque el tránsito de la visión programática de los derechos de Weimar, a garantizar los derechos fundamentales en su artículo uno como: “derecho directamente aplicable”, al que se verán vinculados los poderes públicos” .

En palabras de Hans Schneider: *“Después de las experiencias del nacionalsocialismo y de la influencia de las ideas de las potencias de ocupación aliadas, el Consejo parlamentario quiso expresar de manera inequívoca que, con la dignidad humana como valor supremo, también los derechos del hombre y del ciudadano son inviolables en su contenido esencial y obligan a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos”* (Peter).

Se puede entender por derechos fundamentales a aquellos derechos subjetivos que le son propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos

que representan, tienen un reconocimiento constitucional, de ahí que de dicho reconocimiento se derivan consecuencias de tipo jurídico, tales como la tutela judicial efectiva y el contenido esencial.

“Los derechos fundamentales eran concebidos como derechos pre-estatales que el Estado se limitaba a reconocer y que, por tanto, no estaban sujetos a disposición legislativa alguna; en tanto que para otros eran observados como la regulación de un sistema cultural y de valores forjados nacionalmente, con el que la comunidad guarda conformidad y sirve de base legitimadora del orden jurídico positivo.” (Bockenforde, Ernst-Wolfgang. Escritos de derechos fundamentales. Baden-Baden, Nomos, Verlagsgesellschaft. Pág. 97.)

Los derechos fundamentales son la expresión de la dignidad humana, lo que quiere decir que todos los seres humanos poseemos derechos fundamentales, por tener dignidad o calidad de persona humana; así el Estado se limita a reconocer los derechos fundamentales, pues son derechos naturales del hombre; siendo así los derechos humanos, un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las mismas que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos tanto a nivel nacional como internacional.

Ferrajoli nos da una definición teórica sobre derechos fundamentales *“son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos, o de personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”* (Ferrajoli Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 37)

Fue con la Ley Fundamental de Bonn y con la Declaración Mundial de los Derechos Humanos de 1948, que entra en real vigencia esa nueva concepción de los derechos como valor.

Schneider dice que *“por principio en el Estado de derecho, no solo se fundamentan exigencias de tipo subjetivo, sino que además se normativiza en su contenido central el orden jurídico completo de la comunidad, por ello, señala como el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sostenido en su momento como los derechos fundamentales, no aparecen solamente como derechos de defensa del ciudadano frente a la posible arbitrariedad del Estado, sino que simultáneamente son elementos del ordenamiento objetivo, es decir, normas jurídicas de tipo objetivo que forman parte de un “sistema axiológico” que desea tener un ámbito de validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental para el derecho en todos sus sectores.”* (Peter 237)

Derechos Civiles, esto es los que afectan de modo más directo a la persona, y entre los más importantes tenemos: el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, a la libertad, a la seguridad, a la dignidad, a la libertad de pensamiento y conciencia, a la libre profesión de una religión y a la inviolabilidad del domicilio; y,

Derechos Políticos, son los que se refieren a la intervención del ciudadano en la vida pública y así tenemos: la libertad de expresión y de información, la libertad de asociación y reunión, el libre acceso a la justicia, el derecho al sufragio, el derecho a participar en el gobierno, el derecho a exigir del poder público que rinda cuentas de esa actividad, los derechos socioculturales, etc.

Actualmente ya no existen las tres generaciones de derechos que reconocía la Constitución Política de 1998; estos son los derechos primera generación, que eran los derechos civiles y políticos; los de segunda generación, eran los derechos económicos, sociales y culturales; los de tercera generación eran los derechos colectivos, hoy en la Constitución de la República vigente.

La Constitución del Ecuador, en el Título Segundo trata sobre los derechos y entre ellos:

- a) Los derechos del buen vivir, que comprenden los de: agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social (Arts. 12 al 34);
- b) Los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, que comprenden los de: adultas y adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad y personas usuarias y consumidoras (Arts. 35 al 55); y,
- c) Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, que comprenden: los derechos de participación, los derechos de libertad, los derechos de la naturaleza, los derechos de protección y las responsabilidades, debiendo anotar que la Constitución de la República vigente reconoce que los Derechos de la Naturaleza o Pachamama se los contempla, porque en la Madre Naturaleza se reproduce y realiza la vida, por eso cuenta con derechos y hoy es sujeto y no objeto de los mismos (Arts. 56 al 83).

La doctrina señala las características de estos derechos, son las siguientes:

1. Son justiciables;
2. No restricción, o sea son progresivos;
3. Pro ser humano, esto es pro homini; y,
4. Son integrales; esto es: inalienables, irrenunciables, no prescriptibles, indivisibles e interdependientes

Los derechos fundamentales nacen con la Constitución moderna, o lo que es lo mismo, los derechos fundamentales aparecen con las constituciones, en los actuales contextos los Tratados Internacionales de protección de los derechos humanos forman parte también de dicha regulación.

Podemos decir que el nuevo rol asignado a los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, implica la protección de los derechos individuales de la persona, o sea los derechos clásicos de defensa de la libertad frente al Estado, si bien a este, se suman ahora la protección de las cuestiones sociales y colectivas de la subjetividad, en tanto que en el plano objetivo nos referimos a cómo esos derechos y

concretamente la realización de sus contenidos permiten alcanzar los valores y principios contenidos en una Constitución.

Desde una visión de un constitucionalismo pleno debe condicionar la legislación menor, las decisiones judiciales, así como las administrativas, las políticas públicas, en fin todas las formas de expresión del poder público en su relación con los particulares, así como en las relaciones entre particulares, o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

Se debe señalar que su papel en el orden jurídico depende de cuatro elementos que conllevan una relación entre sí: la fuerza vinculante; la institucionalización; el contenido ;la estructura, que significan que los derechos constituyen derecho directamente aplicable, que vincula a los poderes públicos, debiendo ser garantizado dicho carácter de modo institucional por medio de la justicia constitucional, existiendo un debate en lo que hace alusión a los contenidos y a la estructura, puesto que, solo si se conocen los contenidos como la forma de construcción de los derechos, se podrá comprender los dos primeros elementos, esto es, la vinculación y la institucionalización.

CAPÍTULO NO. 2 LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

2.1 Procedimiento de la Acción de Protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El procedimiento de las garantías jurisdiccionales, en las que se incluye la acción de protección, será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias, serán hábiles todos los días y horas, podrá proponerse oralmente o por escrito, sin formalidades, no requiere citar la norma infringida, ni será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. Debiendo efectuar las notificaciones por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

Sencillo: Tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al hablar que el procedimiento debe ser sencillo, sin dificultades ni trabas al momento de presentar una acción, de igual forma al momento de notificar a los legitimados, el juez o jueza los realizará por los medios que estén a su alcance siendo de preferencia medios electrónicos.

Artículo 86: *“Las garantías jurisdiccionales se regirán en general, por las siguientes disposiciones:*

- a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.”* (Asamblea Constituyente, págs. Art, 86 num 2 literal a)

Artículo 31: *Procedimiento.*-“*El procedimiento para ordenar medidas cautelares será informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases. La jueza o el juez tendrán la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado.”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 31)

El juez es quien controla la actividad de las partes, evitando que se produzcan dilataciones innecesarias, con la finalidad de que se cumplan los objetivos de los procesos constitucionales, reuniendo la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas en el menor número posible de actuaciones, cumpliendo de esta forma el principio de economía procesal.

Rápido: Es el mecanismo que deben adoptar los operadores judiciales, para dar una atención oportuna a la acción presentada, esta rapidez o celeridad se debe dar en los siguientes momentos procesales:

- *“Al momento de presentarse la pretensión de forma verbal, corresponde al juzgador reducirla a escrito en ese momento.*
- *En convocar a audiencia pública, en un término no mayor a tres días.*
- *La prohibición de generar incidentes.*
- *El uso de cualquier medio a más eficaz para la notificación.*
- *El pronunciamiento del juez en la misma audiencia y emitir la resolución escrita en las siguientes cuarenta y ocho horas.”* (Cevallos, 2009, pág. 155)

La rapidez o la celeridad consisten en que el trámite de las garantías jurisdiccionales se desarrolla con la mayor sencillez, prontitud y oportunidad; debiendo el procedimiento llevarse por la vía más apta, más acorde a todas las circunstancias que el caso presente, logrando el objetivo y la eficacia que el proceso constitucional lo requiere.

Tal es la celeridad que se exige en el proceso jurisdiccional que se exige el proceso jurisdiccional, que la jueza o juez tiene el deber de impulsar de oficio el proceso constitucional hasta su conclusión. Consistiendo en dirigir y sustanciar el proceso según los tiempos de cada etapa, plazos y términos previstos en la ley.

Por su parte el Código Orgánico de la Función Judicial también nos hace referencia a la celeridad dentro del proceso. Artículo. 20.- *“PRINCIPIO DE CELERIDAD.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido.*

Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, pág. Art. 20).

La Corte Constitucional de Colombia señala: *“que el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, no puede ser un principio absoluto, sino que implica un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa”* (Corte Constitucional de Colombia, págs. C-543-11)

Eficaz: es el medio de poder obrar o realizar algo para obtener un resultado acorde a lo que pretende, judicialmente sería una vía que permita obtener un resultado en el menor tiempo posible, oportunamente.

Tanto la Constitución como La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señalan que el objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; por lo tanto la vía judicial que se escoja para conseguir el amparo de los derechos debe cumplir con estas condiciones, de no cumplirlas la vía judicial no es adecuada ni eficaz.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que una vía judicial es eficaz, cuando permite determinar la existencia de la violación de los derechos, cuando otorga el medio necesario para remediar la violación y cuando se dan respuestas adecuadas y satisfactorias a la vulneración de los derechos.

“Una acción es eficaz cuando sus resultados son positivos, y que esta cumplirá su objeto si da una respuesta pronta, adecuada y completa a las violaciones de los derechos. Que la protección directa y eficaz, significa que debe concretarse

en forma práctica y descender en auxilio de las personas en forma derecha, con certeza, con seguridad y con prontitud.” (Carrión, 2011, pág. 127)

Presentación de la demanda: La demanda puede ser presentada por cualquier persona, en forma individual o colectiva, oral o por escrito.

La normativa jurídica no exige ningún tipo de formalidad, la demanda de acción de protección es inminentemente informal.

Artículo 86: “Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:

c.) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.” (Asamblea Constituyente, pág. Art. 86 Num 2 Literal c)

Al ser la misma ley que no requiere formalidades, los jueces no pueden inadmitir una demanda de acción de protección por falta de las mismas, si a su criterio le hiciera falta

Artículo 4.” Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 4)

Toda vez que no requiera de solemnidades o del patrocinio de un abogado para interponer la acción o para apelar; no obstante el juez debe tener presente que si

el accionante lo solicitara debe designar a un defensor público; abogado de la Defensoría del Pueblo o a un asistente comunitario como lo determina el Código Orgánico de la Función Judicial

Artículo 327.- “Intervención de los abogados en el patrocinio de las causas.- En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal. Quienes se hallen en incapacidad económica para contratar los servicios de un abogado tendrán derecho a ser patrocinado por los defensores públicos.

En los tribunales y juzgados no se admitirá escrito alguno que no esté firmado por un abogado incorporado al Foro, excepto en el caso de la tramitación de procesos relativos a garantías jurisdiccionales y las causas que conozcan las juezas y jueces de paz.

Cuando un abogado se presente por primera vez en un proceso patrocinando a una de las partes, el actuario verificará que se le presente el original del carné de inscripción en la matrícula, debiendo incorporar al proceso una copia del mismo.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, pág. Art. 327)

Las demandas de garantías constitucionales deben cumplir con los requisitos que señala el Artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Artículo. 10.- “Contenido de la demanda de garantía.- La demanda, al menos, contendrá:

- 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.*

Si la demanda no contiene los elementos anteriores, se dispondrá que se la complete en el término de tres días. Transcurrido este término, si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 10)

A la demanda se debe adjuntar todos los documentos que sirvan para establecer que se produjo la violación de los derechos reconocidos por la Constitución, de esta forma el juzgador tendrá una fuente de información, para poder dictar sentencia.

No se puede presentar más de una vez una garantía jurisdiccional con la misma pretensión, en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones; caso contrario, se configuraría un abuso al derecho, ante lo cual el

juez tiene la potestad de imponer las sanciones de acuerdo a lo que señala el Código Orgánico de la Función Judicial.

Calificación de la demanda: Si al requerimiento falta uno de los elementos, se mandará a completar en el término de tres días. Si no se completa y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave, se debe subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance, que no pueden ser otros que los que se encuentran contemplados en el Art. 10 de la LOGJCC. Entendiéndose que la informalidad obliga a que la jueza o juez no deseche de plano por las formalidades.

Artículo 13.- “Calificación de la demanda de garantía.- La jueza o juez calificará la demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación. La calificación de la demanda deberá contener:

- 1. La aceptación al trámite, o la indicación de su inadmisión debidamente motivada.*
- 2. El día y hora en que se efectuará la audiencia, que no podrá fijarse en un término mayor de tres días desde la fecha en que se calificó la demanda.*
- 3. La orden de correr traslado con la demanda a las personas que deben comparecer a la audiencia.*
- 4. La disposición de que las partes presenten los elementos probatorios para determinar los hechos en la audiencia, cuando la jueza o juez lo considere necesario.*
- 5. La orden de la medida o medidas cautelares, cuando la jueza o juez las considere procedentes.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 13)*

La LOGJCC, señala que al momento de calificar la aceptación del trámite, al igual que se califica la procedencia, se califica la improcedencia la que mediante auto, de manera sucinta la jueza o juez, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma; casos que se encuentran en el Art. 41 de la ley, los mismo que fueron analizados en el capítulo anterior.

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

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

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 42) En el resto de casos debe llevarse a cabo la audiencia y mediante sentencia debe declararse el rechazo de la acción.

El contenido del auto de calificación de la demanda debe contener la fecha de expedición; la calificación de la demanda; su aceptación a trámite o la inadmisión debidamente motivada; la disposición para que se corra traslado a las partes; se señale casillero judicial; señalamiento del día y hora en el que se llevará a cabo la audiencia; la orden para que las partes presenten elementos probatorios, para determinar los hechos cuando los hechos cuando el juez lo considere necesario; la orden para que se practiquen las pruebas.

Artículo 13: “Calificación de la demanda de garantía.- La jueza o juez calificará la demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación. La calificación de la demanda deberá contener:

1. *El día y hora en que se efectuará la audiencia, que no podrá fijarse en un término mayor de tres días desde la fecha en que se calificó la demanda”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 13 num 2)

El artículo 7 de la LOGJCC señala la prohibición del juez de inhibirse en el conocimiento de las garantías jurisdiccionales, sin perjuicio de la excusa a la que hubiere lugar.

Notificación a las partes procesales: En la acción de protección de igual como lo era en la acción de amparo, no se cita al demandado, se lo notifica, así lo dispone el Artículo 8: *“Normas comunes a todo procedimiento.- Serán aplicables las siguientes normas:*

2. *Las notificaciones se harán por los medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez, de la persona legitimada activa y de la persona, entidad u órgano responsable del acto u omisión. De ser posible se preferirán medios electrónicos.”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 8 Num. 4)

En esta misma ley en artículo 13 numeral tercero dispone lo siguiente: *“3. La orden de correr traslado con la demanda a las personas que deben comparecer a la audiencia.”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 8 Num. 3)

La notificación es el primer acto procesal con el que se le hace conocer a la parte accionada la demanda de acción de protección, el auto de calificación y con ella se completa la relación procesal que tendrá el juez, accionante, demandado y tercero en caso de existir. Debiendo realizarse la notificación en forma oportuna, para que se presente a la audiencia, y el demandado pueda presentar sus medios de defensa.

Medidas cautelares en el auto de aceptación de la demanda: En el artículo 87 de la Constitución habla respecto de las medidas cautelares señalando: *“Se podrá ordenar medidas cautelares conjunta o independiente 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.”

En el mismo auto de aceptación de la demanda se puede ordenar, también de forma posterior o independientemente de la acción de protección.

“Estas medidas cautelares no son definitivas ni irrevocables. Tienen el carácter de preventivas y de temporales y duran el tiempo que demore el trámite de la acción hasta que se dicte sentencia, aquí, el juez puede revocarlas, si se niega la acción o puede convertirlas en definitivas, si la acepta. Pero, aún esto de definitivas puede ser relativo, ya que en segunda instancia, el Superior puede revocar la sentencia del inferior y junto con ella también las medidas cautelares.” (Carrión, 2011, pág. 245)

La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción. El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en esta ley. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 32 inciso 2)

Desarrollo de la audiencia pública: Dadas las características de la acción de protección, que no es formal, es rápida y sencilla, se debe desarrollar esta audiencia con prontitud y oportunidad, el trámite de acción de protección es un trámite preferente comparado con otro trámite a excepción de la acción de habeas corpus que es prioritario.

La audiencia pública debió ser convocada en el auto de calificación dentro de los tres siguientes días, la misma que se registrará bajo el principio de oralidad, se debe llevar a cabo en el lugar día y hora que se señalaba en el auto de calificación de la demanda.

Artículo 14.- “La audiencia pública se llevará a cabo bajo la dirección de la jueza o juez, el día y hora señalado. Podrán intervenir tanto la persona afectada como la accionante, cuando no fueren la misma persona. La jueza o juez podrá escuchar a otras personas o instituciones, para mejor resolver. La audiencia comenzará con la intervención de la persona accionante o afectada y demostrará, de ser posible, el daño y los fundamentos de la acción; posteriormente intervendrá la persona o entidad accionada, que deberá contestar exclusivamente los fundamentos de la acción.

Tanto la persona accionante como la accionada tendrán derecho a la réplica; la última intervención estará a cargo del accionante. El accionante y la persona afectada tendrán hasta veinte minutos para intervenir y diez minutos para replicar; de igual modo, las entidades o personas accionadas, tendrán derecho al mismo tiempo. Si son terceros interesados, y la jueza o el juez lo autoriza, tendrán derecho a intervenir diez minutos.

La jueza o juez deberá hacer las preguntas que crea necesarias para resolver el caso, controlar la actividad de los participantes y evitar dilaciones innecesarias.

La audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos y dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia, expresando exclusivamente su decisión sobre el caso. La jueza o juez, si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla.

La ausencia de la persona, institución u órgano accionado no impedirá que la audiencia se realice.

La ausencia de la persona accionante o afectada podrá considerarse como desistimiento, de conformidad con el artículo siguiente. Si la presencia de la persona afectada no es indispensable para probar el daño, la audiencia se llevará a cabo con la presencia del accionante.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 14)

En la audiencia los abogados, y partes intervinientes deben tener autorización para actuar en la misma así como el accionante o tercero deben justificar su interés, todas las partes tienen el derecho a la réplica, pero la última intervención está a cargo del accionante, cada parte puede intervenir por el tiempo de veinte minutos, y diez minutos en la réplica, en caso de que el juez lo autorice el tercero interesado puede intervenir.

Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 12 inciso 2)

Durante el desarrollo de la audiencia el juez el juez tiene las siguientes facultades: autorizar la intervención de los terceros interesados, realizar las preguntas que crean necesarias para la resolución del caso, negar una prueba cuando considere que es esta inconstitucional o no viene al caso, cuando ordene la práctica de pruebas puede suspender la audiencia y señalar una nueva fecha para continuarla, adoptar las medidas necesarias para evitar dilaciones innecesarias en el proceso.

Presentación y práctica de pruebas: Se puede ver que en la misma constitución nos presentan normas que pueden ser contradictorias sobre la práctica de pruebas, porque la norma constitucional la que prohíbe la aplicación de normas procesales que

retarden su despacho y por otra parte es la misma constitución la que señala que “*en cualquier momento del proceso se podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas*”, con respecto a este tema Iván Cevallos Zambrano señala:

“ que no se refiere a una etapa procesal de prueba, sino de la práctica de pruebas, cuando se requiera comprobar la vulneración de un derecho garantizado en la constitución, ni mucho menos se conceden términos para que las partes las soliciten, dicha práctica corresponde al juez de oficio de así considerarlo, no a petición de parte”. (Cevallos, 2009, pág. 292)

La etapa de prueba será de un tiempo máximo de ocho días, tiempo en que deben practicarse las pruebas, con la posibilidad de ampliar dicho plazo, no hay un período específico de prueba, sino momentos en los que se puede presentar y practicar la prueba, pero esto quedará a consideración del juez según los momentos que establecen los siguientes artículos:

Artículo 16.- Pruebas.- La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente.

En la calificación de la demanda o en la audiencia, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas, sin que por ello se afecte el debido proceso o se dilate sin justificación la resolución del caso. Cuando la jueza o juez ordene la práctica de pruebas en audiencia, deberá establecer el término en el cual se practicarán, que no será mayor de ocho días y por una sola vez. Por excepción, la jueza o juez podrá ampliar de manera justificada este término exclusivamente por la complejidad de las pruebas y hasta cuando éstas sean practicadas. En caso de ser injustificada la ampliación o de retardar en exceso la resolución de la causa, se considerará como falta grave y se aplicará la sanción

correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial.

La comisión para recabar pruebas podrá ser unipersonal o pluripersonal, para que realice una visita al lugar de los hechos, recoja versiones sobre los hechos y las evidencias pertinentes y elabore un informe que tendrá el valor de prueba practicada. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 16)

Artículo 10.- *“Contenido de la demanda de garantía.- La demanda, al menos, contendrá:*

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.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 10 Num 8)

¿A quién corresponde la carga de la prueba?: En la acción de protección la carga de la prueba le corresponde al demandante, a la autoridad pública no judicial, o la persona particular que posea legitimación pasiva.

Mientras que en la acción de amparo la carga de la prueba le correspondía al accionante, ya que los actos de administración pública gozaban de presunción de legitimidad.

Se admitirá como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. Es decir que la Jueza o Juez puede disponer la práctica de cualquier diligencia de las descritas, para llegar a la verdad de los hechos y así resolver la vulneración de un derecho garantizado en La Constitución, por acción u omisión.

Artículo 86: *“Las garantías jurisdiccionales se registrarán, en general, por las siguientes disposiciones:*

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.” (Asamblea Constituyente, pág. Art. 86. Num. 3)

En esta norma se destacan dos aspectos por una parte, los efectos de la falta de demostración de lo contrario a lo afirmado por el accionante o de no suministrar información y por otro una presunción de certeza en favor del accionante.

Efectos de la falta de demostración de lo contrario a lo afirmado por el accionante o de no suministrar información.

El sujeto pasivo debe acudir a la audiencia para demostrar en forma lógica, fundamentada y jurídica lo contrario de lo alegado por el accionante la juez y de proporcionarle información. En caso de ausencia de la persona, institución u órgano accionado, no impedirá que la audiencia se realice. Si la presencia de la persona afectada, no es necesaria para probar el daño, la audiencia será llevada a cabo solo con la presencia del accionante.

Sus argumentos deben contener información sólida, convincente a fin de desestimar la información proporcionada por el accionante, el sujeto pasivo no debe dejar de asistir a la audiencia pública o negarse a suministrar información, por que resultaría perjudicado, ya que los fundamentos alegados por el accionante se presumen ciertos mientras no se lo demuestre lo contrario, estableciendo una presunción de certeza a favor del accionante.

Presunción de certeza de los hechos de la demanda.

Esta presunción de certeza es a favor del accionante, por lo que el sujeto pasivo, debe presentar sus pruebas con información suficiente, la misma que sea veraz y logre desestimar la información del accionante, y de acuerdo a esto el juez pueda valorar y llegar a una resolución.

Registro de la audiencia: Artículo. 8.- *“Normas comunes a todo procedimiento.- Serán aplicables las siguientes normas:*

2. El procedimiento será oral en todas sus fases e instancias. La audiencia deberá registrarse por cualquier medio que esté al alcance de la jueza o juez, de preferencia grabación magnetofónica.

Donde existan sistemas informáticos se deberá tener un expediente electrónico, salvo documentos” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 8. Num. 2)

Si se cuenta con sistemas informáticos se debe tener un expediente electrónico, excepto para los documentos que constituyan elementos de prueba y las siguientes actuaciones deben reducirse a escrito: la demanda de la garantía específica, calificación de la demanda, contestación a la demanda, y la sentencia o el auto que apruebe el acuerdo reparatorio.

¿Se puede prorrogar la celebración de la audiencia?: El numeral 2 del Artículo 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala: *“El día y hora en que se efectuará la audiencia, que no podrá fijarse en un término mayor de tres días desde la fecha en que se calificó la demanda.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 13. Num 2) Por*

lo que la audiencia debe llevarse en el término no mayor a tres días desde la fecha que el juez califique la demanda.

En caso que se prorrogue contraviene la norma expresa.

Terminación del proceso: El Artículo 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales señala las formas para terminar el procedimiento de la acción de protección. Artículo 15 *“Terminación del procedimiento.- El proceso podrá terminar mediante auto definitivo, que declare el desistimiento o apruebe el allanamiento, o mediante sentencia.*

1. Desistimiento.- La persona afectada podrá desistir de la acción en cualquier momento por razones de carácter personal que serán valoradas por la jueza o juez. Se considerará desistimiento tácito cuando la persona afectada no compareciere a la audiencia sin justa causa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño. En caso de desistimiento el expediente será archivado.

2. Allanamiento.- En cualquier momento del procedimiento, hasta antes de la expedición de la sentencia, la persona o institución accionada podrá allanarse. El allanamiento podrá ser total o parcial. En ambos casos, la jueza o juez declarará la violación del derecho y la forma de reparar la violación. En caso de allanamiento parcial, el procedimiento continuará en lo que no hubiere acuerdo.

El acuerdo reparatorio, que será aprobado mediante auto definitivo, procederá en los casos en que exista allanamiento por parte de la persona o institución accionada; éstas y la persona afectada podrán llegar a un acuerdo sobre las formas y modos de reparación.

No se podrá apelar el auto definitivo que aprueba el allanamiento y acuerdo reparatorio.

En ningún caso la jueza o juez aceptará el desistimiento, allanamiento o acuerdo reparatorio que implique afectación a derechos irrenunciables o acuerdos manifiestamente injustos.

3. *Sentencia.- Cuando la jueza o juez se forme criterio, dictará sentencia en la misma audiencia, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.*” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 15)

Desistimiento: Es un acto jurídico de declaración de voluntad unilateral de una manera expresa del accionante y un acto jurídico procesal que tiene por objeto dar por terminado la acción de protección en cualquier etapa o estado del proceso antes que el juez resuelva mediante sentencia.

Por medio del desistimiento, las cosas vuelven al estado antes de haber propuesto la acción, quien desiste de la acción de protección no podrá volver a proponerla en contra de la misma autoridad pública o persona particular.

“1. Desistimiento.- La persona afectada podrá desistir de la acción en cualquier momento por razones de carácter personal que serán valoradas por la jueza o juez. Se considerará desistimiento tácito cuando la persona afectada no compareciere a la audiencia sin justa causa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño. En caso de desistimiento el expediente será archivado.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 15 Num 1)

Para que proceda el desistimiento se requiere presentar las razones de carácter personal que motiven el desistimiento, las mismas que están sujetas a la valoración del juez, por lo que si al juez no le convences estas razones o de no encontrarlas razones suficientes para que se produzca el desistimiento, podrá negarse a aceptar el desistimiento. Esta forma sería conocida como desistimiento expreso. Una vez que el juez haya valorado y aprobado el desistimiento de la acción, mediante auto definitivo, se procederá a archivar el expediente.

Allanamiento: El término allanamiento, equivale a la aceptación, es la expresión explícita y categórica de la voluntad unilateral del demandado de someterse total o

parcialmente al contenido de los fundamentos tanto de hecho como de derecho de la demanda.

Al someterse totalmente el demandado acepta las pretensiones constantes en la petición de la demanda, sin sujetarse a condición alguna, mientras que en la aceptación parcial el procedimiento continúa en todo lo que no se hubiera allanado.

“2. Allanamiento.- En cualquier momento del procedimiento, hasta antes de la expedición de la sentencia, la persona o institución accionada podrá allanarse. El allanamiento podrá ser total o parcial. En ambos casos, la jueza o juez declarará la violación del derecho y la forma de reparar la violación. En caso de allanamiento parcial, el procedimiento continuará en lo que no hubiere acuerdo.

El acuerdo reparatorio, que será aprobado mediante auto definitivo, procederá en los casos en que exista allanamiento por parte de la persona o institución accionada; éstas y la persona afectada podrán llegar a un acuerdo sobre las formas y modos de reparación.

No se podrá apelar el auto definitivo que aprueba el allanamiento y acuerdo reparatorio.

En ningún caso la jueza o juez aceptará el desistimiento, allanamiento o acuerdo reparatorio que implique afectación a derechos irrenunciables o acuerdos manifiestamente injustos. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 15 Num 2)”

La sentencia: Es la declaración de la voluntad del Estado, sobre la vulneración de un derecho constitucional. Aunque el marco constitucional no contempla el límite de tiempo, la ley contempla, que cuando la jueza o juez se forme un criterio, dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Antes del análisis de los elementos de la Sentencia, se debe tener en claro que:

Si se presenta más de un requerimiento de violación de derechos contra las mismas personas por las mismas acciones u omisiones, se dictará auto resolutivo de inadmisión y se dispondrá, el archivo de todas las acciones. Se debe tener en cuenta, que se presumirá ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

La sentencia en la acción de protección al igual que toda sentencia debe contener la parte expositiva, considerativa y resolutive, pero en esta acción la norma constitucional.

Así en el Artículo 15. Numeral 3 señala *“Sentencia.- Cuando la jueza o juez se forme criterio, dictará sentencia en la misma audiencia, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 15 Num 3)

El contenido de la demanda se encuentra detallado en el Artículo 17 *“Contenido de la sentencia.- La sentencia deberá contener al menos:*

1. Antecedentes: La identificación de la persona afectada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción.

2. Fundamentos de hecho: La relación de los hechos probados relevantes para la resolución.

3. Fundamentos de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución.

4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

De no encontrar violación de ningún derecho, la jueza o juez deberá cumplir con los elementos anteriores en lo que fuere aplicable.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 17)

La sentencia se integra de tres partes esenciales: expositiva, considerativa y resolutive.

En la parte expositiva el juzgador considera y resume como base para la construcción de la sentencia la demanda y la contestación a la acción de protección, observando que se haya cumplido con cada etapa procesal y destacando los puntos sobresalientes.

En la parte considerativa, se considera la carga de la prueba por parte del accionante como del demandado, así como los fundamentos de hecho y derecho fueron probados.

Y por último en la parte resolutive, el juez después de haber valorado cada etapa y las pretensiones de las partes tomara una decisión motivada y apegada a la ley.

Con la sentencia se agota la controversia constitucional se otorga seguridad jurídica a las partes y se pone en paz social.

Apelación de la sentencia: Una vez notificada la sentencia, las partes procesales pueden apelar la sentencia, ya sea en la misma audiencia o hasta después de tres días hábiles después de que hayan sido notificadas por escrito.

La apelación debe ser conocida por la Corte Provincial, si la apelación fue presentada por la parte accionante, la interposición de este recurso no suspende la ejecución de

la sentencia. Una vez aprobada la apelación y notificadas las partes, el juez debe remitir a la Corte Provincial de Justicia, terminando así la etapa de la primera instancia, teniendo que reanudarse el proceso en segunda instancia.

Reparación de daños: En cuanto a la reparación debe hacerse efectiva de forma material e inmaterial.

En este caso la responsabilidad objetiva o material responde el Estado cuando existe un daño, la obligación de toda autoridad pública a reparar el daño, aunque no aparezca el enunciado sobre dicha responsabilidad. En cambio reparación subjetiva o inmaterial responde una persona y tiene que demostrarse que existe culpa o dolo, basándonos en la disposición constitucional. Es decir al declarar la vulneración de derechos se ordenará:

Artículo 18: *“Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 18 inciso 1)

El principio de reparación integral, manda que el perjuicio sea el límite de la reparación, debiendo indemnizarse todo el perjuicio que haya sido ocasionado, no sólo desde la responsabilidad civil sino también desde la reparación el daño, es por ello que la constitución obliga a la reparación integral, en el artículo mencionado.

Sobre la reparación integral la Convención Americana de Derechos Humanos establece: Artículo 63: *“1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al*

lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, pág. Art. 63 Num 1)

El daño que se produce a la víctima y sus repercusiones son factores que influyen al momento de la reparación del daño, de esta forma se aplicará la manera más oportuna y eficiente. Sobre este tema la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que se debe tomar en cuenta ciertos parámetros, según el tipo de daños que haya sufrido la víctima.

En una sentencia de acción de protección, en la que se ordena la reparación integral, debe contener los mecanismos, para resarcir el daño, es decir, las medidas orientadas a resarcir derechos.

Reparación por el daño material:

Comprende la compensación por la pérdida de los ingresos por motivos y consecuencias de los hechos del caso

Reparación por daño inmaterial:

Comprende la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos causadas a la persona afectada directa y a sus allegados. La reparación se realizará por del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

El titular del derecho violado deberá ser necesariamente escuchado para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, será dentro de ocho días

2.2 Causales de Improcedencia de la Acción de Protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El término improcedencia, quiere decir la imposibilidad jurídica, para que la Acción de Protección logre alcanzar su finalidad, como lo señala la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al producirse una omisión en el cumplimiento de los requisitos necesarios para que se pueda llevar a cabo su procedimiento.

La ley establece los requisitos para que se presente la acción de protección. *Artículo 40* “La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos:

1. *Violación de un derecho constitucional;*
2. *Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,*
3. *Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 40)

Así como también el artículo 41 de la misma ley señala la procedencia de la acción de protección, que fue analizado en el anterior capítulo.

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

1. *Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.*
2. *Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.*
3. *Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.*
4. *Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:*
 - a) *Presten servicios públicos impropios o de interés público;*

- b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;*
 - c) Provoque daño grave;*
 - d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.*
5. *Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 41)*

El juez que llegara a conocer una acción de protección, que no cumpla estos requisitos será conocida como improcedente, debe ser inadmitida o negada de plano, la ley contempla que se resuelva mediante auto la inadmisibilidad de la acción, el mismo que será motivado y especificará la causa por la que la acción de protección no procede.

Como ya se ha indicado, es el juez quién deberá inadmitir motivadamente su decisión.

El Artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala los casos en los que no procede la acción de protección:

- “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 legitimidad del acto u omisión, que no conlleve la violación de derechos.*
- 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.*
- 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.*
- 6. Cuando se trate de providencias judiciales.*

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

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 42)

A continuación desarrollaré cada numeral del anterior artículo enunciado.

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

Si no existe una violación a los derechos reconocidos en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no existiría razón para proponer esta acción; por no producir una situación constitucional infringida.

Es el juez el encargado de determinar si existe vulneración a los derechos constitucionales al momento de calificar la pretensión, debiendo tomar en cuenta la supremacía de la constitución, el principio en pro de los derechos humanos, la aplicación directa de los derechos consagrados en la constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos.

La Corte Constitucional considera *“que el juzgador debe efectuar un análisis para formar su criterio de si existió o no una violación de los derechos constitucionales, lo que constituye en sí la razón misma de ser de la acción de protección por lo que para declararlo se requiere de un análisis argumentativo que debe constar en la sentencia”* (Corte Constitucional del Ecuador, págs. 0380-10-EP)

La acción de protección gira entorno a los derechos recogidos en la Constitución, no es una acción civil, penal ni administrativa, tampoco sirve para reclamar la declaración de un derecho, actúa exclusivamente para amparar y proteger los derechos, cuando los mismos hubieren sido violados, debiendo cumplirse los requisitos de fondo y de forma para que sea legítimo, válido y eficaz.

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

La revocatoria es un acto administrativo por el cual se deja sin efecto un acto resuelto anteriormente, tiene por objeto enmendar en forma directa o a petición de parte las actuaciones de la autoridad pública contrarias al ordenamiento jurídico, o extinguir sus propios actos por razones de conveniencia o interés público social que generen agravio injustificado a las personas.

La revocatoria puede producirse por dos razones por ilegalidad o vicio del acto; o por razones de conveniencia u oportunidad, por razones de ilegalidad puede producirse cuando el acto administrativo este viciado, de tal modo que no sea posible convalidarlo y por razones de conveniencia u oportunidad se puede dar por razones de orden público justificados, estando la administración obligada a indemnizar a los particulares, cuyos derechos han sido lesionados.

Para Cueva Carrión: *“La acción de protección procede con la simple producción del daño cuando el acto hubiere sido revocado o extinguido, puesto que si se produce un daño necesariamente hay que repararlo de alguna manera, porque no existe daño que no sea susceptibles de reparación, de lo contrario no habría ni amparo ni protección de los derechos, y las normas constitucionales y legales quedarían en letra muerta”*. Así como hace una crítica a la redacción de la Ley (LOGJCC) sugiriendo *“que simplemente debió haber dispuesto que, en los casos de revocatoria o extinción del acto, procede esta acción si se hubieren producido daños sin más.”* (Carrión, 2011, pág. 211)

La Corte Constitucional se ha pronunciado al señalar: *“El juzgador solo podrá determinar que los actos han sido revocados o extinguidos a través del recaudo probatorio del proceso, y aún en el caso de que estos hayan sido revocados o extinguidos si continúa produciendo daños, son cuestiones que únicamente podrán determinarse luego de la sustentación de la acción de protección, es decir únicamente luego de la etapa probatoria podrán ser determinadas estas causales de improcedencia, por las que se requiere que el juzgador las razones en sentencia”*. (Corte Constitucional del Ecuador, págs. 0380-10-EP)

Por lo que de no haber daños el juez debe declarar la improcedencia de la acción mientras no se haya comprobado a revocatoria y la inexistencia de los derechos vulnerados no se podrá inadmitir a trámite la acción.

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

Si se ha demandado la inconstitucionalidad o ilegalidad de un acto u omisión, están regulados en la LOGJCC, en el Control Abstracto de Constitucionalidad, en el *“Artículo 74.- Finalidad.- El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 74)

Y se impugnará en sede administrativa o ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo cuando se ha vulnerado un derecho subjetivo de una persona o violentado una norma jurídica escrita. Cuando es control abstracto, es decir, solo se impugna la constitucionalidad del acto sin violación a derechos también es improcedente.

Cuando se demande o se impugne la legitimidad o la constitucionalidad de un acto la acción es improcedente, La Corte Constitucional determina la competencia, por lo que ningún juez de instancia será competente para conocer estas acciones, por lo que se declarará improcedente a la acción de protección planteada, a menos que estos actos lleven vulneración de los derechos constitucionales, una vez que le juez valore la prueba, se podrá establecer si se vulnera o no derechos en el acto, que se impugna, y si es o no materia de resolución dentro de la competencia.

El control de legalidad se encuentra a cargo de la justicia ordinaria.

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

Antes de interponer la acción de protección se tendrá que revisar si el acto administrativo puede ser impugnado en vía judicial ordinaria, de ser posible será esta vía la que se debe seguir, a menos que la vía judicial no fuere adecuada ni eficaz. La impugnación de los actos de la administración contra servidores públicos, se debe interponer en la vía contenciosa, ante el Tribunal distrital Contencioso Administrativo por ser esta la vía expedita para la impugnación de los actos de la Administración, sin embargo si se hayan de por medio derechos fundamentales la vía idónea y adecuada es la constitucional.

Artículo 31.-“ Principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos.- Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, pág. Art. 31)

La Corte Constitucional señala: *“Si una persona presenta una acción de protección, es porque considera que las demás vías de resolución judicial del caso son inadecuadas o ineficaces, por lo que carecería de sentido establecer como requisito para la presentación de la acción, el que dicho particular conste expresamente en la demanda, so pena de contravenir el principio de formalidad condicionada. La prueba de que la vía no es eficaz y adecuada, se la debe actuar en el momento procesal de la etapa probatoria, por tanto, se requiere necesariamente de la sustentación de la causa, consecuentemente esta es una causal de improcedencia. Lo que evidencia que corresponderá al accionante demostrar que la acción contenciosa es poco eficaz, por tanto habrá que obtener las pruebas al momento de presentar la acción” (Corte Constitucional del Ecuador, págs. 0380-10-EP)*

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

Si la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho, corresponde seguir la jurisdicción ordinaria o contenciosa, es por eso que la acción de protección será declarada improcedente.

Por su parte la Corte Constitucional señala: *“la naturaleza tutelar de la acción de protección y su distinción con las acciones de la justicia ordinaria, y que los derechos constitucionales no son declarados, sino tutelados, dado que estos preexisten, lo único que se declara en las acciones de garantías jurisdiccionales de los derechos son las vulneraciones que ocurren a los derechos constitucionales. Cosa distinta sucede en la justicia ordinaria, toda vez que, mediante ejercicio de sus competencias, lo que se pretende es la declaración del derecho y su correspondiente exigibilidad, y que para determinar esta circunstancia, el juzgador también ha de requerir de la sustentación del proceso, (pruebas, alegatos) razón por la cual esta se constituye en un causal de improcedencia”* (Corte Constitucional del Ecuador, págs. 0380-10-EP)

6. Cuando se trate de providencias judiciales.

Las providencias judiciales se refiere a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de la justicia ordinaria que corresponde a los Jueces, Tribunales, Cortes Provinciales, la Corte nacional y la Ley Orgánica de la Función Judicial, valiéndose de providencias, autos y sentencias. Por medio de las providencias se sustancian las causas y se ordenan las diligencias, a través de los autos se resuelven los incidentes en los juicios y por medio de las sentencias se decide el asunto o asuntos principales del proceso.

Las sentencias y autos de autoridad judicial pueden ser objeto de aclaración, ampliación, apelación, casación, los mismos que pueden ser impugnados como lo señala la constitución por la Acción Extraordinaria de Protección, que es la acción que procede contra acto de autoridad judicial.

Artículo. 94.- *“La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El*

recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado” (Asamblea Constituyente, pág. Art. 94)

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

En este caso la improcedencia de la Acción de Protección se da cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral, sus competencias se encuentran establecidas en el Código de la Democracia.

La improcedencia de la acción de protección en contra de las decisiones de los actos electorales y las decisiones del Consejo Electoral, ya que conforme a la misma ley, su conocimiento y resoluciones corresponde al Consejo Contencioso Electoral, por la imposibilidad de que una autoridad de la jurisdicción constitucional de instancia pueda interrumpir los procesos de elección.

Cuando se impugnan este tipo de actos, pueden ser inadmitidos en un primer auto, que deberá estar motivado, no será necesario que se convoque a audiencia.

“No procede la acción de protección ya que la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, dispone que el único órgano competente para conocer y resolverlos es el Tribunal Contencioso Electoral y sus fallos y resoluciones constituyen jurisprudencia electoral, son de última instancia e inmediato cumplimiento y no serán susceptibles de revisión.” (Carrión, 2011, pág. 221)

Artículo. 221.- *“El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:*

- 1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas.*
 - 2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales.*
 - 3. Determinar su organización, y formular y ejecutar su presupuesto.*
- Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento.” (Asamblea Constituyente, pág. Art. 221)*

De igual forma que en los anteriores numerales, cuando se impugnan este tipo de actos, pueden ser inadmitidos en un primer auto, que deberá estar motivado, no será necesario que se convoque a audiencia.

2.3 ¿La Acción de protección una garantía residual según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional?

Es preciso tener claro la diferencia entre dos términos para poder determinar si la acción de protección es residual o subsidiaria, la palabra residual significa lo que queda al último, desecho. Mientras que subsidiario: “Lo que sirve como subsidio, auxilio o socorro. | Secundario. | Supletorio. | Lo que suple o refuerza a lo principal.” (Cabanellas, Diccionario Jurídico)

En la constitución de 1998 presuponía la necesidad de agotar cualquier otra vía de impugnación previo a la activación de un proceso de amparo.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional fue aprobada por la Asamblea Nacional y que entró en vigencia el 22 de Octubre de 2009, trae consigo una serie de disposiciones que regulan todo lo referente a las garantías jurisdiccionales y dentro de ellas la Acción de Protección.

El Art. 6 de la ley en estudio establece que la finalidad de esta garantía es la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, así como también la declaración de la violación de algún derecho y por ende la reparación de los daños causados por su violación.

Los jueces constitucionales excediendo sus atribuciones, llegaron a dejar sin efecto actos que en sede contencioso administrativa fueron declarados legales. Aquello tuvo como consecuencia la ordinarización de la acción de amparo; creó inseguridad jurídica a partir de fallos contradictorios en sede constitucional y contencioso administrativa y convirtió al juez constitucional, en un juez contralor de la mera legalidad.

Alex Valle, a partir de un estudio estadístico sobre la acción de amparo constitucional, precisa:

“[...] Hay que tomar en cuenta que las razones de fondo (42.75 %) en la mayoría de los casos fue sustentada por los vocales con base en las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia que hace referencia a los tres elementos necesarios (acto ilegítimo, daño inminente o grave, y derecho constitucional violado) para admitir la acción de amparo. En numerosas resoluciones el Tribunal se limita a repetir o reproducir estos requisitos sin realizar un adecuado análisis del caso en examen. En otras resoluciones, el examen de legitimidad del acto desvía el análisis del Tribunal hacia problemas de pura legalidad, descuidando la determinación de la violación del derecho constitucional.” (Valle, 2012, págs. 53-54)

Luís Castillo Córdova haciendo alusión a uno de los puntos más controversiales y atentatorios de la naturaleza residual o subsidiaria de una garantía constitucional de derechos humanos señala:

“La tutela de los derechos fundamentales, mediante el uso de garantías consagradas constitucionalmente constituye – en sí misma- un derecho fundamental. Para ello, se apoya en lo establecido en el artículo 25 punto 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se reconoce el derecho “a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos reconocidos en la Constitución, la ley o

la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales.” (Córdova, Año 1 No. 2 Lima, pág. 90)

La acción de protección está íntimamente conectada al amparo de derechos constitucionales, y no de orden legal u ordinario.

“[...] 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 [...]” (Asamblea Constituyente, pág. Art. 88)

Bajo esos parámetros, resulta innecesario someter al afectado al agotamiento de recursos judiciales o administrativos. Cada proceso tiene su propia naturaleza, su propio ámbito de protección, su propio fin, y es deber de la justicia constitucional y ordinaria determinar a partir de sus fallos las circunstancias bajo las cuales cada una de ellas debe operar.

La acción de protección ya se encuentra delimitada y limitada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En términos normativos, esta ley ya realizó una disminución conceptual de la acción, al ofrecer una definición mucho más restringida que aquella que provee la Constitución. Adicionalmente, aumenta una característica sumamente importante al definirla, la cual no está prevista en la Constitución y tiene consecuencias prácticas; la acción de protección se podrá presentar únicamente cuando no exista *“otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”* (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. Art. 40)La acción de protección, por tanto, se convirtió en una garantía parcialmente residual.

Siendo precisamente esta aclaración la que define que la acción de protección es subsidiaria, muy claramente al manifestar que no exista un mecanismo adecuado y eficaz, no se está diciendo que se agoten todos los mecanismos existentes para interponer dicha acción, cumpliendo así con los principios de la acción de protección.

Si bien no es necesario agotar recursos previos para presentar una acción de protección, como requería el amparo constitucional contemplado en la Constitución de 1998, la mencionada ley deja a discreción del juez determinar la existencia de otro mecanismo de defensa para proteger el derecho violado.

“La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) inconstitucionalmente vuelve residual la acción de protección, pues la Constitución la concibe como una garantía directa y eficaz. Basándose en la LOGJCC, muchos jueces niegan acciones de protección dejando desprotegidos derechos constitucionales, en tanto progresivamente se va revelando que en la práctica de la acción de protección se vienen manteniendo muchas de las distorsiones y falencias que caracterizaron al amparo bajo la Constitución de 1998.” (Jimenez, 2011, pág. 98)

CAPITULO NO3 . ANÁLISIS DE SENTENCIAS.-

Una vez que he realizado un análisis de la garantía jurisdiccional de la Acción de Protección introducida en nuestra Constitución de la República desde el año 2008; dedicaré este capítulo a revisar algunas sentencias expedidas por los Jueces de esta Provincia del Azuay; referente a cuestiones constitucionales planteadas que me permitirán poder desarrollar los conceptos identificados a lo largo de este trabajo y su aplicación en la praxis a través de los órganos jurisdiccionales de administración de justicia. Para este análisis realizare un recuento de las normas aplicables al trámite de la acción de protección, iniciando con la capacidad de comparecer, la competencia del juez, resolución, excepciones y su correspondiente resolución, esperando que a través de estos ejemplos se contribuya de alguna manera a explicar la aplicación de esta garantía jurisdiccional.

SENTENCIA PLANTEADA POR EL SEÑOR MANUEL RODRIGO QUEZADA RAMÓN –ALCALDE DESTITUIDO DEL CANTÓN SANTA ISABEL- EN CONTRA DE LOS CONCEJALES. (ACCION DE PROTECCIÓN NRO. 01613-2011-0385)

Antecedentes del Caso:

El señor Manuel Rodrigo Quezada Ramón Alcalde electo del cantón Santa Isabel Provincia del Azuay, es destituido por el Consejo Cantonal, en virtud de la convocatoria realizada por la Vicealcaldesa, en la cual los concejales en su votación decidieron destituir al señor Alcalde.

Con este antecedente y por considerar que sus derechos constitucionales han sido violentado el señor Manuel Rodrigo Quezada Ramón presenta una acción de protección solicitando en su pretensión que se deje sin efecto la resolución de destitución en su contra dictada por el Consejo Cantonal con fecha 19 de mayo del 2011.

En sentencia el señor Doctor Medardo Zalamea Solano, Juez Temporal del Juzgado Multicompetente, en su sentencia decidió:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se acepta la acción de protección deducida por el señor Manuel Rodrigo Quezada Ramón y se deja sin efecto la resolución de destitución del accionante por el Concejo Cantonal de fecha 19 de mayo del 2011. De causa ejecutoria la presente se enviará copia de esta a la Corte”

ANALISIS DEL PROCESO Y DE LA SENTENCIA.-

El presente caso para su resolución amerita cierta complejidad desde mi punto de vista, el cual necesita de un análisis claro del contenido de la acción de protección, la pretensión del actor y la posibilidad o no de plantear dicha acción por parte del actor.

FORMA Y CAPACIDAD DE COMPARECER A LA ACCIÓN-

Iniciemos el presente análisis, estableciendo las normas que legitiman la capacidad de comparecer y presentar garantías jurisdiccionales, al respecto la Constitución de la República en su numeral 1) del Artículo 86 señala que todas las personas pueden presentar las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución, así mismo y con mayor precisión esta norma se encuentra desarrollada en el Art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, quien determina algunas alternativas de legitimación activa dentro de la presente acción. Con fines eminentemente explicativos, la legitimación activa para proponer garantías jurisdiccionales según el mencionado artículo puede ser: **a)** la persona que considere que sus derechos constitucionales han sido violentados **b)** cualquier comunidad, colectivo, nacionalidad que considere igualmente que sus derechos han sido violentados ; y, **c)** El defensor del Pueblo.

Ahora bien con este antecedente, definamos la forma de comparecer del actor dentro de la presente causa, de acuerdo a la sentencia el actor “comparece por su propios derechos”, es decir, no como el Alcalde del GAD Municipal de Santa Isabel, es aquí

donde nace la primera duda, pues siempre la forma de comparecer a la acción tiene que ir ligada a sus antecedentes y principalmente a la pretensión propia del actor, lo cual me permito explicar:

1.- En el presente caso, si el actor comparece por sus propios derechos, quiere decir que NO se reconoce al momento de presentar su acción como Alcalde, por lo tanto quiere decir que esta “Destituido”; con lo cual se deduce que ha sido notificado con la resolución del Concejo Cantonal que decidió su destitución.

2.- Pese a lo señalado en el numeral anterior, el propio actor contradice su propia tesis del caso, al señalar en los antecedentes de su acción, la cual es citada en su parte expositiva de la sentencia por parte del señor Juez, al señalar el actor que: “Nunca a sido notificado con la resolución” y que: “ No consta la firma de la señora Catalina Palacios Secretaria del Concejo Cantonal”.

3.- Si en principio el propio actor comparece por sus propios derechos, señala que no ha sido notificada con la resolución de destitución del Consejo Cantonal y que además la misma no tiene firma del Secretario del Concejo Cantonal me pregunto: ¿por qué planteo una acción de protección si no ha surtido efecto el acto administrativo – Resolución del Concejo-, pues en mi demanda reconozco que no me han notificado y peor aún esta firmado por el Secretario del Concejo?, haciendo un parangón quisiera decir que en un proceso común ¿cómo? pido la revocatoria de una providencia si está: ¿no ha sido notificada ni firmada por el Secretario del Juzgado? Simplemente no ha surtido efecto alguno que requiera un acto judicial adicional.

4.- Con este análisis, el señor Juez declara con lugar la acción, señalando los argumentos que destruyen el motivo de la acción, la no notificación y la falta de firma del Secretario del Concejo, desde mi punto de vista el Juez no tenía ningún caso que resolver pues el acto administrativo no estaba notificado ni tenía las formalidades correspondientes para que surtan efectos jurídicos.

GARANTIA JURISDICCIONAL PRESENTADA.-

Nuestra Constitución, recoge la posibilidad de proponer 2 garantías jurisdiccionales en una misma acción; es el caso, de la acción de protección y de la medida cautelar de conformidad con el numeral 7) del Artículo 10 de la LOGJCC. En el presente caso el actor a través de abogado hábilmente propuso esta situación, la cual es resuelta contraría a la norma por parte del señor Juez Constitucional, esto lo señalado por los siguientes hechos:

1.- Es claro que la Constitución y la LOGJCC, determinan de forma autónoma el procedimiento de la Acción de Protección y de las Medidas Cautelares, sin embargo, al momento de plantearlas conjuntamente este procedimiento mantiene su autonomía sin que puede obviarse sus propios procedimientos.

2.- El procedimiento de la Acción de Medida Cautelar, es claro y se encuentra determinado en el Capítulo II “Medidas Cautelares” Sección Uno de LOGJCC, que señala sus requisitos y procedencia, que son básicamente una vez presentada dicha acción, el Juez que la conozca y determine la violación del derecho con la calificación ordenará la suspensión del acto violatorio o caso contrario para tener mayores elementos de convicción ordenará audiencia.

3.-En el presente caso, el señor Juez, obvió todo el procedimiento autónomo de las dos garantías jurisdiccionales, pues decidió en la sentencia las dos cuestiones sin pronunciarse sobre cada una de ellas en el momento indicado, sobre la acción de medida cautelar debió pronunciarse en el momento procesal establecido en el 33 de la LOGJCC. Lo cual constituye una violación del trámite constitucional establecido en la Ley.

OBJETO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y MEDIDA CAUTELAR.-

De acuerdo a la sentencia, el motivo de la presente acción de protección y medida cautelar fue la resolución del Concejo Cantonal del GAD Municipal de Santa Isabel, en la cual se resolvió la destitución del señor Alcalde. En este contexto, es necesario

saber y determinar para efectos del presente análisis, la naturaleza de la resolución del Concejo Cantonal, no cabe duda, que dicha resolución constituye un *acto administrativo*, en los términos reconocido en nuestra Ley de Modernización en su Art. 65 que señala: “ Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”. Basado en este contexto y de acuerdo a la sentencia dictada por el Juez que señala textualmente:

*“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se acepta la acción de protección deducida por el señor Manuel Rodrigo Quezada Ramón y se **deja sin efecto la resolución de destitución del accionante por el Concejo Cantonal de fecha 19 de mayo del 2011. De causa ejecutoria la presente se enviará copia de esta a la Corte**”* (las negritas y el subrayado no corresponden al texto original)

De lo señalado se desprende que el Juez, por su simple convicción dejó sin efecto la resolución del Concejo Cantonal de fecha 19 de mayo del 2011, es decir, dejó sin efecto un acto administrativo, lo cual constituye una de las causales de improcedencia de la acción de protección contenida en el numeral 4) del Art. 42 de LOGJCC que señala: “ *Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz*” .

Sin duda, el Juez podía declarar que la impugnación de la Resolución del Concejo Cantonal ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no es adecuado ni eficaz, sin embargo para su resolución debía motivar, y establecer el porque de su resolución pues a simple vista no se realiza ningún análisis al respecto.

Este tema es controversial pues de acuerdo a lo conversado con profesionales del derecho de esta ciudad de Cuenca y que normalmente litigan acciones constitucionales me manifestaron que casi el 90% de las acciones de protección presentadas en las cuales se impugna un acto administrativa son desechadas por la causal 4 del Art. 42 de LOGJCC.

Desde mi punto de vista respecto a la impugnación de los actos administrativos en sede constitucional, considero que es legítima y no debe ser discrecional, pues cualquier cuestión judicial puede ser impugnada en otra vía judicial que la constitucional, sin embargo, el largo letargo en la solución de las causas genera el viejo adagio jurídico: “ La justicia si no es oportuna no es Justicia”; lo cual trasladando en este caso, quisiera decir si en principio el Alcalde hubiera sido notificado con la decisión del Concejo, tuvo que plantear una acción subjetiva ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, buscando dejar sin efecto el acto, lo cual no hubiera durado menos de 5 años con lo cual no pudiera volver a su cargo en virtud de que su periodo del Alcalde al momento de su resolución hubiera concluido.

SOBRE LA DECISIÓN Y LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA.-

Sobre la resolución de la presente causa, amerita como lo deje señalado, realizar una correspondiente diferenciación, por una parte lo relacionado con la Medida Cautelar y por otro lado la resolución de la Acción de Protección.

Con respecto a la Medida Cautelar, es necesario indicar que el Juez, debió pronunciarse en el momento indicado es decir, una vez presentada la demanda manifestando la suspensión o no del hecho atentatorio motivo de la acción hecho que no sucedido, así mismo, debió decir de forma independiente cada una de las acciones pese a ser presentados en un solo escrito.

Sin embargo, desde mi punto de vista no era procedente la medida cautelar, pues esta acción tiene una única improcedencia, la cual se encuentra establecida en el último inciso del Art. 27 de la LOGJCC que señala: “ *No procederán cuando existan medidas cautelares administrativas u ordinarias*”; al respecto debemos indicar que se entiende por medidas cautelares, según mi punto de vista son aquellas acciones que pretenden evitar la comisión de un daño, pudiendo expresar mediante acciones judiciales o administrativa, considero oportuno y para efectos prácticos manifestar que de acuerdo al COOTAD, las resoluciones del Concejo Cantonal pueden ser reconsideradas en la próxima sesión del cuerpo colegiado, por lo cual al parecer existe un mecanismo no judicial de reconsideración de lo decidió, si bien no es en

esencia una medida cautelar, sin embargo, constituye un mecanismo idóneo establecido en la Ley para reconsiderar tan situación.

Del mismo modo con la acción de protección, considero que el juez podía acogerse a la causal 4) del Art. 42 sobre la improcedencia de la acción considerando que la Resolución impugnada constituye un acto administrativo, sin embargo, el juez resolvió considerar que la vía constitucional era la adecuada y eficaz y resolvió dejar sin efecto dicha resolución. Al respecto y como medio informativo el Juez, resolvió esta causa sin que el actor haya realizado en vía administrativa cualquier gestión y sin tener ninguna negativa del Concejo Cantonal .

OPINION PERSONAL DEL CASO.-

Como lo deje indicado, desde mi punto de vista, el actor se contradice desde su calidad en la cual comparece, en sus antecedentes, en su pretensión; lo cual de forma hábil induce al error al señor Juez, pues solicita dejar sin efecto una resolución que ha decir del actor no fue notificada y tampoco tiene la firma del Secretario del Concejo Cantonal, es decir el actor considera como válido el acto, sino ni siquiera debería impugnar.

Considero que no fue una decisión acertada, plantear una la acción de protección con la medida cautelar en un mismo escrito, en primer lugar porque pierdo ante un mismo juez dos posibilidades – a sabiendas que la diferencia entre la acción de protección y la medida cautelar son mínimas y ante la imposibilidad de volver a plantear una acción de protección sobre el mismo tema-; y en segundo lugar, personalmente hubiese planteado únicamente una acción de medida cautelar en la cual establecería los siguientes hechos:

1.- Comparecería como Alcalde del GAD Municipal de Santa Isabel.

2.- En los antecedentes señalaría: “ En mi calidad de Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado de Santa Isabel, tengo conocimiento que sin mi autorización ni convocatoria, algunos miembros del Honorable Concejo Cantonal se

reunieron con fecha 19 de mayo del 2011, en el cual se habría resuelto la destitución de mi persona como Alcalde del cantón”

3.- En la pretensión pediría: “ Que se notifique a los señores Concejales del cantón Santa Isabel, que se han cometido violaciones al trámite legislativo municipal, en consecuencia se abstengan de notificar las resoluciones tomadas, en virtud de que no estuvieron presentes en el Alcalde de Concejo Cantonal y el señor Secretario del Concejo persona imprescindibles para la toma de resoluciones”

De esta forma hubiera impedido la notificación de la Resolución y en consecuencia nunca hubiera sido destituido, y ni siquiera tendría que haber planteado una acción constitucional.

SENTENCIA 2

SENTENCIA DEL JUICIO NRO. 0634-2014 ACCION DE PROTECCIÓN PROPUESTA POR EL SEÑOR PATRICIO ENRIQUE RIVERA EN CONTRA DE LA SUPERINTENDENCIA DEL BANCOS Y SEGUROS.-

Antecedentes del Caso.-

El accionante señor Patricio Enrique Rivera, es titular de varias cuentas corrientes, y a la vez es firma autorizada en otras cuentas. El hermano del accionante es titular de otras cuentas de las cuales se han verificado un número de protestos y así también la cuenta de la compañía Agrícola Rivera Rigricola. Por estos protestos verificados sin trámite, resolución formal o enjuiciamiento administrativo, por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros procedió a sancionar al accionante con el cierre e inhabilitación de las cuentas por un año de todas las cuentas y de aquellas en las cuales es accionante era firma autorizada. Con este antecedente el señor Patricio Enrique Rivera presente una acción de protección solicitando se deje sin efecto la inhabilitación inmediata de las cuentas.

ANALISIS DEL PROCESO Y LA SENTENCIA.-

La presente acción tiene como sustento, el Artículo 52 del Reglamento a la Ley de Cheques, que al tratar sobre la inhabilidad de las cuentas corrientes señala: “ *El titular o titulares de una cuenta corriente no inhabilitados anteriormente y que incurran, en el caso de tener una sola cuenta en el sistema bancario autorizado, en el protesto de al menos cuatro cheques; y, en caso de tener más de una cuenta al menos ocho cheques, en el periodo de un año contado a partir del primer protesto, además de la multa prevista en el artículo anterior, se harán merecedores del cierre obligatorio de todas las cuentas corrientes o girar cheques en dicho sistema será de un año*”

En el presente caso, considero oportuno realizar algunas consideraciones referente a la interpretación que debe darse a la mencionada norma transcrita, en primer lugar para efectos de la interpretación debe diferenciarse lo que es una cuenta propia (personal) y una cuenta con firma autorizada (es decir la cuenta de una persona jurídica). En el primer caso, la norma es completamente aplicable, sin embargo, en cuando se actúa como firma autorizada de una persona jurídica la norma carece de valor y se aplica únicamente para la persona jurídica, puesto que puede suceder el caso que una persona jurídica autorice a dos personas como firmas autorizadas de sus cheques, con lo cual se complicará más el tema de aplicación de esa norma.

Ahora bien, el presente caso, no tiene una complicación jurídica notable, pues únicamente se trata de la aplicación de un norma, que consiste en establecer la fecha del primer protesto y contar desde ese entonces por un año cuantos protestos a tenido para proceder a inhabilitar, en el caso de tener una cuenta 4 cheques y en caso de tener varias cuentas 8 cheques.

En el presente caso, existe una discusión que me parece ser innecesaria, pues se hace una diferencia entre la cuenta personal y la firma autorizada, la cual por simple lógica no puede aplicarse sino únicamente para efectos de la persona jurídica.

Esta claro, que el accionante aduce en su escrito la violación del debido proceso al haberse impuesto la sanción, al señalar que no se le siguió un trámite de juzgamiento, con lo cual no estoy de acuerdo, puesto que estas infracciones constituyen sanciones fácticas e inmediatas que se producen por el simple incumplimiento de la norma, por

citar un ejemplo en la nuestra Universidad la persona que falta más el 25% de clases en una asignatura pierde la materia, en este caso, resulta inútil pretender seguir un proceso sancionatorio, para justificar su inasistencia estas sanciones se producen de hecho y no admiten proceso alguno.

El tema fundamental desde mi punto de vista que debió ser tomado en cuenta por los señores Jueces en su resolución hacen referencia a la **Reparación Integral del Daño**, que es fundamental en la resolución, pues solamente se deja sin efecto la resolución, sin darse cuenta los efectos patrimoniales y morales ocasionados a causa de esta resolución emitida por la Supersentencia de Bancos y Seguros, la norma que puede aplicable al presente caso es la contenida al Arts. 18 y 19 de la LOGJCC que señala:

“Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

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. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa 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 del afectado o su familia. 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.

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, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

Art. 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.”

Con respecto a la norma en cuestión, resulta para efectos del presente caso, realizar una análisis, de cual fuera la “*reparación integral del caso*”; como consecuencia del texto de la sentencia que señala:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, por cumplirse los requisitos del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías, Jurisdiccionales y Control Constitucional **se confirma la sentencia venida en grado, por violación a la garantía del debido proceso, y al existir una indebida interpretación del artículo 52 del Reglamento General a la Ley de Cheques...**” (las negritas y el subrayado me corresponden)

De la sentencia se desprende, que los Jueces, reconocen la violación de derechos constitucionales, sin embargo, no se pronuncian nada sobre la reparación integral del daño, pues el actor a consecuencia de esta causa tuvo que haber sufrido daños patrimoniales y morales. Patrimoniales, en el sentido de que tuvo que cumplir obligaciones sin poder girar cheques, así mismo perdió tiempo pues tuvo que realizar las gestiones bancarias correspondientes para cumplir lo ordenado en la Resolución de la Superintendencia de Compañías.

Del mismo modo sufrió daños morales, en virtud de que tuvo que inscribirse dicha resolución como inhabilitado de utilizar cuentas corrientes, lo cual atenta contra el prestigio de la persona aún más siendo comerciante y representante legal de una compañía.

OPINION PERSONAL SOBRE EL CASO Y LA SENTENCIA.-

No cabe duda que existe un error de interpretación en la aplicación de Art. 52 del Reglamento a la Ley de Cheques, por lo tanto la sentencia esta correcta, sin embargo, como lo deje sentado, debió concederse una verdadera reparación integral, la cual debe cubrir las los daños patrimoniales y morales a causa de tal hecho cosa que no sucedió en el presente caso.

Como comentario considero que el actor a través de su abogado debió solicitar una ampliación a la sentencia, en consecuencia que estableció la violación de los derechos constitucionales pero no se pronuncio respecto a la reparación integral en la cual se tenía que revisar los daños y perjuicios causados.

Así mismo, considero que igualmente podría haberse planteado una acción de habeas data, pues debía rectificarse cual era el numero cheques protestados durante el año, con lo cual se hubiera llegado al mismo fin.

SENTENCIA 3

RESOLUCIÓN No. 2011-0295-CCP-NP. DEL H. CONSEJO DE CLASES Y POLÍCIAS.

SENTENCIA ACCION DE PROTECCIÓN PROPUESTA POR EL CABO SEGUNDO DE POLICIA GIRON ROSALES LIDER ANTONIO EN CONTRA DE LA POLICÍA NACIONAL.

Antecedentes del Caso:

El señor Cabo Segundo de policía Girón Rosales Lider Antonio presenta una Acción de protección en contra de la Policía Nacional, ya que, mediante resolución No. 2008-0489-CCP-PN, de fecha 22 de mayo del 2008, el Consejo de Clases y Policías califica de no idóneo al Cabo segundo Girón Rosales para el llamamiento al concurso de ascenso, por no cumplir con los requisitos de selección y calificación, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 81, literal d) de la Ley de Personal de la Policía Nacional, esto es por “Haber sido sancionado mediante Sentencia del Tribunal de Disciplina”, según consta en Hoja de Vida Profesional.

Con este antecedente y por considerar que sus derechos constitucionales han sido violentados el actor presenta una acción de protección solicitando en su pretensión que se deje sin efecto la resolución emitida por el H. Consejo de Clases y Policías, así como se lo declare idóneo para continuar con su carrera dentro de la institución

En sentencia el Juzgado Octavo de lo Civil de El Oro, con fecha 12 de agosto del 2010, dentro de la Acción de Protección (sin número), propuesta por el señor Cabo Segundo de Policía Girón Rosales Lider Antonio, emite Sentencia que en la parte pertinente señala: “ **ADIMINISTRANDO JUSTICIA Y EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA acepta la acción de protección presentada por sus propios derechos por el señor Lider Antonio Girón Rosales, por consiguiente, se admite la pretensión deducida por el actor,**

por lo tanto, se deja sin efecto la resolución no. 2008-0489-ccp-pn, de fecha 22 de mayo del 2008, dictada por el H. Consejo de Clases y Policías de la Policía Nacional se ordena declarar idóneo al actor, para continuar con su carrera dentro de la institución policial, esto es, se dispone que el órgano competente de la policía nacional, cumpla con el deber positivo de convocar al señor Lider Antonio Girón Rosales, al curso inmediato de ascenso de grado y, a los cursos mediatos de ascenso de grado correspondientes; y, con el deber negativo, quedando impedido dictar cualquier acto administrativo por los mismos hechos y con los mismos fundamentos que, impidan continuar con su carrera policial.- NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

El H. Consejo de Clases y Policías, interpone el recurso de Apelación ante la Corte Provincial de El Oro Sosteniendo que no se han violado derechos constitucionales, sosteniendo que el actor no se encontraba en estado de desventaja jurídica frente al H. Consejo de Clases y Policías, el juez resuelve : **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA OCNSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza el Recurso de Apelación interpuesto por el Ing. Jorge Erazo Miranda, General de Distrito, Presidente... y CONFIRMA la Sentencia recurrida. El señor Secretario de esta Sala cumpla con la disposición contenida en el numeral 5, del Art. 86, relativo a las Garantías Jurisdiccionales contenidas en la Constitución de la**

República del Ecuador.- NOTIFIQUESE Y CUMPLASE”.

FORMA Y CAPACIDAD DE COMPARECER A LA ACCIÓN-

Iniciemos el presente análisis, estableciendo las normas que legitiman la capacidad de comparecer y presentar garantías jurisdiccionales, al respecto la Constitución de la República en su numeral 1) del Artículo 86 señala que todas las personas pueden presentar las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución, así mismo y con mayor precisión esta norma se encuentra desarrollada en el Art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, quien determina algunas alternativas de legitimación activa dentro de la presente acción. Con fines

eminentemente explicativos, la legitimación activa para proponer garantías jurisdiccionales según el mencionado artículo puede ser: a) la persona que considere que sus derechos constitucionales han sido violentados b) cualquier comunidad, colectivo, nacionalidad que considere igualmente que sus derechos han sido violentados, y, c) El defensor del Pueblo.

La forma de comparecer del actor dentro de la presente causa, de acuerdo a la sentencia el actor “comparece por sus propios derechos”, es decir, no como Cabo Segundo de Policías, la forma de comparecer a la acción tiene que ir ligada a sus antecedentes y principalmente a la pretensión propia del actor, si el actor comparece por sus propios derechos, quiere decir que NO se reconoce al momento de presentar su acción como Cabo Segundo por lo tanto quiere decir que se encuentra fuera de la Institución de policías ejerciendo sus funciones como Cabo; con lo cual se deduce que ha sido notificado con la resolución del H. Consejo de Clases y Policías que decidió falta de idoneidad para el concurso inmediato de ascenso en grado.

OBJETO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN:

ADIMINISTRANDO JUSTICIA Y EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA acepta la acción de protección presentada por sus propios derechos por el señor Lider Antonio Girón Rosales, por consiguiente, se admite la pretensión deducida por el actor, por lo tanto, se deja sin efecto la resolución no. 2008-0489-ccp-pn, de fecha 22 de mayo del 2008, dictada por el H. Consejo de Clases y Policías de la Policía Nacional se ordena declarar idóneo al actor, para continuar con su carrera dentro de la institución policial, esto es, se dispone que el órgano competente de la policía nacional, cumpla con el deber positivo de convocar al señor Lider Antonio Girón Rosales, al curso inmediato de ascenso de grado y, a los cursos mediatos de ascenso de grado correspondientes; y, con el deber negativo, quedando impedido dictar cualquier acto administrativo por los mismos hechos y con los mismos fundamentos que, impidan continuar con su carrera policial.- NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

De lo señalado se desprende que el Juez, por su simple convicción dejó sin efecto la resolución del H. Consejo de Clases y Policías de fecha 22 de mayo del 2008, es decir, se dejó sin efecto un acto administrativo, lo cual constituye una de las causales de improcedencia de la acción de protección contenida en el numeral 4) del Art. 42 de LOGJCC que señala: “ Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz” .

(No es la vía adecuada ni eficaz ya que hasta que se resuelva por la vía ordinaria el Cabo Segundo, se encontraría fuera de sus funciones, así como no poder presentarse nuevamente a un concurso en grado)

Sin duda, el Juez podía declarar que la impugnación de la Resolución del H. Consejo de Clases y Policías ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no es adecuado ni eficaz, sin embargo para su resolución debía estar debidamente motivada.

PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA:

Considero que el juez podía acogerse a la causal 4) del Art. 42 sobre la improcedencia de la acción considerando que la Resolución impugnada constituye un acto administrativo, sin embargo, el juez resolvió considerar que la vía constitucional era la adecuada y eficaz y resolvió dejar sin efecto dicha resolución. Al respecto y como medio informativo el Juez, resolvió esta causa sin que el actor haya realizado en vía administrativa cualquier gestión y sin tener ninguna negativa del H. Consejo de Clases y Policías.

A menos como lo había mencionado anteriormente el juez hubiera motivado su resolución sobre porque la vía ordinaria no era ni correcta y eficaz, para que con estos principios se de la Acción de protección

CONCLUSIONES

La acción de protección como tutela de Derechos en la Constitución del año dos mil ocho, sin duda se erige como una respuesta efectiva para proteger la dignidad de los seres humanos.

Más allá de las diferencias técnicas necesarias entre derechos humanos y derechos fundamentales, la razón vigente y suficiente para explorar si en nuestra República materialmente existe un amparo directo y eficaz, capaz de subsumir al poder y a diversas presiones la encontramos al diseccionar las sentencias y en el derecho positivo.

La acción anotada no es más que una herramienta de muy alto nivel para servicio del individuo, coligiendo que en efecto es una garantía idónea, efectiva y no residual, lamentablemente en la práctica se la ha traído a menos con el mandato del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del año 2009.

La sociedad ecuatoriana merece de manera urgente recuperar sus instituciones y sobre todo las judiciales, para garantizar la vida y libertad de los asociados.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, Galo Blacio. La Acción de Protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Universitas, 2011.
- Arcila, Carlos Ramirez. Fundamentos Procesales y Previsiones Contencioso Administrativa. Bogotá, s.f.
- Asamblea Constituyente. s.f.
<<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf>>.
- . «Constitución del Ecuador.» 2008.
<<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf>>.
- Cabanellas. Diccionario Jurídico. s.f.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico. s.f.
- Carrión, Luis Cueva. Acción Constitucional Ordinaria de Protección. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2011.
- . Acción Constitucional Ordinaria de Protección. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2011.
- Cevallos, Iván. La Acción de Protección: Formalidad, Admisibilidad y Procedimiento. Quito: Workhouse Procesal, 2009.
- Código Orgánico de la Función Judicial. 09 de marzo de 2009.
<http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf>.
- Constitución de 1998. 11 de Agosto de 1998. <http://www.odna.org.ec/ODNA-PDF/Constitucion1998.pdf>.
- Convención Americana de Derechos Humanos. 22 de Noviembre de 1969.
<http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.
- . 22 de Noviembre de 1969. <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.
- Córdova, Luis Castillo. «El amparo residual en el Perú. Justicia Constitucional.» Revista de Jurisprudencia y Doctrina (Año 1 No. 2 Lima).
- Corte Constitucional de Colombia. «corte constitucional de colombia.» s.f.
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-543-11.htm>>.
- Corte Constitucional del Ecuador. «Corte Constitucional del Ecuador.» s.f.
<<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>>.
- CorteConstitucional. Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana. Quito, 2013.

- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 26 de Agosto de 1789.
<http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.
<<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=COaC5ceYpcgCFZORHwodnXcMPw>>.
- Ecuador, Corte Constitucional del. Apuntes de Derecho Procesal. Tomo 2. Quito, s.f.
- Ecuador, Corte constitucional del. La Acción de Protección. s.f.
- Falconí, García. La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución del Ecuador. Quito, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. Derechos Fundamentales y Garantías. Madrid: Trotta, 2001.
- . Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, s.f.
- . Garantías Constitucionales. Madrid: Trotta, s.f.
- Guastini, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano. Trotta, s.f.
- Jimenez, Agustín Grijalva. Constitucionalismo en el Ecuador. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- Jiménez, Agustín Grijalva. Constitucionalismo en el Ecuador. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 22 de octubre de 2009. <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf>.
- Ordoñez, Hernán Jaramillo. La justicia Constitucional, La acciones de protección. Loja - Ecuador, 2008.
- Peter, Schneider Hans. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. s.f.
- Pisarello, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.
- Registro Oficial. 18 de junio de 1999. <https://www.registroficial.gob.ec/>.
- Resolución Constitucional. s.f.
<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>.
- Sanchís, Luis Prieto. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, s.f.
- Santamaría, Ramira Ávila. Las garantías: Herramientas imprescindibles del cumplimiento de los derechos. Desafíos Constitucionales. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Santamaría, Ramiro Ávila. El amparo constitucional entre el diseño liberal y la práctica formal. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- . La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, s.f.
- Trujillo, Julio César. Constitucionalismo Contemporáneo. Quito, 2013.
- . La acción de amparo. Quito, 2007.
- Valle, Alex. El amparo como garantía constitucional en el Ecuador. Quito: Corporación Editora nacional, 2012.