



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de Abogado de los
Tribunales de Justicia de la República**

**“La Acción de Protección: ¿Una garantía de carácter residual según la Ley
Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional?”**

Autor: Milton Ordóñez Amoroso

Director: Dr. Sebastián López Hidalgo

Cuenca – Ecuador

2018

Agradecimientos

En este trabajo de graduación para obtener mi título de abogado quiero agradecer a mis padres, Milton Ordóñez y Lourdes Amoroso, quienes durante toda mi vida han estado pendientes de cada paso que doy para guiarme hacia el camino correcto, apoyándome en cada una de mis decisiones y sobre todo inculcándome valores y principios.

De igual manera quiero agradecer a todos los profesores que durante estos cinco años de carrera universitaria supieron compartir todos sus conocimientos técnicos y prácticos, pero de manera especial al Doctor Sebastián López, quien fue mi director y guio este trabajo para obtener mi título.

Dedicatoria

Quiero dedicar este trabajo a mi padre, quien es mi guía y mi ejemplo a seguir en mi vida profesional, a mi madre por impulsarme a lograr mis objetivos y a mi abuela, Débora Cordero, por ser un pilar fundamental en mi vida.

Índice de contenidos

Agradecimientos	2
Dedicatoria.....	3
Resumen	7
Abstract.....	8
Introducción.....	9
Capítulo 1	10
El paradigma garantista en el Estado Constitucional.....	10
1.1 Del Estado legal al Estado constitucional.....	10
1.2 El garantismo en el Estado constitucional	17
1.3 Garantía constitucional: concepto.....	26
1.4 Tipos de garantías en la constitución ecuatoriana:	29
1.4.1 Garantía normativa	29
1.4.2 Garantía de políticas públicas	33
1.4.3 Garantías jurisdiccionales.....	35
Capítulo 2	37
La acción de protección como una garantía directa y eficaz	37
2.1 La acción de protección	37
2.1.1 Definición	37
2.1.2 Naturaleza	38

2.1.3 Objeto.....	41
2.2 La acción de protección: ¿acción o recurso?	43
2.3 La acción de protección como garantía para proteger de manera directa los derechos constitucionales	46
2.3.1 Los derechos constitucionales y derechos ordinarios.....	50
2.4 La eficacia de la acción de protección.....	54
2.5 La acción de protección como mecanismo directo y eficaz para proteger derechos constitucionales	58
Capítulo 3	61
Residualidad de la acción de protección.....	61
3.1 La acción de protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	61
3.1.1 Objeto y finalidad de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional .	61
3.1.2 Principios de la Justicia Constitucional.....	62
3.1.3 Principios procesales aplicables a la justicia constitucional.....	63
3.1.4 Normas comunes a las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales	67
3.1.4.1 Finalidad de las garantías.....	67
3.1.4.2 Competencia	67
3.1.4.3 Normas que rigen un procedimiento constitucional	68
3.1.4.4 Legitimación activa	70
3.1.4.5 Contenido de la demanda de garantía.....	71

3.1.4.6 Comparecencia de la persona afectada.....	72
3.1.4.7 Comparecencia de terceros	72
3.1.4.8 Calificación de la demanda	73
3.1.4.9 Audiencia	74
3.1.4.10 Terminación del procedimiento.....	75
3.1.4.11 Pruebas	76
3.1.4.12 Contenido de la sentencia	77
3.1.4.13 Reparación integral.....	78
3.1.4.14 Reparación económica.....	80
3.1.4.15 Cumplimiento	80
3.2 Requisitos de procedibilidad en la acción de protección	81
3.3 Casos de improcedencia en la acción de protección	83
3.4 La garantía constitucional de acción de protección: ¿una acción residual?.....	89
Conclusiones	96
Bibliografía	99

Resumen

El presente trabajo busca analizar la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dentro de un modelo de Estado constitucional en el que se tutelan los derechos que se encuentren consagrados en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos mediante garantías especiales para cada uno de ellos según su naturaleza. El fin de este trabajo es determinar si la acción de protección es de carácter residual o protege los derechos de manera directa y eficaz

Palabras claves: constitución, acción de protección, garantismo, garantía, derechos constitucionales, eficacia, residualidad.

ABSTRACT

The present work sought to analyze the Constitution and the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control within a model of constitutional state. The rights enshrined in the Constitution and international human rights treaties were safeguarded through special guarantees for each one of them according to their nature. The purpose of this work was to determine if rights were protected directly and effectively or if the protective action was residual.

Keywords: Constitution, protective action, guarantee, constitutional rights, effectiveness, residuality.



Translated by

Ing. Paul Arpi

Introducción

Según la corriente constitucional con la que fue creada nuestra Constitución del 2008, se incorporaron nuevas tendencias que marcan el desarrollo y fundamento de nuestra Carta Magna ecuatoriana. Consagrando un modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que está revestido de varios derechos con sus respectivas garantías que los protegen, obedeciendo a una corriente garantista que inspiró en la creación de la Constitución ecuatoriana.

Se deberá partir de un enfoque general de las garantías que nos permita demostrar que el fin de éstas es ser un mecanismo de protección de los derechos. El estudio de este trabajo se enfocará de manera específica en la acción de protección como una garantía jurisdiccional en Ecuador.

La acción de protección se analizará con el fin de determinar su naturaleza, objeto y cómo ésta garantía se creó para tutelar los derechos constitucionales que no tengan previstos otro mecanismo de protección especial en el ordenamiento jurídico de Ecuador.

Para llevar a cabo este análisis es necesario considerar la normativa encargada de delimitar el campo de acción de esta garantía constitucional, es así que, debemos estudiar la Constitución, tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El análisis de la normativa que regula la acción de protección tiene el fin de determinar si nos encontramos frente a una acción residual, que nos obligue a agotar instancias para poder tutelar los derechos mediante esta garantía, o si es una garantía que protege de manera directa y eficaz los derechos constitucionales y aquellos que se encuentren previstos en tratados internacionales de derechos humanos.

Capítulo 1

El paradigma garantista en el Estado Constitucional

1.1 Del Estado legal al Estado constitucional.

Según Gustavo Zagrebelsky el Estado legal es *“cualquier Estado entendido como un Estado “de derecho objetivo”, es decir, como una situación de gobierno estabilizada con y por medio de reglas vigentes de modo objetivo cualquiera que sea su contenido, puede reconocerse fácilmente en esta noción”* (Zagrebelsky, G. 2008. Pg. 86). De forma clara, el autor lo que busca es diferenciar que, el hecho de que un Estado tenga un ordenamiento jurídico, no es condición suficiente para que sea entendido como legal. Por lo tanto, esta forma de Estado debe ser analizada profundamente para determinar las variaciones existentes con el Estado constitucional que es objeto de estudio en este capítulo.

Uno de los principales antecedentes fue planteado por Locke (1632-1704), quien era partidario de la corriente iusnaturalista. Este autor ya en aquella época, expuso que deben existir ciertos elementos básicos: soberanía popular, separación de poderes, igualdad de todos los hombres, existencia de derechos innatos e inalienables del hombre, el derecho de oposición frente al poder político; debido a la época iuspositivista varios de los puntos no fueron reconocidos. Pese a ello, en la evolución de los Estados fueron desarrollados en las constituciones como pautas fundamentales. (Navas, A; Navas, F. 2009. Pg. 75-78).

Debemos observar que, existen distintas concepciones sobre el Estado Legal o de Derecho, dependiendo de los autores y de la época en que fue estudiado como forma de Estado.

Así, Kant planteó grandes conceptos en sus orígenes al proponer que no es el poder como elemento constitutivo de un Estado el que lo conforma como tal. El autor señala que el Derecho

es el que lo constituye, es decir, el poder es la ley y no puede ser cualquier norma impuesta por el aparato estatal, las leyes deben cumplir ciertas exigencias que derivan de los siguientes principios de la razón:

- La libertad de cada miembro de la sociedad como hombre.
- La igualdad de todos como súbditos.
- La autonomía de cada miembro de la sociedad como ciudadano partícipe de la creación de normas a través de representación popular.

Según estos principios, se debe entender al Estado de Derecho como aquel que encuentra limitado su ámbito al establecimiento de un verdadero orden jurídico que permita asegurar las condiciones planteadas en los principios mencionados (García, M. 1986. Pg.35). Estos principios conforman el Estado de Derecho, y determinan que no es simplemente un ordenamiento jurídico el que debe regir dentro de un Estado para ser entendido como tal, es necesario que se cumplan situaciones específicas y que, según Kant, buscan un sustento para las normas impuestas por el parlamento.

Posterior a esta concepción, el Estado de Derecho y sus leyes se encuentran legitimados por valores que van más allá de la voluntad del poder legislativo y se crean para asegurar y promover un ordenamiento jurídico tendiente a garantizar los objetivos de los ciudadanos. De igual manera, la administración definirá sus objetivos con el fin de lograr el de los ciudadanos (García, M. 1986. Pg.35).

Uno de los principales problemas que comprendió el Estado de Derecho a mediados del siglo XIX es que la administración ejecutaba actos que iban en contra de lo que cada ciudadano buscaba, pero existía una sumisión del poder de la administración a la normativa vigente, que permitía controlar de cierta manera los actos ejecutados, evitando así que sean contrarios a los

intereses de los ciudadanos, pues todos estos se convertirían en justiciables ante una jurisdicción neutral para poder determinar la responsabilidad de los actos de la administración (García, M. 1986. Pg. 36).

El Estado de Derecho se encuentra centrado en la ley, pero, como mencionamos anteriormente, las leyes tendrían que cumplir con ciertas exigencias. En primer lugar, el contenido de éstas debe seguir ciertos postulados que van más allá del interés particular del legislador, describiendo ciertos fines y valores de los ciudadanos.

Todas estas leyes son de carácter general y se encuentran legitimadas en la representación popular, que permite la discusión antes de la creación y la publicidad de las mismas, otorgando una garantía de corrección de su contenido. La representación popular garantizaba que la ley no lesione principios de libertad del pueblo, y las normas, la racionalidad de la ley con los intereses generales (García, M. 1986. Pg. 36).

En este contexto, la generalidad de la ley no solo permitía igualdad entre los ciudadanos y su relación con la administración sino, también como excluyente de las intervenciones arbitrarias de la administración en situaciones concretas que se derivan de la ejecución de las facultades que tiene cada poder del Estado (García, M. 1986. Pg. 36).

De esta manera el Estado de Derecho es aquel en donde la ley es la que determina a la autoridad y la estructura del poder. Se encuentra dividido en tres poderes: el ejecutivo, el legislativo y el judicial.

El poder se encuentra concentrado en el legislativo y dentro de este, la facultad de crear leyes que regirán a los demás poderes. Esto gracias al principio de legalidad, que nace con la revolución francesa en 1789 y permite al poder legislativo controlar al poder judicial, convirtiendo a sus integrantes en jueces *boca de la ley*, pudiendo también limitar al ejecutivo en

sus funciones. Uno de los principales motivos fue el no tener una constitución rígida, esto permitía al parlamento realizar reformas mediante procedimientos ordinarios, lo que resultaba en concentración del poder en una función estatal que, de cierta manera, se veía limitada por las normas generales para los poderes del Estado y por los principios de publicidad, igualdad y generalidad (Ávila, R. 2009. Pg. 777).

Todo lo expuesto nos lleva inobjetablemente a plantear el concepto de Gustavo Zagrebelsky sobre el Estado legal: *“El Estado de derecho puede ser definido como la versión del Estado moderno europeo que, basándose en una filosofía individualista [...] y a través de procesos de difusión y de diferenciación del poder, le atribuye al ordenamiento jurídico la función primaria de tutelar los derechos civiles y políticos, a fin de contrarrestar la propensión del poder a la arbitrariedad y la prevaricación.”* (Zagrebelsky, G. 2008. Pg. 86)

Ahora bien, una vez analizado el Estado legal es necesario enfocarnos en el Estado constitucional por todos los cambios sustanciales y avances importantes en los cuales se solucionan muchos de los problemas que acarrea un modelo donde la ley era absoluta y existían constituciones que era simples pactos pragmáticos o políticos que carecían de fuerza normativa, proyectándose hacia un modelo en el que la constitución es el centro de poder y legitimación para el gobierno.

El Estado constitucional nace como producto de la insatisfacción de limitar y organizar mediante ley las garantías para los ciudadanos, provocando inestabilidad por los procedimientos de reforma ordinarios que contemplaban las leyes ordinarias. Se torna necesario el poder crear una norma suprema que va a recoger catálogos de derechos inviolables y de principios de justicia inderogables, creando mecanismos y órganos de garantía con procedimientos especiales para modificarlas. (Zagrebelsky, G. 2008. Pg. 108)

Para llegar al Estado constitucional es necesario analizar sucesiva e históricamente los avances en los que poco a poco se abolió el modelo de estado legal. Como antecedente, existen varias propuestas de derechos que se encuentran en las constituciones de distintos países. Las declaraciones de los derechos a lo largo de la historia han aportado para la formación del derecho constitucional.

Entre otros aspectos, durante la formación del Estado constitucional se dieron grandes avances que dieron como resultado distintas generaciones de derechos que supeditaba al poder político, según el momento social y político de cada época.

En efecto, la primera generación de derechos va de la mano con un modelo de Estado liberal, donde su fuente primordial era la ley; la constitución era una simple norma flexible, no tenía fuerza normativa, sin aplicabilidad directa e inmediata, siendo una norma de mínimas. En esta generación de derechos se consagra los derechos políticos o individuales como son: el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la propiedad y a la participación política. Este último no fue desarrollado en su totalidad por no consagrar el sufragio universal a los ciudadanos. La abstención por parte del Estado garantizaba los derechos mencionados anteriormente, puesto que no debía inmiscuirse en el actuar de los ciudadanos y, por lo tanto, no existía erogación de recursos. La ley se mantenía jerárquicamente superior a la constitución. (Navas, A; Navas, F. 2009. Pg. 328)

Posteriormente, en los derechos de segunda generación, dentro de un Estado social, se dieron varias transformaciones socioeconómicas, incidiendo directamente en esta generación al consagrar los derechos denominados DESC (derechos económicos, sociales y culturales). Estos derechos necesitaban el actuar del Estado para garantizarlos. Nace principalmente con la constitución mexicana de 1917 y la de Weimar en Alemania en 1919, en donde las

constituciones alcanzaron una fuerza normativa superior, denotando un cambio significativo que dejaba de un lado a la ley como fuente principal y de aplicación directa. Posteriormente, debido a la Segunda Guerra Mundial y a las dictaduras europeas, perdió fuerza, sin lograrlo de una manera absoluta. (Navas, A; Navas, F. 2009. Pg. 328)

Los derechos de tercera generación van conforme a un modelo de Estado de derecho. Para que se vean garantizados los derechos consagrados no solo se necesitaba abstención por parte del Estado, sino un accionar que otorgaba las facilidades necesarias para la satisfacción de los mismos. Superando al Estado legal, por ser las constituciones de directa e inmediata aplicación y cargadas de derechos en donde existen garantías constitucionales creadas para la protección de los derechos constitucionales. Aquí es donde se denota mayor avance desde el Estado legal hacia el Estado constitucional, dejando a un lado la ley como de aplicación directa. La constitución se convierte en la primera fuente de aplicación inmediata. (Navas, A; Navas, F. 2009. Pg. 329)

El Estado constitucional, con la constitución como norma principal, la cual es de carácter material, orgánica y procedimental. Material porque debe encontrarse cargada de derechos, que son el fin único del Estado; orgánica porque determina cuales son los órganos del Estado, que junto a sus funciones y limitaciones son quienes garantizan los derechos a los ciudadanos; por último, procedimental porque en la constitución se encuentran de manera clara los mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados con el fin de hacer válida la toma de decisiones y la elaboración de las normas infraconstitucionales. (Ávila, R. 2009. Pg. 778)

En palabras de Ramiro Ávila, el constitucionalismo se conforma en “*el Estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio*” (Ávila, R. 2009. Pg. 777-779.) Es así que, entendida la democracia como medio, la soberanía del Estado se encuentra en el pueblo por

tratarse de un régimen democrático en un Estado constitucional, es decir, todos los poderes del Estado emanan del pueblo, legitimando de esta manera la actuación del poder público.

Otro de los factores preponderantes, dentro de un Estado constitucional que dista mucho del Estado legal, es la teoría de las fuentes. Dado que la ley como única fuente ya no es suficiente para garantizar todos los derechos y garantías existentes en el ordenamiento jurídico, las fuentes se encuentran diversificadas. Esta situación da paso al denominado pluralismo jurídico que es *“el fenómeno de coexistencia de normas que demandan obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos. Aceptando por otra parte que la vigencia de un sistema normativo se basa en una regla de reconocimiento, el pluralismo jurídico implica coexistencia de normas que son reconocidas por distintas reglas de reconocimiento. Precisamente esta caracterización genérica, unida al hecho de que el término “pluralismo” comporta evidentes cargas valorativas, hace recomendable entender en adelante la expresión “pluralismo jurídico” como equivalente a pluralidad de órdenes legales.”* (Ceballos, R. 2011. Pg. 228)

La constitución es considerada la fuente principal, la jurisprudencia, jurisprudencia proveniente de la justicia indígena en un marco andino, la costumbre, los convenios internacionales, los principios generales del derecho.

Todas estas fuentes aportan para la aplicación de los derechos y garantías, que no agota, a diferencia del Estado legal, en la simple aplicación de una norma que de cierta forma podía o no resolver el problema que se suscitaba para el ciudadano. Esta va más allá, realiza un análisis de todo el ordenamiento jurídico aplicable para solucionar el problema.

Denotamos así la variación existente y el avance que significa pasar de un Estado legal a un Estado constitucional, éste último permite organizar al poder y otorgar derechos y garantías a los

ciudadanos, para evitar la arbitrariedad en los actos de la administración y, de igual manera, en relaciones entre privados, garantías que son de carácter fundamental para que los derechos sean respetados y aplicados siguiendo una corriente garantista que se encuentra plasmado en las constituciones actuales.

1.2 El garantismo en el Estado constitucional

Para hablar sobre el garantismo dentro del Estado constitucional es importante diferenciar lo que conlleva el garantismo y lo que significa garantía. Al referirnos a garantías, de manera muy concreta, en palabras de Luigi Ferrajoli: “Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”. (Ferrajoli, L. 2008. Pg. 61)

Sobre el garantismo Ferrajoli dice lo siguiente: *“La ampliación del significado del término garantías y la introducción del neologismo garantismo para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales [...]. Garantismo resulta extensible, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes públicos o privados, estatales o internacionales.”* (Ferrajoli, L. 2008. Pg. 61-62)

De manera abstracta, estos dos términos tienden a complementarse. El garantismo sin garantías se volvería inútil, es por esto que estas técnicas de protección de derechos fundamentales deben reflejarse en garantías, que harán efectivos los derechos.

La corriente del garantismo, históricamente, es producto del pensamiento penal liberal, que buscaba la protección a los derechos fundamentales inmiscuidos en el campo penal como el derecho a la vida, la integridad física y la libertad personal.

Esto provocó que la tendencia manejada por un garantismo dentro del campo penal sea acogida en la teoría general del derecho y a todo el campo en donde se ven inmersos derechos subjetivos, tanto patrimoniales como fundamentales. Por esta razón las garantías fueron creadas para evitar violaciones de estos derechos y, la falta de éstas, provocaría inestabilidad en el ordenamiento jurídico por existir derechos y no mecanismos que los protejan, provocando que las garantías no tengan razón de existir.

El término garantismo, fuera del campo netamente penal, según Adrián Rentería Díaz *“en una acepción muy lata, tiene que ver con procedimientos y estrategias jurídico-institucionales que tienen como resultado la previsión normativa de la protección y la tutela de los individuos en cuanto actores sociales”* (Rentería, A. 2011. Pg. 153). Con actores sociales se refiere al poder estatal y al campo privado.

Para continuar con el estudio del garantismo debemos enfocarnos en el Estado constitucional que planteaba Ferrajoli, que propone abandonar el modelo de subordinación del derecho a la política mediante la estricta legalidad que existía y llegar a la subordinación del poder estatal al contenido de los derechos fundamentales, esto mediante las garantías que protegen las distintas clases de derechos. (Ferrajoli, L. 2008. Pg. 65-66)

Esta subordinación provoca que el principio de legalidad sea revalorizado para cambiar su sentido, tomando como fuente principal la normativa constitucional. Continuando con esta lógica, el Estado constitucional deberá incorporar límites y vínculos que obliguen al poder político a estar subordinado a los textos constitucionales. (Ferrajoli, L. 2008. Pg. 66)

Para Ferrajoli, dentro de la corriente del garantismo, existen distintos tipos de garantías para tutelar los derechos: garantismo patrimonial que busca proteger aquellos derechos de propiedad y demás derechos patrimoniales; garantismo liberal, que nace específicamente del

derecho penal, con el fin último de designar las técnicas de defensa de los derechos de libertad, ya sea personal, de integridad física, etc.; garantismo social, que comprende todos los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y que, a criterio de Ferrajoli, son estas garantías las que faltan desarrollarse; de garantismo internacional, que protegen los derechos humanos establecidos en las declaraciones y convenciones internacionales. (Ferrajoli, L. 2008. Pg. 62)

Así, las garantías poseen un carácter positivo cuando a prestaciones se refiere, y, un carácter negativo cuando pretenden evitar lesiones. Entonces, las garantías positivas son obligación de la comisión y las garantías negativas son obligación de omisión, es decir, en la prohibición del acto que lesione derechos. Es fundamental conocer que todas estas garantías se encuentran no solo en el ámbito público, pues en el privado corresponden a las expectativas de reparación, mediante sanciones o anulaciones de aquellos actos en los que se violan los derechos subjetivos.

Siguiendo con el análisis de las garantías, encontramos las garantías primarias o sustanciales y las garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras se refieren a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que nacen de los derechos subjetivos. Las segundas tienen que ver con que los órganos jurisdiccionales garanticen y apliquen sanciones o declaren la nulidad. Si estas últimas provienen de actos ilícitos, se aplicarán sanciones, cuando los actos sean no válidos, aplicará la nulidad, siempre y cuando no impliquen la violación de los derechos subjetivos. (Ferrajoli, L. 2008. Pg. 63).

Para determinar qué garantía vamos a aplicar, primero tenemos que diferenciar entre normas primarias, que disponen obligaciones y prohibiciones, y normas secundarias, que implican anulaciones y sanciones en caso de violar las normas y garantías primarias.

Las garantías primarias equivalen directamente a la satisfacción de los derechos subjetivos tutelados por ellas, y las garantías secundarias serán aplicadas para la reparación ante la violación o inobservancia de las garantías primarias. Por lo tanto, las garantías tienen la capacidad de vincular los poderes del Estado con los derechos.

A lo largo de la historia y, desde el modelo de Estado legal (carente de constituciones rígidas y cargadas de derechos y garantías), con un soporte positivista en el que las garantías de los derechos fundamentales estaban en manos del poder legislativo que podía reducirlos o suprimirlos legítimamente, estando presentes con el fin de otorgar mecanismos de protección para los ciudadanos, formando parte fundamental hasta llegar a un Estado constitucional donde toman un papel preponderante para llegar a conseguir los objetivos planteados.

Según Montaña Pinto y Pazmiño Freire, para explicar la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la caracterización del Estado constitucional de derecho, deben existir ciertos puntos importantes:

- a) La finalidad preponderante del Estado, es la garantía efectiva de los derechos de las personas.
- b) La Constitución es la norma jerárquicamente superior dentro del ordenamiento jurídico.
- c) La Constitución es de carácter obligatorio y de directa aplicación, sin importar que se encuentre desarrollado en normativa secundaria.
- d) La presencia de la Constitución debe ser en todas las esferas jurídicas del ordenamiento y en todos los conflictos, por más mínimos que sean, deberá aplicarse la constitución.
- e) La coexistencia de ideologías para el desarrollo constitucional.
- f) La revalorización del papel del juez, que tiene un papel de garantista de los derechos de las personas y de la creación misma del derecho, aportando al desarrollo de los derechos.

- g) Los juicios de validez de las normas con la simple observación de procedimientos por los que fueron creados, deben, además, tener coherencia con los objetivos de la constitución.
- h) La nueva institucionalidad es garantizada por un ente que es la Corte Constitucional, cuya principal función es la de asegurar la supremacía de la constitución. (Montaña, P; Pazmiño, P. 2013. Pg. 35-36)

Conforme con esto, Marina Gascón nos dice que: *“El garantismo no es simple legalismo; o, si se quiere, no es compatible con la falta de limitación jurídica del poder legislativo, pues la mera sujeción del juez a la ley puede convivir con las políticas más autoritarias y antigarantistas”* (Gascón, M. 2009. Pg. 21)

Por esta razón el garantismo no significa la existencia formal de garantías, sino que, efectivamente, los mecanismos de protección sean materialmente aplicados, provocando una efectiva tutela de los derechos mediante los órganos que conforman el poder político y con entes especializados para ser guardianes de la materialización de las garantías y sobre todo la aplicación directa de la Constitución como norma jerárquicamente superior, que consagra las garantías dentro de su normativa.

Posteriormente, en un modelo constitucional de derecho, con constituciones rígidas, las normas ordinarias se encontraban por debajo de la constitución con la necesidad de que exista coherencia con las normas constitucionales. El cambio del poder jurisdiccional no se limita a la simple aplicación de la ley, ya que pretende encontrar mecanismos, mediante la aplicación de garantías, que satisfagan los derechos subjetivos fundamentales.

El avance expuesto provoca una relación estrecha entre las garantías y el constitucionalismo. Las garantías han venido evolucionando y situándose en un carácter cada vez

más necesario para la protección de derechos, sin depender de un poder legislativo que cambie a su conveniencia el régimen de aplicación y creación de garantías.

El desarrollo del constitucionalismo y la constitucionalización de los derechos fundamentales, toma como necesario a las garantías como mecanismo de protección y así, aportar al desarrollo de una corriente garantista en los Estados en los que se aplica.

En el cambio de un modelo de Estado legal a uno constitucional, la naturaleza del órgano jurisdiccional también cambió. El juez, en un Estado legal, para poder aplicar las normas a un caso concreto, debía ser un juez boca de la ley. En una corriente garantista, la jurisdicción no es la simple sujeción del juez a la ley, sino que el análisis crítico de las normas es un medio para controlar la legitimidad constitucional. Como se expresa en líneas anteriores, la validez constitucional de cada una de las leyes que el juez aplica en cada uno de sus actos procesales. (Prieto, L. 2005. Pg. 46)

De igual manera, sobre la ciencia jurídica en esta corriente del garantismo, Luis Prieto nos dice que: *“En particular, a la ciencia jurídica le corresponde una crítica desde adentro, detectando las antinomias existentes y proponiendo las soluciones garantistas que ofrece el propio sistema; y también una crítica desde afuera, que formule nuevas formas de garantía”* (Prieto, L. 2005. Pg. 46) Es necesaria, por lo tanto, que todas las fuentes del derecho sean analizadas por la ciencia jurídica, sobre todo en una corriente garantista. La construcción y análisis de las fuentes tienen que ir de la mano con métodos de protección que buscan satisfacer los derechos, sin importar su naturaleza, siempre conforme a la constitución desde el modelo contemporáneo de Estado constitucional.

Dentro esta corriente, la teoría jurídica de la validez, transformó el hecho de que las normas cumplan las formas y los procedimientos que se encontraban establecidos en la

normativa formal sobre la producción de las leyes, provocando que se exija coherencia de las normas con los principios constitucionales y las garantías establecidas en las normas superiores, permitiendo así la constitucionalización del ordenamiento.

Es importante recalcar que los derechos fundamentales se expresan como principios jurídicos dentro del texto constitucional y buscan garantizar ciertos bienes o valores, así como orientar a todo el ordenamiento jurídico proponiendo límites al poder público. En el ámbito privado se refleja como una relación horizontal entre particulares. Los derechos fundamentales, en el Estado constitucional, se fijan dentro de la corriente garantista, limitando el poder y ubicando al ser humano en el centro de las relaciones. En este sentido, el autor Jheison Torres propone tres principios: “la dignidad humana, la libertad y la igualdad.” (Torres, J. 2016. Pg. 150)

Al consistir en expectativas o pretensiones es necesario que se apliquen obligaciones, o prohibiciones y reparaciones, en caso de que dichos derechos hayan sido violados. Es decir, un derecho que no es garantizado mediante mecanismos de protección no sería en realidad un derecho útil, pues no cumpliría con el fin para el cual fue creado. Desde la óptica de una corriente garantista deben tener mecanismos con garantías que busquen el cumplimiento y la protección de los derechos fundamentales sin importar su naturaleza.

Otro tema que sufrió transformaciones es la democracia. El paradigma democrático, dentro del garantismo, dista mucho del Estado de derecho tradicional. Ferrajoli nos dice que:

“En efecto, el garantismo constitucional introduce, en la democracia, una dimensión sustancial, ajena al viejo paradigma del Estado legislativo de derecho y generada, precisamente, por las prohibiciones y obligaciones impuestas a las opciones políticas, tanto legislativas como de

gobierno, por parte de las garantías primarias de los derechos fundamentales sancionados en las constituciones.” (Ferrajoli, L. 2008. Pg. 66)

Es por ello que, al abandonar el paradigma de un Estado legislativo, en el que no se encontraba limitado el parlamento, pues en él se encontraba la justificación del poder. En el paradigma garantista se producen límites a este poder político, ya que las garantías existentes van a limitar su actuar. La democracia ya no se encuentra solamente en el parlamento que está limitado al actuar del gobierno y a los derechos fundamentales y sus garantías.

En un Estado constitucional, Ferrajoli plantea que, la legitimidad, tanto política como jurídica del ejercicio del poder público, no se encuentra solo condicionada por las reglas que establecen el quién y el cómo de las decisiones que se toman en el ejercicio público, sino que se debe también observar las reglas que condicionan las decisiones tomadas. Es decir, qué es lícito u obligatorio basándose en las garantías impuestas en la materia de la decisión, por encontrarse constitucionalizados los derechos fundamentales con sus respectivos mecanismos de protección. Estos legitiman el actuar del poder político, conociendo que deben apegarse al texto constitucional para que su actuar sea legítimo y, de cierta manera, sea acorde al método democrático de representación. (Ferrajoli, L. 2008. Pg. 66)

Es preciso evidenciar que para que las decisiones políticas se puedan tomar en el ejercicio del poder, y de manera democrática y legítima, deben cumplir con las esferas de lo *indecidible*, de lo *indecidible que no* y la esfera de lo *decidible*. Ahora bien, en la esfera de lo *indecidible* se encuentran todos esos derechos de libertad y de autonomía sobre los cuales se impiden que sean lesionados en lo absoluto. En cuanto a la esfera de lo *indecidible que no*, están todos aquellos derechos sociales que imponen un accionar positivo para garantizar mediante acciones dirigidas a satisfacerlos.

Por último, en la esfera de lo *decidible* encontramos los derechos de autonomía política, mediante la democracia representativa o una autonomía en el campo privado de libre elección dentro del mercado.

Para aclarar este tema, el autor Luis Prieto nos dice que, dentro de la teoría del garantismo de Ferrajoli, la democracia constitucional puede ser formal o sustancial. La democracia formal aparece generada por aquellos derechos de autonomía que determinan quién y cómo expresamente delimitado por el texto constitucional y protegidos por garantías. (Prieto, L. 2005. Pg. 43)

La democracia sustancial se encuentra delimitada por los derechos de libertad que obligan al Estado a abstenerse o respetar sobre la esfera de lo “indecidible”, y por los derechos sociales que reclaman accionar del Estado, tratándose de la esfera de lo “indecidible que no”. (Prieto, L. 2005. Pg. 43)

En este sentido, lo que pretende Ferrajoli es plantear un modelo normativo para la organización política, supeditada a la constitución, rematerializando los derechos constitucionales con el fin de limitar al poder en su actuar.

Por esta razón, tanto el garantismo como la democracia son modelos normativos que legitiman o deslegitiman al poder público. Al respecto, la autora Marina Gascón explica que la acción política será legítima siempre que contribuya a garantizar los bienes y valores que deban ser perseguidos en un Estado constitucional. Por lo tanto, el derecho no puede ser un instrumento de la política, sino lo contrario, la política es la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación y desarrollo del derecho. (Gascón M. 2005. Pg. 26)

Entonces, el garantismo, como corriente, ha realizado cambios sustanciales en el modelo de Estado, que tienen que ver con la validez de las normas y con la justificación democrática del

poder. Si bien esta corriente que va de la mano con la teoría del constitucionalismo, está en desarrollo y los derechos fundamentales son considerados su pilar. Lo que busca es respaldarlos mediante mecanismos de protección que son las garantías, que tienden a materializar los derechos consagrados en las constituciones.

El garantismo está en estrecha relación con el modelo de Estado constitucional, es por esto que países como el Ecuador, que tiene un modelo de Estado constitucional, sigue inminentemente esta corriente. En su constitución encontramos garantías constitucionales que protegen los derechos que consagra la carta constitucional, cuyo objetivo es limitar al actuar del poder político, respetando los derechos subjetivos y con un especial énfasis en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

1.3 Garantía constitucional: concepto

Las garantías constitucionales, los derechos humanos y las declaraciones internacionales que consignan derechos, son tres acepciones que se encuentran conectadas, pues de nada vale la existencia de derechos si no existen mecanismos de protección. Por garantía entendemos todos aquellos métodos de protección de los derechos, otorgando la facultad al órgano jurisdiccional para que los proteja ante una amenaza de violación o ante una violación efectiva de los derechos. (Ferrero, R. 1969)

Agustín Grijalva nos dice al respecto, con el fin de enfatizar la importancia de las garantías dentro de un Estado constitucional, que: *“sin garantías prácticamente no hay derechos, puesto que estarían ausente los mecanismos de exigibilidad de una conducta u omisión que tales derechos implican”*. (Grijalva, A. 2012. Pg. 241)

Las garantías son fundamentales dentro de un Estado, pues lo que buscan es asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos. En la declaración de los derechos humanos, en el artículo

8, se señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, que le permita ampararse en un mecanismo para evitar que sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución o la ley, sean violados.

El titular del derecho es quien incita al órgano jurisdiccional para buscar la protección del derecho, para el cual, por la característica del derecho de ser fundamental, deberá realizarse un procedimiento de carácter urgente y sumario, con el objetivo de buscar celeridad por parte del órgano jurisdiccional para la inminente protección del derecho y, conforme a la naturaleza del derecho, existirá una garantía distinta. (Ferrero, R. 1969)

Autores como Peces-Barba, quien es citado por Ramiro Ávila en su obra “*Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*”, nos dice que las garantías constitucionales puede ser de dos clases: la una, de carácter general, se refiere a la caracterización del Estado en la constitución y se desprenden, las garantías de derechos a la división de poderes, el principio de legalidad, el sistema democrático y participativo, siendo la finalidad última del Estado como principal garante de derechos. La segunda comprende aquellas garantías específicas que, expuestas en una realidad nacional, equivalen a las garantías normativas, políticas y jurisdiccionales, dependiendo de cada una, garantizará distintos derechos. Para cada uno de ellos están estas garantías que evitarán la violación de derechos que pueden darse en distintos escenarios tanto normativos, administrativos y judiciales. (Ávila, R. 2012. Pg. 187)

Luigi Ferrajoli determina que las garantías constitucionales tienen distintas nociones. En primer plano la garantía constitucional se ve compuesta por la rigidez constitucional que impiden el cambio de los derechos, estructura del estado y de los principios, mediante procedimientos agravados en caso de buscar modificar principios, derechos, instituciones previstas en la Constitución y de igual manera el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes

ordinarias del sistema jurídico . Así también se refiere al control de constitucionalidad de las leyes ordinarias que componen todo el cuerpo normativo de un Estado. En un segundo plano se refiere al conjunto de todas las garantías constitucionales. (Ferrajoli, L. 2006. Pg. 23)

El autor italiano es quién, en la teoría garantista analizada anteriormente, divide a las garantías en primarias y en secundarias. Las garantías primarias son aquellas que se refieren al ordenamiento jurídico, es decir, las normas jurídicas son una primera garantía para las personas, estas normas establecen el marco de competencias de los organismos y funcionarios del Estado, regulan los derechos de las personas y de la naturaleza. Las garantías secundarias, se dividen en dos clases: las políticas públicas, que surgen del poder administrativo sin importar de qué función del estado provenga, siempre y cuando sean de naturaleza administrativa. Las garantías jurisdiccionales, que son las técnicas de protección de los derechos, emanan de los jueces que ejercen justicia constitucional, tanto en los actos como en las omisiones que violan derechos humanos o fundamentales, así como el control de normas, que evidentemente son contrarias a la constitución. (Ávila, R. 2012. Pg. 187)

Otra forma de clasificar a las garantías constitucionales, según Ramiro Ávila, conforme a su función: preventivas y reparatoras. Las garantías preventivas tienen como fin evitar que los derechos sean violados, encajando dentro de estas las garantías normativas, de políticas públicas y las medidas cautelares. Las garantías reparatoras actúan cuando el derecho ha sido violado y, dentro de estas, tenemos las garantías jurisdiccionales, que buscan la reparación de los derechos según los distintos métodos que consagra el ordenamiento jurídico. (Ávila, R. 2012. Pg. 187)

1.4 Tipos de garantías en la constitución ecuatoriana:

1.4.1 Garantía normativa

Las garantías normativas son aquellos mecanismos de protección de los derechos constitucionales y derechos humanos, estas garantías derivan de un deber que tiene el Estado de adecuar la normativa conforme a los convenios internacionales de derechos humanos y la Constitución. Estas garantías, explica Ramiro Ávila, se fundamentan en la jerarquía normativa, es decir, todo el ordenamiento jurídico secundario debe tener completa coherencia para con la norma constitucional (Ávila, R. 2012. Pg. 188)

Luis Villacorta explica que el legislador, ante los derechos fundamentales, se sitúa frente a un ámbito jurídico que no puede ser alterado, sin la posibilidad de decidir de manera amplia sobre el contenido de las normas. Agrega, además, que la Constitución prefigura y el legislador configura todas las normas del ordenamiento jurídico que conforman un Estado. Es por esto que el accionar de los órganos con potestad normativa está supeditado a una colaboración internormativa, en el que la función configuradora de dichos órganos debe ser una actividad integrada en el propio orden constitucional y delimitada por la Constitución, otorgándole un carácter subordinado y auxiliar a la facultad de crear normas. Por lo tanto, el legislador dispone de un margen de creación normativa otorgada por el mandato democrático que se le concedió. (Villacorta, L. 2017)

Las garantías normativas se encuentran en la Constitución ecuatoriana, en el título III de garantías constitucionales, artículo 84:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la

dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentaran contra los derechos que reconoce la Constitución.” (Constitución, 2008).

Esto revela que el fin último de la garantía es que el actuar de los órganos con potestad normativa adecúe su accionar a lo establecido en la constitución y los tratados internacionales, desarrollando las normas existentes conforme a la dignidad humana, como objetivo del Estado constitucional.

Se considera la principal garantía normativa al principio general de la supremacía de la constitución en virtud del cual la constitución es la norma que prevalece sobre cualquier otra norma dentro del ordenamiento jurídico de un Estado constitucional, recordando que los instrumentos internacionales de derechos humanos se encuentran al mismo nivel, por lo tanto, los ciudadanos como los poderes públicos se encuentran sujetos al texto constitucional y al resto del ordenamiento. Además existen otros principios constitucionales considerados como garantías normativas, como lo es el deber de respeto a los derechos, que es el más alto deber del Estado según la Constitución, la rigidez e inalterabilidad constitucional, la prohibición de restricción del contenido de los derechos, la obligación reparatoria. (Montaña, J. 2012. Pg. 28-29)

Las garantías normativas, como mecanismos de protección de los derechos, tienen ciertas características que son analizadas por el autor ecuatoriano Ramiro Ávila, quien establece que son garantías primarias, preventivas, universales, formales y materiales (Ávila, R. 2012. Pg.189).

Como garantía primaria, por ser de carácter obligatorio, las normas constitucionales son aplicadas en su totalidad, causando eficacia inmediata y siendo respetadas a cabalidad. Es así que todas las personas deben cumplir con las leyes establecidas dentro de la constitución y el ordenamiento jurídico, pues así son entendidas las garantías primarias, como todas las normas

que rigen un Estado y en caso de no ser obedecidas se aplicarían las garantías secundarias. Por lo tanto las garantías normativas son primarias pues adecúan a la normativa en búsqueda que los ciudadanos cumplan de manera inmediata con las leyes y en caso de no hacerlo es cuando las garantías secundarias pueden ser accionadas, como la acción de protección, habeas corpus, habeas data, etc. (Ávila, R. 2012. Pg. 190)

Como preventivas imponen obligaciones y derechos con anterioridad a los actos u omisiones que se puedan derivar de las potestades de los órganos, es decir, lo que busca es prevenir que los órganos estatales puedan emitir normas que violen derechos constitucionales, imponiendo un marco de actuación para garantizar el cumplimiento de los lineamientos constitucionales previo a la creación de la normativa. (Ávila, R. 2012. Pg. 190)

Las garantías normativas son de carácter universal, pues obligan a todas las autoridades públicas y privadas con facultades normativas, y beneficiando a todas las personas. Cabe recalcar en este punto que, de cierta manera, estos órganos en su gran mayoría provienen del poder ejecutivo y legislativo. Dentro de este último se abarca tanto a la Asamblea Nacional, en su función ordinaria y constituyente. En el carácter de Asamblea en función constituyente se deben crear las normas constitucionales, basándose en la normativa internacional de derechos humanos y teniendo en cuenta el principio de progresividad de los derechos. En función ordinaria de la Asamblea, es decir, en la creación de normas una vez que el poder legislativo se encuentra constituido, todas las normas que se creen deberán estar adecuadas a la normativa constitucional e internacional. (Ávila, R. 2012. Pg. 191)

En el ámbito privado mencionado anteriormente es aplicable de igual manera, pues debemos pensar que las empresas al emitir sus instructivos, contratos de adhesión y sus contratos

colectivos y demás actos entre particulares deben estar acorde a la Constitución. (Ávila, R. 2012. Pg. 191)

En cuanto a la última característica, la materialidad de la garantía, se engloba todo lo que hemos explicado en temas anteriores: la esfera de lo “no decidible”, mediante mecanismos democráticos, entendida como aquel marco mínimo constitucional y de derechos humanos que debe ser observado y bajo ningún caso, una mayoría parlamentaria absoluta podrá quebrantarlos.

De cierta manera este artículo es parte de todo el contexto de la Constitución ecuatoriana pues, se deriva de este cuerpo normativo que todos los órganos con potestad normativa tienen una obligación constitucional de adecuar formal y materialmente las normas conforme el texto de la Carta Magna ecuatoriana y a los tratados internacionales; de igual manera es natural que las reformas a las leyes o de cualquier cuerpo normativo atenten contra los derechos reconocidos en la Constitución implicaría desconocer el control constitucional encargado a una institución del Estado creada para realizar este trabajo, al igual que se debe considerar que los derechos y las garantías no podrán restringirse por ningún motivo, eso iría en contra de la ideología por la cual fue creada la Constitución y el modelo bajo el cual se creó. (Storini, C. 2009. Pg. 300)

Por último, las consecuencias que conlleva la garantía normativa, según Ramiro Ávila es lo siguiente:

“[...] la garantía normativa impone al legislador o a quien tenga facultades normativas las siguientes consecuencias u obligaciones jurídicas.

- 1. Reformar las normas incompatibles.*
- 2. Derogar, invalidar o inaplicar las normas que violen o puedan violar derechos. La derogación corresponde al mismo órgano que creó la norma, la invalidación corresponde a la Corte Constitucional que, mediante sentencia, puede declarar una*

norma contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos; la inaplicación corresponde hacerla a cualquier juez en los casos que conozca, a los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo, en general a cualquier persona.

3. *Expedir normas o adoptar cualquier medida de carácter normativo que sean necesarias para promover el ejercicio de derechos o evitar violaciones de derechos.” (Ávila, R. 2012. Pg. 204)*

1.4.2 Garantía de políticas públicas

Esta es una innovación dentro de los mecanismos de protección de los derechos. Es decir, se vincula a la existencia de derechos con la operatividad y la obligación de la implementación de políticas públicas en el manejo del poder público, con el fin de garantizar derechos, dando como resultado que exista un mecanismo de la más alta jerarquía que vaya a proteger el actuar de la administración, relacionando de manera muy estrecha los derechos y la práctica política de los gobiernos. (Montaña, J. 2012. Pg. 33)

De esta manera, todos los procesos que se lleven a cabo para la elaboración, ejecución, evaluación y control posterior de las políticas públicas, servicios públicos y políticas de participación ciudadana, debe orientarse a garantizar la eficacia de los derechos constitucionales, con el fin de cumplir con el buen vivir planteada en la constitución ecuatoriana del 2008.

En la Constitución ecuatoriana del 2008, se encuentra en el título III de garantías constitucionales, en el artículo 85 y establece que la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas que garanticen los derechos constitucionales sea regulada de acuerdo a ciertas disposiciones que son las siguientes:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos hagan efectivos los derechos constitucionales y sean formulados a partir de un principio de solidaridad.
2. Sin que se superponga el interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de una política pública o prestación de servicios afecte o amenace con vulnerar derechos fundamentales, esta deberá reformular o adoptar medidas que concilien los derechos que se encuentren en contraposición.
3. El Estado debe garantizar que el presupuesto se distribuya de manera equitativa y solidaria para la ejecución de políticas públicas y la prestación de servicios.

Por último, en el mismo artículo se señala que en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y la prestación de bienes o servicios públicos se cumpla con la participación de las personas, comunidades, pueblo y nacionalidades. (Constitución. 2008)

La consecuencia, por lo tanto, es que si una política pública viola derechos fundamentales existe una obligación inobjetable de que sea cambiada o reformulada frente al planteamiento de esta garantía, con el único fin de que sea acoplada conforme a la Constitución y, de ser necesario, el cambio en el presupuesto que el ejercicio de dicha política pública necesite.

En realidad, lo que busca esta garantía es que los derechos que se ven inmiscuidos en la práctica política de cada gobierno se encuentren limitados por la constitución y todos los derechos que ésta consagra, ya que las políticas públicas son la expresión política de cada gobierno y no pueden ser aplicadas a conveniencia del gobierno en turno.

Los derechos fundamentales obedecen al principio de progresividad, por ello este mecanismo de protección de los derechos obedece al cumplimiento del fin del Estado desde la constitución del 2008, que es garantizar los derechos del buen vivir y tiende a democratizar los

derechos convirtiendo en universal la participación de los ciudadanos en su ejecución y control posterior de todas las políticas públicas y prestación de servicios

1.4.3 Garantías jurisdiccionales

Las garantías jurisdiccionales, según el análisis del autor Ferrajoli, por naturaleza, son de característica secundaria, pues éstas garantías se aplican cuando las normas jurídicas, que son garantías de característica primaria, no han sido aplicadas y por lo tanto necesitan de un mecanismo de tutela de los derechos que han sido agredidos por la inobservancia de la normativa, por lo que las convierten en secundarias. Estos mecanismos de protección de los derechos tienen como objetivo cumplir con el fin del Estado constitucional, permitiendo que los derechos constitucionales sean protegidos y aplicados mediante un órgano encargado de administrar justicia.

Estas garantías serán de distintas clases pues dependerán del derecho que haya sido vulnerado o sea posible su violación. En el caso ecuatoriano, las garantías jurisdiccionales se encuentran en el título III de las garantías constitucionales, en el artículo 86 sobre disposiciones comunes, en el que se establece, de manera general, la universalidad de las garantías jurisdiccionales, permitiendo a cualquier persona ampararse en una de ellas, según sea el caso.

Para Julio Cesar Trujillo las garantías jurisdiccionales desarrollan la tutela judicial que es la aplicación del derecho de acceso a la justicia, a los órganos que la administran y a los mecanismos por los cuales se hace efectiva, este derecho tiene ciertas propiedades que debe ser observado para otorgar su ejercicio tales como la accesibilidad, gratuidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, independencia, equidad, celeridad y cumplir con los requerimientos del debido proceso. (Trujillo, J. 2006. Pg. 116-117)

La competencia del juez será establecida por el lugar en el que se origine el acto u omisión o donde se produzca los efectos. El procedimiento en la resolución de este tipo de garantía deberá ser sencillo, rápido y eficaz, serán hábiles todos los días y horas, podrán ser propuestas de manera oral o escrita, sin formalidades y sin la necesidad de un abogado. Las notificaciones se pueden realizar por cualquier medio siempre y cuando sea eficaz.

Estas disposiciones comunes evidencian la facilidad sobre el planteamiento de una garantía jurisdiccional por su naturaleza protectora de derechos. Dentro de la realidad ecuatoriana existen las medidas cautelares, la acción de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública, acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección. Estos tienen distintos fines según sea el derecho inmiscuido.

Las garantías jurisdiccionales no buscan únicamente evitar o cesar la vulneración del derecho, su propósito es la reparación integral, contribuyen al Estado en el cumplimiento de su rol garantista de derechos. Al ser las garantías aplicadas por los jueces se les otorga amplitud de funciones para proteger y reparar los derechos, convirtiéndose en los principales garantes de los derechos humanos y constitucionales.

Para concluir, estas garantías son de primordial importancia, puesto que buscan abarcar todos los derechos. Por lo tanto, el juez, ante la interposición de una garantía jurisdiccional, determina la violación y dicta la forma de reparación, permitiendo así el pleno goce de los derechos a las personas. Es por este motivo que existe una desformalización del proceso en cada una de ellas, con el fin de que sea universal y de una fácil aplicación. (Montaña, J. 2012. Pg. 35)

Capítulo 2

La acción de protección como una garantía directa y eficaz

2.1 La acción de protección

2.1.1 Definición

La acción de protección es una garantía que se ve materializada en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aquí se establece que toda persona tiene derecho a un recurso, ante el órgano jurisdiccional, que ampare los actos en los que exista violación de derechos fundamentales reconocidos en la constitución o en el ordenamiento jurídico.

La denominada acción de protección en Ecuador, está reconocida con distintos nombres en otros países. Por ejemplo, en Colombia se llama “acción de tutela”, en Chile “recurso de protección”, en Brasil “mandado de segurança”, su objetivo es proteger derechos y con características similares.

Para el autor Manuel Osorio, citado por Agustín Cevallos dentro de su obra “*La acción de protección ordinaria formalidad y admisibilidad en el Ecuador*”, esta garantía constitucional consiste en lo siguiente:

“Es una institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Público o Constitucional y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad pública no judicial, que actúe fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los derechos que ella protege.”(Cevallos, I. 2009. Pg. 21)

Para Osorio, la acción de protección tiene como objetivo la protección de los derechos establecidos en la Constitución a lo que debe agregarse lógicamente, los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si bien el autor agrega la palabra *patrimonial*, es evidente que se refiere a la esfera constitucional del derecho, pues de no ser así, la vía de protección de ese derecho sería la ordinaria. Considerando esta situación, la acción se encuentra para aquellas actuaciones de autoridad no judicial, puesto que, si se trata de un acto del órgano jurisdiccional la medida sería una acción extraordinaria de protección. (Cevallos, I. 2009. Pg. 22)

Según la Constitución ecuatoriana, la acción de protección se encuentra en el artículo 88 y la define como una acción constitucional que protege los derechos constitucionales ante cualquier acto u omisión de una autoridad pública no judicial. También ante una persona particular, cuando actúa por delegación o concesión, o cuando la persona se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Como podemos ver, tiene los mismos elementos expuestos por Osorio, ya que el objetivo y elemento principal de la acción de protección es el actuar de manera inmediata y eficaz ante la violación de un derecho constitucional.

2.1.2 Naturaleza

Una vez definida la acción de protección, es necesario determinar cuál es la naturaleza de la misma para poder llegar al objeto de esta acción constitucional. Al referirnos a la naturaleza de la acción debemos determinar la razón por la que fue creada y su objetivo.

Esta acción fue creada en la Asamblea Constituyente del 2008, en la que se despojó el amparo constitucional que por su naturaleza fue cautelar y no de conocimiento seria a lo que actualmente se conoce como medida cautelar constitucional; y se creó la acción de protección con el fin de poder solucionar los problemas que acarreó en la práctica el amparo constitucional.

La naturaleza del amparo constitucional fue preventiva o cautelar y no de conocimiento, además de no tener un carácter reparatorio en la vía constitucional, lo que influyó de manera directa en la creación de la acción de protección.

Ante la necesidad de cumplir con convenios internacionales y obedeciendo a la corriente bajo la cual se creó la Constitución ecuatoriana, se debió buscar un mecanismo que permita una reparación integral por la violación de un derecho constitucional. La acción de protección, consagrada en el artículo 88 del cuerpo normativo constitucional ecuatoriano, es el mecanismo ideal para salvaguardar derechos.

La acción de protección se destaca por ser conocimiento, es decir, la naturaleza propia de esta acción es la de conocer el caso que causó la violación del derecho y de ordenar inmediatamente una reparación integral, esto por la manera procesal en la que se lleva a cabo, es decir, se practica pruebas, se puede nombrar una comisión para la recolección de pruebas, la facultad del juez para suspender la audiencia para la práctica de pruebas, la intervención del juez para el esclarecimiento de los hechos, las oportunidades de las partes procesales para exponer los hechos, la oportunidad a terceras personas para intervenir, momentos que otorgan varias situaciones a las partes procesales para demostrar su teoría del caso y la oportunidad que se otorga al juez para poder formar un criterio más acertado sobre el caso, situación que procesalmente sería imposible tratarla en una acción de naturaleza cautelar o preventiva. Es por estos aspectos procesales que la acción de protección es de conocimiento, dado que el procedimiento mediante el cual se da, permite que el juez considere de manera profunda todos los elementos facticos y jurídicos en las que se desarrolló la causa y se planteó la garantía.

Para entender de mejor manera lo manifestado, existen tres momentos en los que se puede intervenir judicialmente por medio de una acción constitucional. Cabe recalcar que, dependiendo

del momento, se puede interponer una garantía constitucional. Los momentos son tres, antes, durante y después de consumada la violación de un derecho constitucional.

Ramiro Ávila expone que el primer momento es previo a la violación del derecho, la garantía adecuada en ese caso es una medida cautelar, pues su naturaleza es cautelar y busca que el acto que puede violar un derecho sea suspendido evitando así el menoscabo a un derecho constitucional. Un segundo momento es durante la violación de un derecho, en estos casos se pueden interponer dos garantías constitucionales: la medida cautelar junto a otras garantías jurisdiccionales, exceptuando la acción extraordinaria de protección. Es evidente que, durante la violación de un derecho, debemos usar una garantía de carácter cautelar para poder suspender el acto u omisión que está provocando la amenaza de violación al derecho o, efectivamente, su violación. Una vez suspendido dicho acto u omisión se procede con una acción de conocimiento para determinar si efectivamente se dio la violación del derecho. De ser así, se ordena inmediatamente su reparación. (Ávila, R. 2012. Pg. 216)

La constitución ecuatoriana permite plantear una acción de protección conjuntamente con una medida cautelar. Resulta ilógico que durante la violación de un derecho fundamental se lleve a cabo una acción de conocimiento, provocando que por estas reglas procesales inherente a estos procedimientos, el derecho sea lesionado. Por lo tanto, esta situación amerita que el acto que amenaza o viola el derecho se suspenda, evitando un mayor detrimento del derecho, para así poder continuar con un proceso de conocimiento en el que se determine si hubo o no la violación al derecho constitucional. (Ávila, R. 2012. Pg. 216)

Por último, un tercer momento se da después de consumada la violación a un derecho. En este caso se procederá exclusivamente la acción de protección, pues es necesario conocer si

efectivamente se dio una violación de derecho y proceder a repararlo de ser el caso. (Ávila, R. 2012. Pg. 216)

En conclusión, la naturaleza de la acción de protección es reparatoria y de conocimiento. El juez debe realizar un análisis integral del caso para poder constatar si hubo o no la violación de un derecho que se manifiesta mediante un daño y, comprobada esta situación, buscar los mecanismos de reparación.

2.1.3 Objeto

El objeto de la acción de protección se encuentra determinado en la Constitución en el artículo 88 y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 39. Estos dos cuerpos normativos coinciden en que el objeto de esta garantía es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales que han sido ciertamente vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas, o por parte de un ente privado en los supuestos determinados constitucionalmente.

De esta manera, la acción de protección resguarda un derecho constitucional de cualquier persona, comunidad, pueblo o nacionalidad, en un procedimiento breve, informal y sencillo, como lo establece el artículo 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Mediante este procedimiento, el o los afectados obtienen de manera rápida y oportuna la protección y reparación del derecho violado por un acto u omisión, conforme a que los derechos deben ser amparados con procesos que sean directos y eficaces por ser de derecho fundamental.

Al referirnos a derechos constitucionales, debemos determinar que la acción de protección fue diseñada exclusivamente para proteger a aquellos que se encuentran en la Constitución, tratados internacionales de derechos humanos y a todos los derechos relacionados directamente

con la dignidad de las personas y la naturaleza. Esto cumple con el principio de jerarquía, en el que todos los derechos deben ser protegidos mediante este mecanismo de protección, al ser constitucionales y encontrarse en tratados internacionales de derechos humanos.

Posteriormente, se analizará la distinción que existe entre los derechos constitucionales y los derechos ordinarios para poder determinar de manera exacta cuándo se debe interponer una acción de protección.

Otro de los elementos es en contra de quién se dirige una acción de protección. Como establece la normativa ecuatoriana, son todas las autoridades públicas no judiciales, es decir que no sea dentro de procesos judiciales. El autor Juan Montaña Pinto nos dice sobre esto que: *“el sujeto activo de la vulneración del derecho y el sujeto pasivo de la acción de protección, son las autoridades públicas, particularmente aquellas que no ostentan la calidad de juez”* (Montaña, J. 2012. Pg. 108-109).

También son objeto de esta garantía los derechos de los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, cuando ocasionan un daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Es decir, la constitución extiende la eficacia de esta garantía a la relación entre particulares, con el fin de demostrar el compromiso en el alcance del objetivo del Estado como protector de los derechos.

Por último hay que determinar el objeto de esta acción es el carácter reparatorio que conlleva la vulneración de un derecho constitucional ante el acto u omisión, tanto en el sector público como privado. Al igual que las vulneraciones de los derechos producidas por la formulación, ejecución, monitoreo y evaluación de las políticas públicas, esto obedece a la misma constitución, pues en el artículo 11, numeral 9 de la constitución, que trata sobre la

garantía y respeto de los derechos constitucionales. De tal forma que cuando una política pública no esté orientada a efectivizar los derechos, deberá reformularse acorde a la constitución, conforme a la garantía de políticas públicas, pero cuando la inobservancia a los derechos fundamentales llega a un punto crítico en el que causa daño concreto a una persona, colectivo o a la naturaleza, deberá repararse. La forma de poder lograrlo será únicamente mediante la acción de protección.

2.2 La acción de protección: ¿acción o recurso?

Una vez que hemos delimitado el objeto de la acción de protección según las disposiciones constitucionales, debemos determinar si se trata de una acción o un recurso.

De manera general, debemos demarcar el concepto tanto de acción como de recurso. El término *acción* hace referencia a la potestad que tiene toda persona para acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado, a fin de hacer valer una pretensión concreta. La expresión *recurso*, por su parte, hace referencia a la presencia de un medio de impugnación de los actos procesales destinado a promover su revisión y eventual modificación.

Primero se definirá lo que es una acción, en el ámbito jurídico esta palabra tiene las siguientes definiciones: “*Derecho de solicitar en juicio y modo de ejercitar este derecho // Petición conductiva a la aplicación de la ley en caso determinado // Facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción formulando la petición correspondiente a un derecho.*”. (Diccionario Jurídico Anbar) Esto demarca de manera general un significado de acción, planteando dos situaciones que la persona debe tener un derecho subjetivo que sea necesario hacer valer y por otra parte un órgano jurisdiccional competente que garantice dicho derecho administrando justicia.

En cuanto a la definición de recurso en el ámbito jurídico, Couture lo define de la siguiente manera: “*Medio técnico de impugnación y subsanación de los errores de que eventualmente pueda adolecer una resolución judicial, dirigido a provocar la revisión de la misma, ya sea por el juez que la dictó o por otro // Escrito o exposición en el cual el litigante ejercita el derecho de impugnación correspondiente y formula el petitorio de revisión por el órgano competente, de la decisión judicial // Acción, pretensión, petición dirigida a un órgano judicial*”. (Diccionario Jurídico Anbar) Por consiguiente podemos determinar la distinción sustancial con la acción. Pues un recurso se califica cuando un derecho subjetivo ha sido reclamado ante un órgano jurisdiccional de primera instancia y han existido errores que las partes procesales buscan sean subsanados por el órgano competente.

Para poder llegar a las conclusiones precisas, dentro de la acción de protección es fundamental analizar los términos dentro del derecho procesal y así distinguir el objeto de cada uno de ellos y poder distinguir a la acción de protección como una acción o un recurso.

En cuanto al término *acción*, dentro del derecho procesal se refiere, según Sonia López a un derecho subjetivo que pertenece a todo sujeto de derecho, quien es titular del mismo. Es de contenido procesal o formal, cuando debe ejercitarse en el marco del proceso y llegar a una sentencia de fondo que llegue a conceder la tutela solicitada de manera previa en la demanda. Existen presupuestos procesales en la normativa encargada de regularlos, sin los cuales sería imposible llegar a juzgar; por último, de contenido material, en medida que la sentencia, sea favorable o no a la pretensión del actor, con la existencia necesaria de presupuestos materiales que se encuentran en otros ordenamientos, perfectamente delimitados y que son materia de análisis de la cual se ocuparán los jueces. (López, S. 2010.)

Con respecto al término recurso, dentro del derecho procesal, lo definimos como instrumentos que se pueden interponer dentro de un procedimiento. Este instrumento se lo aplica generalmente ante una instancia superior del órgano jurisdiccional, se lo debe aplicar cuando existan violaciones cometidas dentro del mismo procedimiento, como en las resoluciones judiciales que puede ser de fondo o de forma. Los recursos pueden ser de diversas categorías: ordinarios, extraordinarios y excepcionales. (Fix-Zamudio, H; Ovalle, J. 1981).

Una vez delimitados los conceptos de *acción* y de *recurso* podemos profundizar en la acción de protección. Por lo analizado, estamos ante una acción, dado que busca llegar a una sentencia en la que el juez es quien determina si existe una violación a un derecho fundamental y en caso de que en dicha sentencia se determine la violación de un derecho proceder con la respectiva reparación; recordando que, la justicia constitucional tienen reglas procesales que otorgan una simplificación de los procesos para otorgar una tutela efectiva de los derechos constitucionales, convirtiéndolo por tanto en un mecanismo de protección directo y eficaz.

Según la Constitución, en el artículo 88, se determina que, frente a la vulneración de un derecho, podrá interponerse una acción de protección ante acto u omisión de autoridad pública no judicial y de personas en el ámbito privado.

El artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional nos ayuda a determinar que la acción de protección se trata, efectivamente, de una acción y no de un recurso, estableciendo lo siguiente:

“Art. 42.Improcedencia de la acción.

La acción de protección de derechos no procede:

6. Cuando se trate de providencias judiciales.”

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)

El numeral 6 es el punto esencial para determinar que nos encontramos ante una acción y no un recurso, pues de hecho que una causal específica de improcedencia de la acción de protección es cuando se trata de providencias judiciales, para lo cual no se aplica la acción de protección, de hecho determinamos anteriormente que el recurso se interpone contra las decisiones judiciales y ante un organismo jurisdiccional superior; de esto no podemos negar que existe recurso sobre la sentencia de la acción de protección ante la posible apelación de la sentencia, que es algo diferente a esta discusión.

2.3 La acción de protección como garantía para proteger de manera directa los derechos constitucionales

El Ecuador tiene un modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, conforme a lo establecido en la Constitución en el artículo 11, numeral 9, que consagra el principio constitucional que el más alto deber del Estado consistente en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Bajo esta concepción, la acción de protección es el mecanismo para proteger derechos constitucionales y aquellos que se encuentran en instrumentos internacionales de derechos humanos, el motivo de creación de los constituyentes en Montecristi fue que exista una acción constitucional que permita tutelar derechos constitucionales que no tengan previsto una acción especial para su tutela.

Ahora, el punto de interés es si la acción de protección es el método eficaz para garantizar los derechos constitucionales como objetivo y fin del Estado. En nuestra constitución existe una

gama extensa de derechos de distintas clases. La acción de protección, por su función, sirve para lograr la tutela general de los derechos constitucionales y aquellos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos. Como garantía, protege todos los derechos que no tengan un mecanismo constitucional específico de protección, convirtiéndose en la herramienta primordial para proteger y reparar de manera inmediata todos los demás derechos.

Existen varias garantías constitucionales que ampan derechos como los de libertad, tutelado por la acción de habeas corpus, el de información, protegido por la acción de habeas data y acceso a la información pública. Las decisiones judiciales que violen derechos por la acción extraordinaria de protección y por último, la aplicación de las normas del sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, está resguardado mediante la acción por incumplimiento.

Todos estos derechos que no tienen una acción especial para su tutela, están protegidos por la acción de protección como aquel mecanismo ideal para proteger los demás derechos constitucionales, realizando así un control de constitucionalidad de los actos u omisiones en el ámbito público y privado.

Al encontrarnos ante un derecho fundamental, es necesario que se tutele con procedimientos rápidos y eficaces por la naturaleza del derecho. Siguiendo este razonamiento, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 8, sobre las normas comunes a todo procedimiento constitucional, establece que los procesos deben ser sencillos, rápidos, eficaces, orales, serán hábiles todos los días y horas, notificaciones por cualquier medio, no se necesita de un abogado para proponer la acción.

Todas estas normas comunes expresan, por lo tanto, que según la naturaleza misma del derecho inmiscuido en un procedimiento constitucional, tendrá un proceso especial que valora la

importancia del menoscabo a un derecho constitucional. Por lo que, si no se trata de un derecho fundamental, las normas procedimentales son completamente distintas, pues la vía ordinaria sería la aplicada en ese caso y esta clase de procedimientos exigen formalidades que, al ser aplicadas en un caso constitucional, tendría por resultado una afección mucho mayor al derecho por no observar un tratamiento necesario por tratarse de un derecho de carácter constitucional o de derechos humanos.

Es innegable que la acción de protección procede únicamente cuando existe vulneración de un derecho constitucional o para amparar los derechos humanos, por esto es importante demostrar que la acción de protección es la necesaria para el caso. La Corte Constitucional ecuatoriana ha determinado lineamientos para demostrar que esta garantía está destinada a los derechos constitucionales. Dentro de la sentencia número 016-13-SEP-CC, de 16 de mayo del 2013, se expresan distintos argumentos indicando que esta garantía es el mecanismo ideal de protección de derechos constitucionales, pues la vía ordinaria conocerá conflictos meramente legales. De modo que, si existe otra vía posible, que además resulte adecuada o eficaz, es porque no se trata de un derecho constitucional y el ordenamiento jurídico ha establecido otro mecanismo en vía ordinaria, con un procedimiento adecuado para tutelar los derechos en el caso controvertido.

La Corte Constitucional explica dentro de la sentencia mencionada anteriormente que la acción de protección no está para resolver asuntos de estricta legalidad y no debe ser utilizada para resolver la aplicación de normas infraconstitucionales, contractuales o patrimoniales. Los jueces, en este sentido, juegan un papel preponderante para decidir que el método de protección de los derechos sea la acción de protección, visto que existe un mandato para que los jueces sean quienes, a la hora de conocer una demanda de acción de protección, verifiquen que se trata de un

derecho constitucional y no un conflicto de mera legalidad o de normas infraconstitucionales. En este sentido, la Corte Constitucional indica lo siguiente:

“Es a él (juez) a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infraconstitucionales su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria.” (Sentencia No. 016-13-SEP-CC. 2013)

Según lo establecido por la Corte Constitucional, se obliga al juez a valorar si el planteamiento de la acción de protección es la adecuada en el caso en concreto. Incluso nos demuestra que el juez deberá dar una resolución motivada en casos de que se desestime la acción por no ser de ámbito constitucional, esto fundamentado en el artículo 76, numeral 7, literal l, y en el artículo 4, numeral 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que disponen que en todo proceso en el que se determine derechos, deberá existir una resolución motivada, según los hechos y las normas aplicables en el caso en concreto, con una correcta argumentación jurídica.

Hemos demostrado, entonces, que la garantía adecuada para la protección de los derechos fundamentales es la acción de protección por estar diseñada de manera exclusiva para este fin. Así también, es importante reconocer el papel del juez dentro del planteamiento de estas acciones, debido a que en sus manos está la aplicación de esta medida, al comprobar efectivamente que se trata de derechos de índole constitucional. Por estas razones, es de vital interés que el juez determine a qué derechos se les puede considerar de carácter constitucional y a qué derechos de un carácter ordinario. De manera tal que podremos verificar si la acción a tomarse será en vía constitucional o mediante una vía ordinaria.

2.3.1 Los derechos constitucionales y derechos ordinarios

La confusión nace en que la justicia constitucional y la justicia ordinaria tiene similitudes, pues la justicia ordinaria debe encontrarse constitucionalizada en sus normas, es decir deberá encontrarse acorde a la constitución y consagrar los principios que en ella se plantean, pero parecería que todo puede ser reconducido a la constitución por lo que hay que diferenciar de manera clara cuando se trata de normas constitucionales y normas ordinarias.

La primera similitud es que los jueces que conocen sobre derechos ordinarios, lo hacen también sobre derechos constitucionales. Por este motivo es relevante el papel de los jueces para poder determinar cuándo se encuentran ante un derecho de ámbito constitucional y cuándo se encuentran frente a un derecho de ámbito legal.

Uno de los principales autores que aportan para entender la distinción de estos derechos, es Ferrajoli, citado por Ávila quien propone cuatro diferencias fundamentales:

1. Los derechos ordinarios son derechos reales y de crédito, vinculados de manera estricta con la propiedad de la persona, derechos de carácter singular, es decir, que pertenecen a un titular específico. Por lo tanto, este derecho excluiría del goce a todas aquellas personas que no son los titulares. Por otro lado, los derechos constitucionales son derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución como el cuerpo normativo de mayor jerarquía, se encuentran vinculados con la esencia misma del ser humano, van de la mano con la dignidad de las personas, son de carácter universal y, por tanto, todas las personas gozan de todos los derechos y sin exclusión alguna. (Ávila, R. 2012. Pg. 228)
2. Los derechos ordinarios son disponibles, negociables, alienables y hasta consumibles. Pueden acumularse, pueden restringirse en su ejercicio e incluso puede perderse el derecho por la voluntad de la persona titular del mismo. Los derechos constitucionales

tienen una naturaleza distinta, estos son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles. Los derechos constitucionales no pueden ser acumulados o disminuidos en cuanto a su titularidad, pues todas las personas gozan de los mismos derechos por un principio de igualdad consagrado en la Constitución, en el artículo 11, numeral 2. De no ser así, se provoca una inminente violación de derechos; no cambian ni se acumulan pues están predispuestos en la Constitución y en la dignidad misma de la persona. Una persona, sobre los derechos ordinarios o patrimoniales, podrá ser más rica o más pobre en cuanto a cantidad de derechos patrimoniales se refiere. Incluso en un mismo derecho de propiedad puede gozar de todos los derechos que éste representa o tan solo gozar de uno, como el uso, usufructo y habitación. En el campo constitucional una persona no puede ser más digna o menos digna, gozar una parte del derecho sino siempre gozará del derecho en su totalidad. Los derechos constitucionales están fuera de las decisiones políticas de un Estado, pues están predispuestos y solo podrán ser progresivos. No dependerá de ninguna manera de la oferta o la demanda del mercado. (Ávila, R. 2012. Pg. 228)

3. Un derecho ordinario son los actos singulares que nacen de un acuerdo de voluntad. La regulación de estos derechos son situaciones hipotéticas, es decir, establecen un hecho y los efectos que conlleva cuando se ha cumplido la condición determinada por la norma a la que se aplica dicho hecho. En cuanto a los derechos constitucionales, se encuentran en la Constitución, están basados en la dignidad de las personas y son normas éticas. En el ámbito jurisdiccional, para demandar judicialmente los derechos ordinarios, se debe demostrar la titularidad del derecho. Las personas son titulares de todos los derechos consagrados por la normativa constitucional, tratados internacionales de derechos

humanos y por esta razón, se debe demostrar que existió la vulneración del derecho y que causó daño. (Ávila, R. 2012. Pg. 229)

4. La aplicación de los derechos ordinarios son horizontales, pues se producen entre personas que ostentan igualdad de capacidad o estatus jurídico y están regulados en el ámbito privado. Los derechos constitucionales suponen una relación tanto vertical como horizontal, porque suponen una relación de poder a quien lo detenta a favor del más débil. (Ávila, R. 2012. Pg. 229)

Para comprender esta afirmación, Juan Azurres Gurría, explica la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, reconociendo que los derechos fundamentales nacieron como límites al poder público, pero no es su única función, sino los derechos fueron otorgados también para regular las relaciones entre los particulares, provocando en el Estado un mandato de protección para procurar que sean observados y respetados por todos los ciudadanos en sus relaciones. (Anzurres, J. 2010. Pg. 5)

Existen otras distinciones aportadas por Ramiro Ávila en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con el afán de comprender la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que son las siguientes:

1. Los derechos ordinarios, en un momento histórico fueron reconocidos dentro de la sociedad, con el fin de que en su ejercicio las personas puedan participar de ellos. Cabe recalcar que existirá una libertad para el órgano legislativo de restringirlos o limitarlos. En cambio, los derechos constitucionales, nacen de la dignidad de las personas, que por el hecho de serlo, todos gozan en un mismo grado y sin distinción alguna. Dentro de estos se engloban los derechos del buen vivir, los derechos de los grupos de atención prioritaria, derechos para las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de la

naturaleza. Todos estos derechos vinculan a las autoridades y, por lo tanto, limitan al poder público. Esto nos da como resultado que el órgano legislativo no tendrá ninguna libertad para configurarlos, en caso de hacerlo, solo se ejecutará para desarrollarlos de manera positiva, convirtiéndolos en progresivos. (Ávila, R. 2012. Pg. 228)

2. El principio rector de los derechos ordinarios puede ser considerado el de la propiedad privada, por lo tanto, este derecho será individual para quien tenga el título y pueda exigir su tutela. El producto de este derecho es de carácter patrimonial y cuantificable en dinero. En cambio los intereses que se protegen en los derechos constitucionales se conocen como derechos humanos o fundamentales. no es necesario ostentar un título para que el derecho sea tutelado, pero el derecho a la propiedad privada es un derecho constitucional, el ámbito en el que se considere en cada caso en concreto es lo que determinara si lo tratamos en el campo constitucional o en el ordinario. (Ávila, R. 2012. Pg. 228)
3. En la evolución de los derechos, los ordinarios fueron, en su momento, absolutos y de primer orden en la protección por parte del Estado. Ahora, son secundarios, pues los derechos constitucionales son de directa e inmediata aplicación, lo que provoca que los derechos ordinarios, al encontrarse frente a un derecho constitucional, se tutele primero el constitucional y, conforme a esto, amparar el ordinario. Incluso para profundizar y demostrar el realce y la distinción que demuestra un derecho constitucional en el que predomina la universalidad y dejando al lado el goce individual, encontramos que la propiedad tendrá legitimidad siempre y cuando tenga una función social, acorde a las normas ambientales existentes. (Ávila, R. 2012. Pg. 228-229)

Con estas distinciones realizadas, podemos diferenciar entre un derecho ordinario y uno constitucional y junto al análisis efectuado por los jueces constitucionales en cada caso, obtenemos como resultado que la acción de protección sea utilizada de una manera correcta.

Por este motivo, las situaciones fácticas de cada caso, nos ayudan a diferenciar si se trata de un derecho fundamental o uno ordinario. El juez tiene un papel importante y debe considerar las circunstancias que diferencian entre un derecho ordinario y uno constitucional para una correcta aplicación de la justicia, aunque se debe reconocer que este trabajo no siempre es fácil, por lo que es necesario una preparación y un análisis exhaustivo por parte de los jueces para poder administrar justicia de una manera correcta.

La circunstancia normativa en la que se encuentra el caso a resolver es trascendental, debido a que, para una correcta administración de justicia, se deben aplicar normas constitucionales. Si nos encontramos ante la aplicación de normas infraconstitucionales, tienen competencia en la justicia ordinaria.

2.4 La eficacia de la acción de protección

El objetivo en este punto es determinar si la acción de protección es una garantía eficaz, tal como lo menciona el artículo 88 de la Constitución, que establece como una garantía que tiene por objeto el amparo “directo y eficaz” de los derechos.

Para evaluar la eficacia de las normas, se deberá constatar si se han logrado o no los resultados esperados por quienes crearon la norma, la razón de existencia de la ley y los fines que buscaba el legislador. Además la norma debe ser idónea para cumplir los objetivos y capaz de cumplirlo.

Ahora, el término eficacia, según Luis Prieto Sanchis citado dentro de la obra “*La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*” de los autores ecuatorianos Claudia Storini y

Marcos Navas, se debe analizar desde tres puntos de vista: jurídico-dogmático, político y sociológico.

En el sentido jurídico-dogmático, se habla de eficacia, cuando se cumple los presupuestos establecidos en las normas o cuando acarrear consecuencias esperadas por la misma normativa. También hace referencia a la capacidad para producir efectos jurídicos, pues de no ser así, las normas no cumplen su función, por lo que puede haber normas que no produzcan efectos jurídicos por no cumplir con los presupuestos en la producción de las mismas. Es decir, no siguieron los procedimientos establecidos para su creación. (Storini y Navas. 2013. Pg. 48)

En un sentido político cuando la realización de las finalidades sociales o políticas se vean reflejadas en las normas se considera eficaz. Es decir, que las normas creadas estén destinadas a alcanzar el objetivo planteado por el Estado, creando un ordenamiento jurídico que desarrolle la Constitución, con el fin de alcanzar los ideales del Estado. (Storini, C. Navas. M. 2013. Pg. 49)

En el sentido sociológico, se busca un grado efectivo de cumplimiento de las normas por parte de las personas sobre las que estas se aplican. Todas las personas en un Estado deben cumplir con lo establecido en las normas y según el espíritu para el cual fueron creadas cada una de ellas. (Storini, C. Navas. M. 2013. Pg. 50)

Se debe profundizar en la mayor o menor eficacia de esta garantía en cuanto a la función que desempeña dentro del ordenamiento jurídico, contribuyendo para la realización del objetivo del Estado.

Es por esto, que al analizar la acción de protección en el marco ecuatoriano, conforme la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta cumple su función de proteger los derechos constitucionales, pues su objeto se encuentra

delimitado a la protección directa y eficaz de los derechos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos.

Esta garantía, según el análisis planteado por Luis Prieto Sanchis sobre el término eficacia, en un sentido jurídico-dogmático, los efectos jurídicos que plantea es la protección inmediata ante la vulneración de un derecho fundamental. La acción de protección está precisamente para interponerse ante la vulneración de derechos constitucionales, y que como efecto de esa protección exista una reparación integral del mismo en caso de ser necesario, y claro está, que la violación cese.

En un sentido político, englobando precisamente el fin de la Constitución ecuatoriana que fue creada en Montecristi, con objetivos impuestos claramente por una tendencia que busca que los derechos fundamentales sean desarrollados, protegidos y sean el fin último del poder público. Los derechos fundamentales deben cumplirse y garantizarse mediante un mecanismo apropiado de protección, como lo es la acción de protección que busca irrestrictamente alcanzar el deber primordial del Estado planteado en el artículo 3, numeral 1 de la Carta Magna, que es garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos. De igual manera contribuye a respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, y el mecanismo para lograrlo es precisamente esta garantía jurisdiccional.

En cuanto al sentido sociológico, la acción de protección necesita ser estudiada mediante estadísticas para poder observar si efectivamente sus destinatarios cumplen, al aplicar esta acción de una manera correcta, con el objetivo de proteger derechos de índole constitucional. En palabras de Rodrigo Trujillo:

“Al contar con una acción constitucional que ampare los derechos humanos como es la acción de protección contenida en la Constitución del Ecuador vigente desde octubre del 2008, por si misma no constituye una respuesta satisfactoria o suficiente para que la misma se torne efectiva y adecuada, sino que depende de la práctica jurídica, de la voluntad política y del control concreto o abstracto de la Constitución que la ejerce la Corte Constitucional con carácter vinculante.” (Trujillo, R. 2013. Pg. 3)

Según lo expuesto hasta el momento, la acción de protección tiene su eficacia constituida en la norma que regula su ejercicio, definiendo su objeto y proponiendo un mecanismo que contribuya a la realización del Estado en la protección de los derechos por los efectos jurídicos que este mecanismo de protección impone.

Norberto Bobbio, sobre la validez y la eficacia, expone sobre el primer término le corresponde determinar la existencia o no de la norma, sugiriendo tres procesos para determinar si es o no valida una norma: en primer lugar es necesario determinar si el órgano que promulgo la ley constituye el poder legítimo, en segundo lugar se debe comprobar que la ley no haya sido derogada; y por último que la norma no sea incompatible con otra.

Sobre el segundo término, el mismo autor expone que la eficacia de una norma depende del cumplimiento de las normas por parte de las personas a las que está dirigido; para hallar la eficacia de las normas debe tomarse en cuenta la violación y la sanción asociada a las leyes, dado que existe normas que se cumplen por la coacción, otras que no se cumplen a pesar de la coacción, y por ultimo las más ineficaces que no se cumplen sin coacción. (Bobbio, N. 2016. Pg.19-21) Sobre este punto es importante tener en cuenta que la eficacia de la norma está en el cumplimiento por parte de las personas, es decir, la acción de protección sea utilizada para lo que

fue creada y las personas cumplan con el ejercicio de esta garantía que es buscar la tutela de un derecho constitucional.

En cuanto a normativa, está claramente determinado que la acción de protección es un mecanismo eficaz de protección de derechos fundamentales. Juan Pablo Aguilar contribuye expresando lo siguiente:

“Lo que buscan es conseguir que la acción constitucional se utilice para aquello para lo cual fue creada: la protección de los derechos constitucionales, y no para ventilar problemas de mera legalidad. Es cuando esto último ocurre, cuando la vía no es adecuada ni eficaz; pero si lo que se discute es la violación de un derecho constitucional, la que procede es la acción de protección.” (Aguilar, P. 2017 Pg. 102)

Por lo tanto, mientras cumpla con la protección de derechos constitucionales y aquellos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos, la acción de protección es el mecanismo eficaz para tutelar estos derechos, debido a su naturaleza y la necesidad de que su procedimiento sea el adecuado.

2.5 La acción de protección como mecanismo directo y eficaz para proteger derechos constitucionales

Conocemos ya el objeto de la acción de protección como un mecanismo de protección de los derechos constitucionales, una garantía que, según la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ampara de manera directa y eficaz estos derechos. Por lo tanto, debemos demostrar si ésta es una garantía directa y eficaz mediante un análisis de la ley y la Constitución.

El artículo 11, numeral 3 de la Constitución expresa lo siguiente:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.” (Constitución. 2008)

Aquí se establece claramente, los derechos constitucionales, además de ser de directa e inmediata aplicación, no exigen condiciones o requisitos que no hayan sido establecidos de manera previa. Conforme con este principio de directa e inmediata aplicación de la Constitución, junto al artículo 425, que establece a la Constitución como la norma jerárquicamente superior, es necesario una garantía, que ante un derecho que se encuentre en la Constitución, exista un mecanismo directo y eficaz. Sería inútil consagrar estos principios sin otorgar un mecanismo efectivo de protección.

Por lo tanto, conforme a la Constitución y la ley que establecen la forma de protegerlos de manera directa, se establece un proceso rápido y eficaz, basado en la celeridad de los procesos en los que se resuelve la acción de protección.

Los procesos, por esta razón, deben realizarse en una situación informal, sencilla, rápida y previendo procesos netamente orales en todas sus fases e instancias, incluso añadiendo que las notificaciones puedan ser realizadas mediante cualquier mecanismo, y que por lo tanto, no estén

previstos los formalismos de un proceso ordinario que tienden a retardar el despacho de las causas.

Desde la presentación de la acción de protección, el juez deberá calificar en un tiempo de 24 horas, y fijar la audiencia en un tiempo máximo de tres días. En esta audiencia se deberá dictar sentencia, sin dejar de mencionar que, por ser directa su aplicación se podría perder eficacia, dado que la misma ley otorga la potestad al juez para suspender la audiencia por práctica de pruebas. Esta facultad demuestra equilibrio entre celeridad y eficacia porque permite al juez formar un criterio más amplio en el que se proteja el derecho de una manera correcta en caso de violación a un derecho.

La acción de protección está diseñada para reivindicar cualquier derecho constitucional, pues la función judicial es la encargada de materializar este objetivo, debido a que en el modelo actual ecuatoriano todos los jueces son garantes de todos los derechos fundamentales. Razón por la cual ésta garantía jurisdiccional se vuelve directa, y puede ser interpuesta ante cualquier juez. Los jueces se encuentran en la obligación de resolver la situación de una manera rápida y eficaz, otorgando facilidades para la protección de un derecho constitucional. La Asamblea constituyente, para conseguir que la acción de protección sea una garantía directa y eficaz, dio varias atribuciones a los jueces previendo así un procedimiento que otorga celeridad a los procesos en los que se interpone una acción de protección.

Capítulo 3

Residualidad de la acción de protección

3.1 La acción de protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

La acción de protección y su marco legal, se ve desarrollada en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, además regula: las garantías constitucionales, con sus procedimientos, principios, requisitos para interponer una garantía, casos de improcedencia y los métodos de reparación existentes ante la violación de un derecho fundamental.

3.1.1 Objeto y finalidad de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Existen normas generales inherentes a todas las garantías constitucionales en las que se encuentra la acción de protección y se desarrollarán dentro de los siguientes parámetros. Por ejemplo en un primer punto se establece el objeto y finalidad de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que conforme a la Constitución, va a regular a la jurisdicción constitucional, con el objetivo de que mediante estos procedimientos se garanticen los derechos constitucionales y aquellos que se encuentra establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Son procedimientos especiales y distintos a los ordinarios, dado que el objetivo es garantizar la eficacia y la supremacía constitucional, que se encuentra en la Constitución en el artículo 424, que establece a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y en el artículo 425 que equipara a los instrumentos internacionales de derechos

humanos con la Constitución ecuatoriana provocando que dentro de los procesos constitucionales sean observados de manera primordial.

3.1.2 Principios de la Justicia Constitucional

La jurisdicción constitucional en la que se desarrolla la acción de protección debe observar ciertos principios en procedimientos en los que se interponga una acción de protección. Estos principios se encuentran en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 2 y son los siguientes:

1. El principio de aplicación más favorable a los derechos. Esto quiere decir que ante la existencia de varias normas o interpretaciones aplicables a un caso, se debe escoger lo que sea más favorable y desarrolle al derecho en controversia.
2. La optimización de los derechos como principio, establece que la creación, interpretación y aplicación del derecho deberá buscar el cumplimiento de los principios constitucionales por parte de los jueces en los procedimientos constitucionales mediante los mecanismos más efectivos.
3. Obligatoriedad del precedente constitucional. Los parámetros interpretativos de la Constitución que son fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante, esto es estrictamente otorgado a la Corte Constitucional, pues en el caso de la Corte Nacional a más de no tener competencia en jurisdicción constitucional, sus decisiones son vinculantes cuando ha existido fallos de triple reiteración. Dentro de este principio se permite a la Corte Constitucional el alejarse de sus decisiones previas bajo el requisito de que la nueva decisión sea para desarrollar los derechos y la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

4. El último principio establecido es la obligatoriedad de administrar justicia constitucional. Esto significa que bajo ninguna circunstancia se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma; el artículo 3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece normas que se aplican para la solución de antinomias. De igual manera el juez debe buscar una solución mediante estos métodos para solucionar la oscuridad o la falta de norma, es por esto que dentro de un Estado garantista de derechos, la omisión de un juez en la administración de justicia sería contraproducente para la finalidad del Estado. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

3.1.3 Principios procesales aplicables a la justicia constitucional

Es importante analizar los principios procesales que se aplican dentro de la justicia constitucional porque establecen un punto de partida para todos los procesos en los que se ventilen garantías jurisdiccionales y por lo tanto la acción de protección. Estos principios mencionados son los siguientes:

1. Debido proceso. Es un principio que no solo se aplica en los procedimientos de carácter constitucional, de igual manera deberá ser aplicado en los procedimientos ordinarios. Al ser un principio rector dentro de materia procedimental, y al estar consagrado en el artículo 76 de la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, indudablemente debe ser respetado por los jueces y partes procesales. Es un derecho fundamental dentro de un Estado constitucional y debe ser observado en los procesos para obtener resoluciones justas. Contiene requisitos y condiciones tanto formales como materiales que como resultado busca equiparar a las partes procesales para conseguir la tutela correcta o protección jurídica de los derechos sustantivos

consagrados en el marco constitucional y legal. (Agudelo, M. 2005. Pg. 89-91) De acuerdo a lo planteado en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el debido proceso hace referencia a las siguientes normas: las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez y perderán eficacia probatoria; en caso de conflictos entre leyes se debe aplicar la menos rigurosa; nadie puede ser privado del derecho a la defensa, contar con el tiempo y medios adecuados para la defensa; ser escuchados en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; los procedimientos son públicos excepto ciertas excepciones establecidas en la ley; ser asistido por traductores gratuitamente; ser asistido por un abogado o defensor público; ser juzgado por jueces imparciales, competentes e independientes; las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivados, etc. Todas estas normas deben ser observadas en procedimientos de materia constitucional al igual que en un procedimiento ordinario.

2. Aplicación directa de la Constitución: Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser aplicadas de manera directa por cualquier autoridad administrativa y judicial. Esta aplicación podrá ser a petición de parte o de oficio por la autoridad. Esto, bajo una concepción de jerarquía de las normas establecidas en la misma Constitución, que establece a la Constitución junto a los instrumentos internacionales de derechos humanos como las máximas normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano.
3. Gratuidad de la justicia constitucional: se refiere al acceso y al servicio de la administración de la justicia constitucional.

4. Inicio por demanda de parte: Los procesos de las garantías constitucionales se inician con demanda de parte salvo norma expresa en contrario.
5. Impulso de oficio: Los jueces que administran justicia constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos que vayan a resolver procesos constitucionales hasta llegar a su conclusión.
6. Dirección del proceso: Los juicios tiene atribuciones dentro del desarrollo de los procedimientos, como evitar dilaciones, pedir aclaraciones a las partes, repreguntar, prolongar o acortar la duración de la audiencia, etc.
7. Formalidad condicionada: La base de este principio es que no se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades, pues hablamos de derechos fundamentales que deben ser protegidos por la acción de protección o las otras garantías constitucionales.
8. Doble instancia: La doble instancia es un principio constitucional que permiten a las partes que los procedimientos en los que fueron parte sean observado por un juez de instancia superior, quien revisa la causa conforme al pronunciamiento de las partes. La acción de protección permite la apelación de la resolución que se de en dicho proceso.
9. Motivación: Todos los jueces tienen la obligación de explicar de manera adecuada los argumentos y razones relevantes expuestos durante el proceso por las partes y los demás intervinientes, expresando todos sus fundamentos en la sentencia conforme la aplicación de reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. Este principio se encuentra conforme a la Constitución ecuatoriana, que obliga a que todos los poderes públicos tienen el deber de que sus resoluciones sean motivadas, no existe motivación si no se enuncia con claridad las normas o principios jurídicos en los que se funda sus decisiones

y la pertinencia de su aplicación conforme a los antecedentes de hecho. La inaplicación de este derecho provoca que todos los actos administrativos, resoluciones o fallos sean nulos.

10. Los jueces deberán redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible y asequible, incluyendo los hechos y el derecho planteado con su respectivo razonamiento.
11. Economía procesal: Deberá haber concentración de la mayoría de cuestiones debatidas en el menor número posible de actuaciones. Se debe evitar la dilación de los procesos, garantizando su celeridad. La omisión de formalidades podrá ser convalidada por la parte en cuyo favor se establezca.
12. Los procedimientos serán públicos, pero podrá restringirse este principio por consideración del juez para preservar la intimidad de las personas o la seguridad del Estado.
13. Iura novit curia: Este principio le permite al juez aplicar una norma distinta a la que invocaron las partes en el proceso.

Estos principios deberán ser desarrollados en procesos donde se interponga una acción de protección, y deberán ser garantizados por los jueces. Con el fin de proteger los derechos constitucionales, y al ser inherentes a la justicia constitucional, lo son para la acción de protección. Estos principios procesales de la justicia constitucional deben ser cumplidos en causas en las que se interponga una acción de protección y así poder desarrollar una justicia constitucional material que observe tanto los principios formales y sustantivos que conforman el bloque constitucional del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3.1.4 Normas comunes a las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales

Después de analizar los principios en los que la justicia y los procesos deben desenvolverse, cabe concentrar el estudio en aquellas normas comunes a las garantías jurisdiccionales. Estas normas se encuentran estipuladas desde el artículo 6 en adelante de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Estas normas serán analizadas en relación a la acción de protección como garantía constitucional.

3.1.4.1 Finalidad de las garantías

En primer lugar, el artículo 6 expresa la finalidad de las garantías jurisdiccionales, que como hemos visto, será proteger de manera inmediata y eficaz los derechos constitucionales y aquellos que se encuentren en instrumentos internacionales de derechos. La declaración de violación de uno o varios derechos de este rango y su reparación integral por los daños causados deberán ser garantizados mediante estos mecanismos constitucionales de protección de derechos. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

3.1.4.2 Competencia

El artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional trata sobre la competencia del juez en una acción de protección. Radica en cualquier juez de primera instancia del lugar donde ocurrió la vulneración del derecho o donde se producen los efectos. Entre varios jueces se sorteará para determinar al juez competente; el juez de turno será el que conozca de la causa cuando no se establezca la acción en horas o días hábiles; en el caso de que el juez sea incompetente en razón del territorio o los grados, debe inadmitir la acción en su primera providencia con el fin de que se plantee ante juez competente y el derecho no sea menoscabado por más tiempo, siendo el caso de la acción de protección necesario un sorteo

preferente para el rápido conocimiento del juez. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

3.1.4.3 Normas que rigen un procedimiento constitucional

En cuanto a las normas comunes del procedimiento que debe observar esta acción jurisdiccional, encontramos que el artículo 8 dispone la manera de llevar a cabo el proceso en la acción de protección, proponiendo que el proceso sea sencillo, rápido y eficaz, con el objetivo de proteger de manera directa y eficaz los derechos que se encuentren en vulneración; el procedimiento debe ser oral en todas sus fases y será registrado mediante cualquier mecanismo al alcance del juez, exceptuando los documentos que constituyen prueba y aquellos actos procesales que por mandato de la ley deben ser reducidos a escritos, como son:

1. La demanda de la garantía, en este caso de la acción de protección.
2. La calificación de la demanda
3. La contestación a la demanda
4. La sentencia o el auto que aprueba el acuerdo reparatorio .(Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

Continuando con el análisis del artículo 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, observamos que en la interposición de una acción de protección son hábiles todos los días y horas, las notificaciones se harán por los medios más eficaces que estén al alcance del juez, del legitimado activo y de la persona, entidad, u órgano responsable del acto u omisión; siempre se deberá realizarlas con preferencia, por un medio electrónico que facilite a las partes intervinientes en el proceso. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

El numeral 5 del artículo 8 establece que todas las normas procesales que tiendan a retardar el despacho de las causas serán inaplicables, así como los incidentes que pretendan demorar los procesos deberán ser inaceptables. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

El numeral 6 del mismo artículo 8 decreta que, el afectado no puede interponer una acción de protección más de una vez por la violación de derechos contra las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones, y con la misma pretensión. Esta disposición asegura que se cumpla con el principio non bis in ídem, consagrado en la Carta Magna dentro de las garantías del debido proceso. En caso de incumplirse con esta norma, la acción será inadmitida. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

En cuanto al numeral 7, dispone que dentro de una acción de protección no es necesario el patrocinio de un abogado para proponer la demanda, ni para apelar. De ser necesario, o cuando la persona solicite, se le asignará un defensor público, un abogado de la Defensoría del Pueblo, o un asistente legal comunitario, ya que la Constitución también garantiza que todas las personas deben tener una asesoría legal técnica con el fin de proteger los derechos de la parte que propuso la demanda. Pero es necesaria una defensa técnica especializada para que en el procedimiento, los derechos de las partes sean velados de una forma correcta, es por esto que, el único acto procesal que no se necesita abogado es para proponer la demanda o solo para apelarla, los demás actos procesales dentro del procedimiento deben ser llevados por un profesional del derecho para la correcta tutela de los derechos fundamentales en controversia. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

Por último, el numeral 8 dispone que los autos de inadmisión y las sentencias sean apelables en la acción de protección, con el fin de garantizar el principio de doble instancia

mencionado en líneas anteriores. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

3.1.4.4 Legitimación activa

La legitimación activa determina la capacidad para actuar en un proceso. En el caso de la acción de protección, la legitimación activa es abierta o popular, puede ser interpuesta por el afectado de la acción u omisión, y también por cualquier persona, que sea afectada de manera indirecta, demostrando la consecuencia o afectación que la violación del derecho constitucional provocó.

La acción popular, según Montaña Pinto y Porras, tiene influencia en el derecho y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que definió la acción popular para determinar su competencia. Esto se debe a que la violación de los derechos humanos no es un problema individual, pues de hecho que es un problema que concierne a la sociedad entera. (Montaña, J; Porras, A. 2012. Pg. 121)

Además de esto, la norma expresa que la acción de protección puede ser ejercida por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo que haya visto vulnerados sus derechos constitucionales, y actuará por si misma o a través de un representante o apoderado. Esto no significa que se agrega un requisito que se podría entender como una procuración, lo que conforme al espíritu de la norma y, como lo establece Juan Montaña Pinto, al explicar que debe estar conforme a una corriente garantista, y por lo tanto todas las personas deben ser asistidas por un profesional del derecho, con el fin de que se tecnifique el ejercicio de la acción de protección en pro de los derechos. De igual manera, el Defensor del Pueblo podrá interponer una acción de protección cuando tenga conocimiento de la vulneración de un derecho.

En cuanto a la legitimación activa, debemos especificar que las personas afectadas pueden ser quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos, siempre y cuando demuestren un daño, que es la consecuencia o afectación que la produce la violación. De manera directa cuando la persona es aquella que sufre el daño o violación a su propio derecho por el acto que lo provocó. De manera indirecta cuando la afectación a un derecho de una persona afecta a otra y esta se convierte en víctima indirecta; otra situación que convierte en legítimo a una víctima indirecta para la interposición de una acción de protección es cuando dicha persona se encuentra en una posición de protección sobre la víctima directa de la violación del derecho.

3.1.4.5 Contenido de la demanda de garantía

Una vez abordado el tema de la legitimación activa, debemos considerar lo que debe contener una demanda de acción de protección. En primer lugar, debe establecer los nombres y apellidos del accionante, y si es interpuesto por otra persona, deberá contener el de la persona afectada.

De la misma manera, deberá indicar claramente la identidad de la persona, entidad u órgano accionado, con el lugar en el que deberá ser notificado; los fundamentos de hecho que determinaron la violación del derecho, y que por lo tanto, produjo el daño. La persona no se encuentra en la obligación de citar la norma específica o la jurisprudencia que ampara su acción. Además, la declaración de manera escrita o verbal, de que no se ha interpuesto otra garantía constitucional por el mismo acto u omisión, contra la misma persona y con la misma pretensión, con la observación de que este acto podrá ser realizado hasta antes de la primera audiencia, para proceder con la subsanación.

La solicitud de medidas cautelares, si se cree conveniente, puede interponerse junto con todas las garantías excepto con la acción extraordinaria de protección.

A la demanda, deben acompañar los elementos probatorios que demuestren la existencia del acto u omisión que tenga como resultado la violación de los derechos constitucionales, excepto en casos en los que se invierte la carga de la prueba; como son casos de violaciones al medio ambiente, los accionados deberán probar que no existe la afectación planteada por la parte accionante; cuando una entidad pública ha sido demandada, será ésta quien demuestre los hechos alegados en su contra; cuando se trate de un particular que jerárquicamente es superior al accionante, será éste quien demuestre la veracidad de los hechos planteados en su contra.

Si la demanda no cumple con estos requisitos, el juez ordena que en el término de tres días improrrogables se complete la demanda; de esto se deriva que por las amplias potestades que se le otorga al juez en el modelo de Estado constitucional, el juez, ante una demanda incompleta pero que de los hechos se desprende la vulneración de derechos, el juez podrá tramitar la causa subsanando la omisión de los requisitos que estén a su alcance para proceder con la audiencia.

3.1.4.6 Comparecencia de la persona afectada

La persona afectada deberá ser notificada por el juez, y tendrá la potestad de comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la demanda o deducir los recursos de ley, aunque no haya comparecido antes.

3.1.4.7 Comparecencia de terceros

En cuanto a la comparecencia de terceros, mediante la figura jurídica del *amicus curiae* se da la oportunidad de ser parte coadyuvante dentro del proceso constitucional siempre y cuando sea interpuesta antes de la sentencia. En caso de que se presente dicho escrito, el juez podrá escuchar en audiencia a la persona o grupo interesado.

Además, como establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 12, segundo inciso, permite intervenir en el proceso y en cualquier

estado en el que se encuentre la causa, como parte coadyuvante, a cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivó la acción constitucional. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

3.1.4.8 Calificación de la demanda

La calificación de la demanda de acción de protección deberá ser como establece el artículo 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberá realizarlo dentro de las 24 horas siguientes a su presentación y el juez deberá indicar lo siguiente:

1. La admisión a trámite de la demanda, o en su defecto, la inadmisión de la misma, que por mandato constitucional debe ser motivada de una manera correcta, se realizará mediante auto o sentencia.
2. El día y hora en el que se llevará a cabo la audiencia, teniendo en claro que no podrá ser en un término mayor a tres días desde el momento que la demanda fue calificada.
3. La orden de correr traslado con la demanda a todas las personas que deben comparecer a la misma, y en el caso de entidades públicas, a su representante legal.
4. La orden de que las partes presenten los elementos probatorios de los que se encuentran asistidos para determinar los hechos en la audiencia, además el juez posteriormente puede suspender la audiencia para la práctica de pruebas que crea puedan aportar a mejorar su criterio sobre el caso.
5. La orden de medidas cautelares cuando el juez crea necesario según los elementos facticos del caso. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

3.1.4.9 Audiencia

La audiencia de una acción de protección sigue las reglas generales planteadas para las demás garantías jurisdiccionales, estableciendo que las audiencias son públicas y su dirección está a cargo del juez competente, en el día y hora señalado en la providencia de calificación de la demanda.

En esta audiencia podrá intervenir la persona accionante y la persona afectada, en caso de que la identidad del demandante y el afectado no sean los mismos. El juez también podrá escuchar a otras personas o instituciones necesarias, con el fin de que pueda formar un mejor criterio sobre el caso que tramita.

La audiencia empieza con la intervención de la persona accionante o afectada, que en caso de no ser los mismos, empezará con la persona que tenga la carga de la prueba. Es decir, quien debe demostrar el daño causado en su contra y los fundamentos de la acción en 20 minutos. Continúa con la exposición el representante de la entidad accionada o del particular demandado, quien debe contestar solamente respecto de los fundamentos jurídicos de la acción propuesta, en 20 minutos.

Ambas partes, la accionante y la accionada, tendrán derecho a la réplica, y en todos los casos, la última intervención será por parte del accionante, que no excederá los 10 minutos; en el caso de existir terceros interesados, también podrá intervenir en el momento que designe el juez, por 10 minutos.

En el desarrollo de la audiencia, el juez podrá hacer las preguntas que crea necesarias para poder resolver el caso de la mejor manera, y con el objetivo de evitar dilaciones y que las partes se excedan en el tiempo de exposición; esto exige a los abogados analizar la naturaleza de la acción, y que se encuentren en la capacidad de poder expresar la violación del derecho en el

tiempo establecido por la ley. Solo cuando la complejidad del caso lo amerite, podrá excederse en el tiempo de exposición.

Ante la ausencia de las personas, instituciones u órganos accionados, la audiencia de igual manera se llevará a cabo con el fin de garantizar y evitar que el derecho sea vulnerado y produzca un mayor daño. En el caso de que el accionante sea quien no asista, podrá considerarse como desistimiento, y si la presencia de la persona afectada no es indispensable para resolver la causa, la audiencia se llevará a cabo con el fin de resolver la existencia o no de la vulneración a un derecho fundamental.

3.1.4.10 Terminación del procedimiento

Las formas de terminación del proceso pueden ser ordinarias o extraordinarias, siendo la forma ordinaria cuando el juez resuelve la causa mediante sentencia, resolviendo de manera oral en la misma audiencia y notificando a las partes por escrito en el término máximo de 48 horas.

Las formas extraordinarias de la terminación del proceso que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, son el desistimiento y el allanamiento.

En cuanto al primero, de acuerdo con el artículo 15 de dicha ley, el accionante o afectado podrá desistir por razones personales en cualquier momento del proceso, pero siempre hasta antes de la sentencia. A esta forma de desistimiento se la considera como desistimiento expreso. Se considera como desistimiento tácito cuando el accionante o afectado no comparecen a la audiencia fijada por el juez sin que exista alguna justificación, y su presencia fuere indispensable para que se logre demostrar el daño. De no ser necesaria la presencia de dichas personas, el juez podrá continuar con el proceso. En caso de que exista desistimiento, el juez declarará que el expediente sea archivado.

La segunda forma de terminación extraordinaria del proceso es el allanamiento. La parte accionada, en cualquier etapa del proceso hasta antes de la sentencia, podrá allanarse. El allanamiento de la parte demandada podrá ser total o parcial. En caso de que el allanamiento sea total, el juez declarará la violación del derecho y la forma en la que se reparará. En caso de que sea un allanamiento parcial, el juez deberá continuar con el proceso, con el objetivo de decidir sobre lo que no se allanó el demandado.

Un factor importante es que el acuerdo reparatorio, éste deberá ser aprobado en auto definitivo, y se llegará a un convenio sobre las formas y modos de reparación. Este auto definitivo, que resuelve el allanamiento y el acuerdo reparatorio, no podrá ser objeto de apelación. Es claro que en un Estado garantista, el juez, en caso de estimar que el allanamiento o el acuerdo reparatorio es violatorio de derechos, no deberá ser aceptado.

3.1.4.11 Pruebas

Las pruebas en la acción de protección deben demostrar lo expuesto en la demanda y debe ser realizadas por la persona accionante. El juez es el encargado de negar dichas pruebas en caso de considerarlas inconstitucionales o impertinentes para el caso.

En el auto de la calificación de la demanda, el juez podrá ordenar la práctica de las pruebas, y designar comisiones para recabar las pruebas necesarias, esto mediante mecanismos eficaces que no creen dilaciones, ni afecten al debido proceso, o peor aún, violen derechos durante este proceso.

Sobre la comisión encargada de recabar pruebas, Ramiro Ávila explica, que no es ninguna comisión especial conformada por peritos, ni personas profesionales, dado que no se sigue la lógica de un procedimiento civil o penal sujeto a formalidades. La comisión se encuentra conformada por el propio juez que conoce la causa, o alguna persona que goce de su confianza,

como el secretario o un asesor. La idea de la visita de estas personas para obtener pruebas, es para que ayude al juez a formar un criterio claro y objetivo de los hechos alegados por el accionante. Según el autor, esta comisión se encuentra inspirada en las visitas in situ que pueden realizar en los mecanismos de protección de los derechos humanos por las instituciones encargadas para tal objetivo. En cuanto a la justicia indígena, la prueba es importante, son necesarios peritajes antropológicos. (Ávila, R. 2008. Pg 103)

El juez que conoce de la causa, tendrá la potestad de ordenar la práctica de las pruebas en audiencia, estableciendo el término para realizar la diligencia, que puede ser extendido cuando el juez crea conveniente, con el fin de formar su criterio de una mejor manera, este tiempo no podrá ser mayor a ocho días.

La prueba se invierte cuando se presumen los hechos de la demanda, al ser accionada una entidad pública y no demuestre lo contrario, o no suministre información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En casos de los particulares se suponen ciertos los hechos, cuando se trate de discriminación o violaciones de los derechos del ambiente o de la naturaleza, invirtiéndose la carga de la prueba para la persona accionada.

3.1.4.12 Contenido de la sentencia

El contenido de la sentencia de la acción de protección según el artículo 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional deberá constar, al menos, de los siguientes elementos:

1. Antecedentes: La identificación de la persona afectada e identificación de la persona natural o jurídica, contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción.

2. Fundamentos de hecho: Establecerá los hechos que son relevantes para la resolución del caso.
3. Fundamento de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución tomada por el juez.
4. Resolución: La declaración de la vulneración de un derecho, con relación a las normas constitucionales que han sido violadas y del daño causado, por lo tanto la reparación integral del derecho, y de ser el caso, el inicio del juicio para la reparación económica.

En el caso de que no exista violación de un derecho fundamental, el juez, de igual manera, deberá cumplir los puntos mencionados anteriormente y fundamentarlo de una manera correcta. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009)

3.1.4.13 Reparación integral

Después de haber analizado el contenido que debe tener una sentencia, la reparación integral como parte de ella, siempre y cuando exista violación a derechos constitucionales debe ser analizada.

La reparación integral consiste en volver las cosas al estado anterior a la vulneración de un derecho. Claro está que esta alternativa se da en caso de ser posible, si no se puede volver al estado anterior, se debe buscar subsanar el daño, que puede ser material o inmaterial. Para esto existen varias maneras de proceder, que son las siguientes: reparación económica, la rehabilitación, garantías de que el hecho no se repita, las medidas de reconocimiento, disculpas públicas, atención de salud, prestación de servicios públicos. (Montaña, J. 2012 Pg. 126)

Esta clase de reparación debe contener ciertos elementos para que pueda ser considerada como eficaz. Es decir, debe existir una clara individualización de las obligaciones, positivas o

negativas, que debe cumplir el destinatario de la decisión tomada por el juez, y especificar de manera clara las circunstancias, modo, y lugar en la que debe realizar la reparación.

La reparación debe ser: eficaz, eficiente, rápida y proporcional. Dado que ya hemos visto lo que determina que sea eficaz, pasaremos a la siguiente característica. La reparación integral eficiente y rápida determina que debe cumplirse de la manera más rápida posible, no podrá ser tardía. Juan Montaña Pinto explica que el hecho de que la reparación se encuentre vinculada a la realización material o efectiva de la justicia no debe ser tardío, porque de serlo se convertiría en injusticia y no solventaría el objetivo de la reparación. La proporcionalidad significa un equilibrio entre el daño causado por la violación al derecho con las prestaciones que conforma la reparación. (Montaña, J. 2012. Pg. 126)

La reparación integral, conforme con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que conforme el ordenamiento jurídico ecuatoriano es vinculante, establece que para resarcir los daños causados por la violación de un derecho fundamental puede realizarse de distintas maneras, como:

1. La restitución plena del derecho.
2. La garantía de no repetición.
3. La obligación del Estado de investigar y sancionar los responsables directos de la violación del derecho.
4. La realización de actos y acciones de reconocimiento público.
5. Las disculpas oportunas.
6. La obligación del Estado de garantizar la dotación y prestación de determinados servicios públicos.

7. La garantía de determinados derechos sociales básicos, como la atención de salud, educación, vivienda, saneamiento básico, etc.

8. La compensación o indemnización económica. (Montaña, J. 2012. Pg. 127)

3.1.4.14 Reparación económica

La compensación o indemnización económica según la legislación ecuatoriana, será un mecanismo de reparación que se aplique cuando no exista otro modo de reparación. En caso de que ésta sea la forma, será tramitada con las reglas de un juicio sumario, y de existir participación de sector público mediante el procedimiento contencioso administrativo, tramitado como un incidente dentro del proceso constitucional.

3.1.4.15 Cumplimiento

Para el cumplimiento, el juez deberá emplear todos los medios que crea necesarios y sean adecuados y pertinentes para que la sentencia pueda ser ejecutada, incluso se ve asistido por la fuerza pública para conseguir la realización de la decisión judicial.

El juez constitucional tiene la potestad de expedir autos para que la sentencia pueda ser ejecutada de manera íntegra. Si existen medidas de reparación, podrán ser evaluadas por el juez y de ser necesario cambiadas.

Dentro de la acción de protección existe la posibilidad de apelar, tanto el auto de inadmisión de la demanda, como la sentencia que decide la causa tramitada. Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de la notificación por escrito.

La apelación será conocida por la Corte Provincial, que en el caso de existir más de una sala se realizará el sorteo pertinente, la sala que haya sido sorteada avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días; en este caso, si la sala cree conveniente, podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a una audiencia, que

debe realizarse en los siguiente ocho días hábiles; el término para tomar la decisión se verá suspendido y correrá a partir de la audiencia.

3.2 Requisitos de procedibilidad en la acción de protección

En cuanto a los requisitos de la acción de protección, se derivan del objeto, lo que se encuentra claramente establecido tanto en la Constitución, como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En el artículo 40, nos menciona tres requisitos que deben ser cumplidos para poder interponer una acción de protección.

En primer lugar, debe existir una violación a un derecho constitucional, que nace de dos presupuestos establecidos, debe provenir de un acto u omisión de una autoridad pública no judicial o de un particular, y la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho.

La violación del derecho deberá ser de naturaleza constitucional, para poder distinguirlo de los derechos ordinarios. Es fundamental determinar que se afectó al contenido constitucional del derecho fundamental, término utilizado para abarcar tanto los constitucionales, como aquellos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, vale aclarar también, que mediante acción de protección se puede proteger a los derechos de la naturaleza en su ámbito constitucional y como sujeto de derecho.

En cuanto al siguiente requisito es bastante claro, pues la violación del derecho debe provenir de autoridad pública no judicial, o por parte de una persona privada, que como establece la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la persona natural o jurídica privada debe prestar servicios públicos impropios o de interés público, presten servicios públicos por delegación o concesión; provoque daño grave; la persona afectada

se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. De provenir la vulneración al derecho de una autoridad judicial, se debe interponer una acción extraordinaria de protección.

El último requisito planteado para la interposición de una acción de protección, es la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Existen derechos específicos que son garantizados mediante otros mecanismos constitucionales de protección, como el caso de la libertad, o la integridad física, que se encuentra protegido por el habeas corpus; el acceso a información generada por los poderes públicos, protegido mediante la garantía de acceso a la información pública; el acceso a documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes, que sobre si misma o de sus bienes, estén en poder de entidades públicas o personas naturales o jurídicas y el uso, finalidad, origen y destino de esa información, está protegido por la acción de habeas data; derechos constitucionales y el debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, que hayan sido violados por acto u omisión, se encuentran protegidos por la acción extraordinaria de protección, la tutela de la acción extraordinaria de protección se extiende a la violación que se pueda provocar en la justicia indígena y la acción por incumplimiento que garantiza la aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de derechos humanos.

Estos requisitos, además del agregado en el artículo 41, numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que demuestra que la acción de protección puede ser planteada ante todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona, es decir

pública o privada. De esta manera cumple con su objeto que es la protección de derechos constitucionales.

Al englobar tanto personas naturales o jurídicas, públicas o privadas se demuestra la universalidad que consagra la acción de protección, dado que busca que se cumpla con una igualdad material, buscando eliminar estos actos en contra de cualquier persona, pues la igualdad es un fundamento básico que consagra un Estado constitucional.

3.3 Casos de improcedencia en la acción de protección

Los casos de improcedencia de la acción de protección se encuentran en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece lo siguiente:

“Art. 42. Improcedencia de la acción.

La acción de protección de derechos no procede:

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

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

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)

Estos numerales establecen los casos en los que la acción será improcedente, a pesar de ser aparentemente claros, es importante analizar cada uno de ellos y determinar si lo son conforme a la naturaleza y objeto de esta garantía.

Para empezar a analizar cada numeral es importante conocer el criterio de la Corte Constitucional sobre la interpretación que se debe realizar sobre este artículo y en específico al último inciso. De acuerdo a la Corte Constitucional, los numerales uno, dos, tres, cuatro y cinco no se consideran como requisitos de admisibilidad, dado que la constatación de estos no podrá resolverse mediante auto, porque requiere una fuerte carga argumentativa que no podrá solucionarse en el primer acto procesal, resolviéndolo mediante auto, al ser esta situación contradictorio a la esencia de la acción de protección por impedir al juez formular un criterio acertado y profundo sobre la causa, justificando su decisión mediante sentencia correctamente motivada. Mientras que, el numeral seis y siete del presente artículo permite calificar la demanda y pronunciarse mediante auto, pues así determino la Corte Constitucional en su sentencia 102-13-SEP-CC. (Corte Constitucional, sentencia No. 102-13-SEP-CC)

En cuanto al numeral 1, debemos tener en cuenta que la misma Constitución en el artículo 11, numeral 6, establece que todos los derechos son de igual jerarquía. Ahora, lo importante es poder determinar si nos encontramos frente a un derecho constitucional, o si nos encontramos en la esfera de un derecho ordinario.

Para lograr esto, es necesario analizar el derecho conforme lo establecimos anteriormente, y así determinar si es procedente o no la acción de protección. El papel del juez en este análisis es preponderante, dado que es él quien, ante la interposición de una garantía, debe determinar si nos encontramos frente a un derecho fundamental, o si se trata de un derecho ordinario, que vale aclarar, tampoco quedaría en indefensión, pues tiene un mecanismo en vía ordinaria que lo tutela. La separación del ámbito constitucional con el legal no es fácil, pues como hemos visto el juez es quien debe determinar ante qué clase de derechos nos encontramos, es por ello que el Estado tiene la obligación de capacitar a todos los jueces y de buscar la excelencia dentro del ejercicio de la justicia constitucional por tratarse de un tema extremadamente delicado para cumplir con el fin del Estado. Por lo tanto, en el auto que declara la inadmisión de la demanda, debe estar motivado de manera clara la razón por la cual de los hechos no se deriva la violación de un derecho fundamental.

Además, un factor importante a considerar es que, si la violación a un derecho es directa e inmediata, este es de naturaleza constitucional, pero si la violación es indirecta y mediata es posible que el derecho o no sea constitucional, o pueda ser resuelto en vía ordinaria.

En el numeral 2, no existe un mayor análisis, pues en caso de que el acto haya sido revocado o extinguido, está claro que no se pueden producir efectos en contra de derechos constitucionales. La excepción que plantea este numeral es cuando existen actos que produzcan daños susceptibles de reparación, se debe plantear una acción de protección en la que el juez declara la reparación integral, esta situación procede cuando el acto, a pesar de haber sido extinguido o revocado, se mantiene causando daños.

En cuanto al numeral 3, cuando se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleve violación de un derecho constitucional. Es obvio que la vía no será la

acción de protección, pues en el caso de declararse la inconstitucionalidad de un acto u omisión, tiene un mecanismo distinto, que se encuentra establecido en los numerales 2 y 4, del artículo 436 de la Constitución, que hablan sobre las atribuciones de la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general, o los actos administrativos con efectos generales.

En el segundo supuesto sobre la legalidad de los actos u omisiones, tenemos una vía adecuada para dicha situación, pues en la vía ordinaria es en donde se tratan asuntos de legalidad, está claro que en ese caso no se trataría de derechos constitucionales. Hay que diferenciar la situación de declarar la inconstitucionalidad de un acto, que como vimos en líneas anteriores, se trata de asuntos de carácter general y abstracto, pues a diferencia de una violación de derechos constitucionales, los efectos son subjetivos e inter partes, en este caso, la solución será la reparación integral.

La improcedencia planteada en el numeral 4, cuando los actos administrativos puedan ser impugnados en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada y eficaz, es necesario un análisis más profundo, y un estudio necesario, el autor Juan Montaña Pinto es quien plantea tres diferentes lecturas de la disposición.

Una primera lectura, según la definición clásica del acto administrativo, restringe a los actos administrativos de efectos particulares y concretos, dejando de lado los actos generales formalmente administrativos.

La segunda lectura formal, el autor la sustenta, conforme en la sinonimia entre acto administrativo y acto de la administración, y conforme esta situación, se podría indicar que es aplicable materialmente a los actos de la administración, de decisión de los órganos de la función

ejecutiva. Por lo mencionado, deja fuera a los actos que provengan de las demás funciones del Estado que no pertenezcan a la función ejecutiva.

Sobre una tercera lectura de la disposición y concordante con la definición del acto administrativo como manifestación de voluntad de la administración. Existen situaciones que pueden ser violatorias de derechos fundamentales y no se encuentran dentro de la restricción de improcedencia, como el caso de la omisión de los poderes públicos que generan violación a algún derecho fundamental, al igual que los actos, el Estado es quien, en la mayoría de casos a comparación de los particulares, viola derechos y lo hace mediante actos u omisiones. Por esto es necesario realizar una lectura sistemática del numeral para poder encontrar el objetivo que buscaba el legislador.

Debido a la dificultad de asimilar la verdadera intención del legislador, el autor plantea que la solución interpretativa de este numeral es que cuando leemos acto administrativo, el legislador quiso referirse a los actos y omisiones de la autoridad pública, por lo tanto la acción de protección también protegerá los derechos que de estos deriven, claro está, observando el artículo 42 de la esta ley. (Montaña, J. 2012. Pg. 113-114)

El numeral 5, en el que el accionante pretende la declaración de un derecho mediante esta garantía. Este numeral es claro y concordante con la naturaleza y objeto de la acción de protección, pues de hecho que los derechos constitucionales no tiene necesidad de ser declarados por ningún juez constitucional. Estos se encuentran en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que le corresponde al juez tutelar y proteger estos derechos, mas no declararlos.

Sobre el numeral 6, cuando se trate de providencias judiciales, el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es muy claro al establecer el

objeto de la acción de protección, en el que se protegen derechos constitucionales que no estén amparados por otras garantías jurisdiccionales, y para las providencias judiciales, existe una garantía específica y especializada que, tutela los derechos constitucionales y el debido proceso que sea violado en las providencias judiciales, y esta es la acción extraordinaria de protección.

El último numeral de esta disposición, establece que será improcedente la acción de protección cuando los actos u omisiones emanen del Consejo Nacional Electoral, y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. Existen dudas sobre la constitucionalidad de esta disposición, pues restringe el ámbito de aplicación de la acción de protección, dejando sin control constitucional las decisiones de un órgano del Estado, como lo es la función electoral.

Según esta disposición, la Constitución se encuentra violentada, pues deja a la Corte Constitucional sin la atribución de realizar control de constitucionalidad sobre estas normas, conociendo que las disposiciones de la Constitución es la norma superior jerárquicamente, vulnerando así este principio de jerarquía, según el que toda norma, función y autoridad debe someterse a la Constitución. Por lo que es evidente, esta norma debe cambiar y ser acoplada a la naturaleza de la acción de protección, permitiendo al Tribunal Contencioso Electoral conocer la acción de protección ante violaciones de derechos fundamentales en materia electoral, y así poder proteger estos derechos constitucionalmente.

Todas estos numerales del artículo 42, son los casos de improcedencia de la acción de protección, algunos de ellos, como hemos visto, son claros y no merecen discusión alguna, otros merecen un análisis profundo, pues pueden provocar que la acción de protección sea entendida como residual, tema que debe ser resuelto en este trabajo.

3.4 La garantía constitucional de acción de protección: ¿una acción residual?

Es necesario determinar si la acción de protección es de carácter residual o no. Este tema nace en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la que se puede considerar prima facie, que existe un carácter restrictivo y residual en la regulación del ejercicio de esta acción. Este tema ha sido analizado por la doctrina, al igual que la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto.

En primer lugar, debemos conocer a que se refiere el termino residualidad. El autor ecuatoriano Rafael Oyarte analiza este concepto con el amparo constitucional y nos dice lo siguiente: *“La residualidad implicaría que el amparo es una acción subsidiaria, que cabe interponerse cuando no existen otras formas o vías de impugnación del acto o bien cuando éstas se han agotado. También se habla de residualidad cuando la acción no se puede interponer si se han activado vías paralelas, esto, es cuando se han interpuesto otras acciones”*. (Oyarte, R. 2006)

Juan Montaña Pinto al respecto nos dice:

“Desde el punto de vista técnico la subsidiariedad consiste en la introducción de un criterio de temporalidad en el ejercicio de una acción. En el caso de las garantías jurisdiccionales, estas son subsidiarias si se establece una secuencia de intervención de las instancias judiciales de tal manera que lo que se pueda resolver por la vía ordinaria no sea susceptible de resolución constitucional. El efecto de la subsidiariedad es la imposición al demandante de la carga procesal de agotar previamente instancias judiciales ordinarias antes de poder acudir a la protección constitucional de sus derechos.” (Montaña, J. 2012. Pg. 118)

Y por último la Corte Constitucional en la sentencia 001-16-PJO-CC define a la residualidad de la siguiente manera:

“La residualidad exige que para que una persona pueda acudir a la justicia constitucional, debe haber agotado todas las instancias en la justicia ordinaria, pues no cabría su interposición si no agota las instancias o recursos ordinarios en los que se puede discutir del derecho controvertido.” (Corte Constitucional, sentencia No. 001-16-PJO-CC)

Aplicando este término a la acción de protección, se debe interponer cuando se han agotado las vías de impugnación ante la violación de un derecho fundamental, o cuando por la violación del derecho fundamental, se han interpuesto varias acciones. Además de que impone el deber de la persona accionante de demostrar que las vías ordinarias han sido agotadas y por lo tanto, podría buscarse la tutela de un derecho violado en una vía constitucional. Situación que contradice a la naturaleza y objeto de esta acción constitucional, incluso a la corriente garantista bajo la cual fue creada la Constitución ecuatoriana. Es absurdo que este término sea aplicado a la acción de protección, de hecho si en la práctica se aplica la residualidad, el derecho que se busca tutelar será afectado y no se tutelaré de manera directa y eficaz, distorsionando la esencia misma de la acción de protección.

Existen varios presupuestos que deben ser analizados dentro de los artículos referentes a la acción de protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que de cierta manera induce a pensar que la acción de protección es de carácter residual.

En primer lugar, el artículo 40, en los numerales 1 y 3 permiten pensar sobre la residualidad o no de la acción de protección, por lo que la Corte Constitucional ha visto necesario interpretar la norma. El primer requisito de este artículo determina que se interpone

cuando existe la vulneración de un derecho constitucional y si no puede demostrarse un daño producto de la vulneración de un derecho constitucional, la acción de protección no procede.

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia No. 016-13-SEP-CC manifiesta:

“Que la acción de protección procede cuando exista vulneración de derechos constitucionales y que esta lesión debe ser verificada por la jueza o juez constitucional en cada caso, es decir ratificando que el análisis sobre el cual gira la procedencia de la acción de protección no es una confrontación abstracta, sino que nace de circunstancias específicas.” (Corte Constitucional, sentencia No. 016-13-SEP-CC)

Para la Corte Constitucional debe tratarse netamente de un derecho constitucional, y no de uno de carácter ordinario, y que cuando se interpone ésta acción debe diferenciarse el derecho a tutelarse, para ello debe tomarse en cuenta los puntos que hemos establecido con anterioridad, en los que se establecía mecanismos de distinción de derechos constitucionales y ordinarios, esto exige que ante la interposición de una acción de protección, sea el juez mediante sus atribuciones el encargado de analizar si se trata de un derecho constitucional o uno de carácter ordinario.

Por sus amplias funciones dentro de este modelo de Estado, incluso cuando el derecho constitucional invocado en la garantía no es el violado, sino de los hechos se deduce la violación de otro aplicando el principio *Iura Novit Curia*, será el juez quien se ve obligado a proteger ese derecho y enmendar dicho error; esto demuestra, por lo tanto, que el ejercicio de determinar la constitucionalidad del derecho pertenece al juez, y en caso de negarlo, deberá realizar una motivación idónea sobre el carácter del derecho y así justificar su decisión.

En cuanto al numeral 3, del artículo 40, la Corte Constitucional establece, en primer lugar, que el derecho invocado en la acción de protección no cuente con otra vía de justicia

constitucional, es decir, no cuente con una garantía constitucional adecuada y eficaz para la protección del derecho.

En un segundo supuesto, se debe observar si efectivamente la vulneración a la que se alude en la acción de protección recae sobre el ámbito constitucional del derecho vulnerado, dado que si es un derecho ordinario la justicia ordinaria presenta procedimientos especiales que resultan idóneos y adecuados para protegerlos, pues esta vía permite amplia discusión y aportación de pruebas.

Por este motivo, la Corte Constitucional afirma que la justicia ordinaria debe ser entendida como una verdadera garantía que permite la vigencia de los derechos de todas las personas y garantiza la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos por lo que tienen una dimensión propia para su protección. Conforme este análisis la Corte Constitucional en la sentencia No. 001-16-PJO-CC, explica lo siguiente:

“Es así que el requerimiento de la “inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado” no va orientado a impedir la activación de la justicia constitucional, sino que precautela que esta sea invocada cuando la materia que la motiva requiera verdaderamente de un pronunciamiento de esta índole y no ordinario; cuando el ámbito constitucional del derecho de las personas sea vulnerado”

(Corte Constitucional, sentencia No. 001-16-PJO-CC)

La Corte demuestra que, lo expuesto con anterioridad, no pretende que la acción sea residual, lo contrario, delimita que existan medios adecuados y eficaces para la protección de los derechos dependiendo de su naturaleza. Por este motivo ante la existencia de la violación de un derecho de ámbito constitucional, la vía más idónea y eficaz es la acción de protección y para ello el juez es el encargado de analizar el derecho interpuesto para protegerlo de la manera

correcta, decidiendo si la vía constitucional es la adecuada para continuar con el proceso constitucional o permitir a la justicia ordinaria mediante sus procedimientos especiales que tutelen dicho derecho.

Es fundamental que el juez constitucional aplique ejercicios de argumentación jurídica y valoración de elementos fácticos durante la sustanciación de la acción de protección, respecto de la procedibilidad de los procesos ordinarios en los que deberá determinar si dichos procesos cumplen con dos supuestos. Primero será la adecuación del procedimiento al derecho en cuestión y el segundo sobre la eficacia del procedimiento para cumplir con el objetivo de proteger de la mejor manera el derecho.

Otro de los factores que crean confusión en cuanto a la acción de protección como residual, es el artículo 42, numeral 4, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que como vimos en el punto pertinente a la improcedencia de la acción de protección, profundizando sobre la improcedencia cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que la vía no se demuestre como adecuada y eficaz.

Esta disposición en una simple lectura, de cierta manera nos determina que se debe aplicar la acción de protección residualmente, es decir, agotar la vía ordinaria antes de acudir a la justicia constitucional.

Pero de la disposición se desprende que al tratarse de un derecho constitucional, la vía idónea y eficaz siempre será la vía constitucional por la naturaleza del procedimiento que ostenta la justicia constitucional. No se debe arriesgar la tutela de un derecho constitucional a un procedimiento que a simple vista sea idóneo y eficaz para el derecho, cuando el derecho se encuentra violado en la esfera constitucional. De igual manera no podemos arriesgar que la

vulneración del derecho se consolide, se agravie y se vuelva irreparable al proteger en una vía ordinaria.

Es por este motivo que según la Corte Constitucional, de verificarse que el asunto controvertido en la vía ordinaria, causaría daño grave e inminente y vulneraría el derecho de la tutela efectiva como principio y derecho constitucional. Los jueces constitucionales tienen la obligación de activar la justicia constitucional para proteger de manera correcta el derecho. Cuando no pueda formularse en vía ordinaria, siempre dependerá de la situación fáctica concreta a examinar por parte del juez.

El constituyente sobre la acción de protección, como lo hemos estudiado a lo largo de este trabajo, tuvo la intención de crear una acción que garantice eficazmente los derechos, ofreciendo una reparación integral material o inmaterial del derecho violado y no crear una instancia adicional. Es por ello, que para el autor Juan Montaña Pinto esta norma es inconstitucional por haber creado filtros que tienden a evitar abusos de los operadores en la práctica, ésta situación no es motivo para que esta norma siga vigente contrariando a la Constitución que es la norma jerárquicamente superior. (Montaña, P. 2012. Pg. 114) Ramiro Ávila nos dice que el mayor argumento para la existencia de esta norma es el abuso de los litigantes con la interposición de la acción de protección, pero es totalmente absurdo que se pueda abusar de dicha garantía cuando existen jueces encargados de evitar que esto suceda. (Ávila, R. 2012. Pg. 231)

Concluyendo que la acción de protección no es de carácter residual, las razones como hemos analizado, son que cuando existe la violación de un derecho constitucional o de un derecho que sea afectado en su esfera constitucional, la vía más idónea y eficaz para proteger este derecho es la acción de protección, y los puntos analizados de la ley no determinan la residualidad de la acción de protección, simplemente permiten al juez que sea quien decida sobre

si se trata o no de un derecho constitucional, o de un derecho consagrado en instrumentos internacionales de derechos humanos. Exigiendo al juez que mediante ejercicios de argumentación jurídica motive la decisión de aceptar o no a trámite la acción con los beneficios que otorga un proceso constitucional, para cada caso en concreto.

Es por esto que el juez tiene amplias facultades para garantizar los derechos constitucionales otorgados por la Constitución, y de hecho, obedece a una corriente garantista en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el que el primordial objetivo es que los derechos sean protegidos mediante mecanismos eficaces y sean limitantes para el poder público en el ejercicio de sus atribuciones.

Una manera en la que este tema quedaría resuelto y sin ninguna duda es cuando la Corte Constitucional se pronuncie de manera vinculante con la interpretación correcta de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para poder aplicar y justificar con elementos vinculantes la no residualidad de la acción de protección como una garantía constitucional, protectora de derechos fundamentales, que por tener tal objeto, no cabría un carácter residual, contrariando a la Constitución como norma suprema y a la intención del constituyente de buscar un mecanismo directo y eficaz para proteger derechos consagrados en la Carta Magna y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Conclusiones

- El Estado constitucional es la superación al Estado legal, en el que la ley era la norma jerárquicamente superior, la fuente más importante, determinaba las actuaciones a la autoridad, concentraba el poder en el legislativo y sus constituciones no eran rígidas; posteriormente en el Estado Constitucional sucede lo contrario, la Constitución era la norma jerárquicamente superior, determinaba al poder, al ser constituciones rígidas otorgaban seguridad jurídica; la principal fuente fue la Constitución pero a diferencia del Estado legal se construía derecho observando la jurisprudencia, costumbre, convenios internacionales y principios generales del Derecho. En este modelo de Estado se otorgaba derechos y garantías que permitía evitar la arbitrariedad en los actos realizados por la administración pública y por los privados.
- Dentro del Estado constitucional se desarrolla una corriente llamada garantismo que busca la subordinación del poder al contenido de los derechos fundamentales mediante las garantías que los protegen. Estos mecanismos de protección son materialmente aplicados para una tutela efectiva de derechos constitucionales.
- La garantía es aquel medio de protección de los derechos que permite al órgano jurisdiccional actuar para tutelarlos. Existen garantías normativas, que es el deber que tiene el Estado para adecuar su normativa conforme la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, para lograr una coherencia de las normas infraconstitucionales con la Constitución; las garantías de políticas públicas relacionan de manera estrecha a los derechos fundamentales y la práctica política de los gobiernos, permitiendo que aquellas que no cumplen con una correcta relación de estos elementos sean modificadas o reformuladas; y por ultimo las garantías jurisdiccionales que permiten

que los derechos constitucionales sean protegidos y aplicados mediante un órgano encargado de administrar justicia dentro de cada Estado y de otorgar mecanismos de reparación a las personas que se les haya menoscabado sus derechos.

- Dentro de las garantías jurisdiccionales, la acción de protección es la encargada de tutelar todos aquellos derechos que no gozan de una garantía constitucional específica, siendo un mecanismo de protección directo y eficaz de los derechos, que es concedida por su naturaleza al ser de conocimiento y reparatoria.
- Este mecanismo de protección de los derechos al ser una acción permite al legitimado activo proponer una acción de protección ante el órgano jurisdiccional cuando ha existido una violación de un derecho constitucional con el fin de que sea protegido, tanto de manera directa, con la comprobación de que se trata de un derecho de ámbito constitucional como eficazmente al cumplir su función protectora de derechos constitucionales de manera inmediata con el procedimiento correcto. Es por esto que los procedimientos que conocen esta garantía constitucional tienen reglas especiales pertenecientes a la justicia constitucional y distan mucho de los procedimientos que conocen la justicia ordinaria, para poder cumplir el fin mismo de un Estado constitucional de derechos y justicia, que es la protección de los derechos fundamentales.
- La acción de protección dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contempla todas las normas comunes a las garantías constitucionales y las normas específicas para la acción de protección, aparentemente obedeciendo a la esencia de dicha garantía.
- Al nacer de este mismo cuerpo normativo la duda sobre la residualidad de la acción de protección y una vez analizado los elementos suficientes se determina que este mecanismo

de protección de derechos constitucionales no es residual por lo que no debe interponerse cuando las vías han sido agotadas o cuando no existen otras; esta garantía va a proteger de manera directa y eficaz siempre y cuando se trate de derechos constitucionales y para lograr demostrar esto se necesita que todos los jueces estén capacitados para emplear las herramientas suficientes, como ejercicios de argumentación jurídica y valoración precisa de elementos facticos, decidiendo si la vía constitucional es la adecuada para asegurar que el procedimiento es el adecuado y eficaz en la protección del derecho violado. Es por lo tanto, el juez aquel que cumple un papel esencial para que la acción de protección no sea de carácter residual y de esta manera, con la eficacia de la acción el Estado pueda cumplir con el fin último que se deriva de su modelo, que es la protección de los derechos fundamentales de todas las personas contra actos del poder público y de particulares.

Bibliografía

1. Aguilar, P. (2017). Revista ecuatoriana de derecho constitucional. Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones
2. Agudelo, M. (2005). El debido proceso. Colombia: Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín
3. Andrade, S; Grijalva, A; Storini, C. La nueva Constitución del Ecuador: Estado, Derecho e Instituciones. Quito: Corporación Editora Nacional
4. Anzures, J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. México: Revista mexicana de Derecho Constitucional
5. Agudelo, M. (2005). El debido proceso. Colombia: Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín
6. Ávila, R. (2007). Las garantías constitucionales: restricción o fortalecimiento. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar
7. Ávila, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado Constitucional de derechos y justicia. México: Anuario de derecho constitucional latinoamericano
8. Ávila, R. (2012). Los derechos y sus garantías: ensayos críticos. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
9. Ávila, R; Grijalva, A; Martínez, R. (2008). Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
10. Bobbio, N. (2016). Teoría General del Derecho. Bogotá: Editorial Temis
11. Carbonell, M. (2009). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta

12. Centro de Estudios Jurídicos Anbar. (1997). Diccionario jurídico Anbar: con legislación ecuatoriana. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana
13. Cevallos, I. (2009). La acción de protección ordinaria, formalidad y admisibilidad en el Ecuador. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar
14. Constitución. (2008). Ecuador: Asamblea Nacional.
15. Corte Constitucional. Sentencia No. 00-16-PJO-CC
16. Corte Constitucional. Sentencia No. 016-13-SEP-CC
17. Corte Constitucional. Sentencia No. 102-13-SEP-CC
18. Cortés, E. (2007). Hacia una fundamentación filosófica de la educación en Derechos Humanos. Colombia: Universidad Santo Tomás, Revista Magistro.
19. Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. España: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho
20. Ferrajoli, L. (2008). Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta
21. Ferrero, R. (1969). Las garantías constitucionales. Perú: Revista Derecho PUCP
22. Fix-Zamudio, H; Ovalle, J. (1981). Derecho Procesal. México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas
23. García, M. (1986). Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho: el Tribunal Constitucional Español. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
24. Garzón, P. (2014). Pluralismo Jurídico. Madrid: Revista en Cultura de la Legalidad
25. Grijalva, A. (2012). Constitucionalismo en Ecuador. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
26. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Ecuador: Asamblea Nacional

27. López, S. (2010). Una aproximación al concepto procesal de acción. Madrid: Revista de Derecho UNED
28. Montaña, J; Pazmiño, P. (2013). Manual de justicia constitucional ecuatoriana. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
29. Montaña, J; Porras, A. (2012). Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
30. Navas, A; Navas, F. (2009). El Estado Constitucional. Madrid: Editorial Dykinson
31. Oyarte, R. (2006). La acción de amparo constitucional. Quito: Andrade y Asociados
32. Rentería, A. (2011). Garantismo y neoconstitucionalismo. Madrid: Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas
33. Storini, C; Navas, M. (2013). La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
34. Torres, J. (2016). La Teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. Barranquilla: Revista de Derecho
35. Trujillo, J. (2006). Teoría del Estado en el Ecuador. Quito: Corporación Editora Nacional
36. Trujillo, R. (2013). La acción de protección como garantía constitucional de los derechos humanos. Quito: INREDH
37. Villacorta, L. (2017). Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales. Aspectos a destacar en el contexto de la discusión española. España: Revista Ius et Praxis
38. Zagrebelsky, G. (2008). La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Editorial Trotta