

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

La acción de protección en el Ecuador

Efectividad y alcances

Dunia Carmita Martínez Molina

Tutor: Agustín Modesto Grijalva Jiménez

Quito, 2024

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Dunia Carmita Martínez Molina, autora del trabajo intitulado “La acción de protección en el Ecuador: Efectividad y alcances”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctora en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónico.

28 de noviembre de 2024

Firma: _____

Resumen

La acción de protección es la garantía constitucional más importante para la protección de los derechos constitucionales en el Ecuador. De su efectividad y adecuado funcionamiento depende la vigencia de los derechos y la real existencia de un Estado constitucional. Esta finalidad fue la inspiración que guio a los constituyentes Montecristi para introducir cambios importantes y un nuevo diseño y alcance de esta garantía con el objetivo de superar las falencias del amparo constitucional venido a menos. Pese a esto, tanto la historia constitucional ecuatoriana como la actual realidad normativa y práctica demuestran la persistencia de yerros y el nacimiento de un sinnúmero de falencias que nos permite concluir su relativa falta de efectividad. La comprensión de su importancia, naturalezas jurídicas y características procesales, se desvelan en su funcionamiento evidencia graves limitaciones. En este contexto, esta investigación trata de determinar cuáles son los mayores yerros y obstáculos para su adecuado funcionamiento, producto de la actuación legislativa y judicial constitucional. Por ello, se busca analizar la efectividad de la garantía de la cual sus principales actores son los órganos judiciales y la garantía del cumplimiento de dos temas estrechamente vinculados, la naturaleza jurídica procesal de la garantía, como el acceso a la tutela judicial efectiva en materia de acción de protección que para ser efectivo requiere el cumplimiento de la sentencia.

Para llegar a estas conclusiones se han analizado tanto la doctrina ecuatoriana sobre la materia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la acción de protección, 371 sentencias de acción de incumplimiento sobre sentencias de acción de protección así como 792 sentencias de acciones extraordinarias sobre sentencias de acción de protección presentadas hasta 2018 a la Corte Constitucional del Ecuador. En suma, este estudio sin desatender el contenido formal establecido constitucional y legalmente busca determinar, en la realidad jurisdiccional ecuatoriana, cuáles son los obstáculos más acuciantes para alcanzar las finalidades de la acción de protección.

Palabras clave: amparo, derecho procesal constitucional, Constitución, eficacia, jurisdicción constitucional

Para Germán, mi compañero que con su amor y aliento infundió mi vida de esperanza,
paz y fortaleza.

Agradecimientos

Para Agustín, maestro y amigo, ético, respetuoso y sabio. Por su guía y constante apoyo. Por todo, por tanto.

Tabla de contenidos

Tablas	16
Introducción.....	18
Capítulo primero: Marco conceptual y evolución histórica de la acción de protección en Ecuador.....	22
1. Períodos históricos de evolución	25
1.1. Primer período: Poder administrativo fuerte, garantías sin intervención jurisdiccional.....	26
1.1.1. Constitución de 1830	28
1.1.2. Constitución de 1835	28
1.1.3. Constitución de 1843	29
1.1.4. Constitución de 1845	30
1.1.5. Constitución de 1851	31
1.1.6. Constitución de 1852	31
1.1.7. Constitución de 1861	32
1.1.8. Constitución de 1869	32
1.1.9. Constitución de 1878	32
1.1.10. Constitución de 1897	33
1.1.11. Constitución de 1906	34
1.1.12. Constitución de 1929	34
1.1.13. Constitución de 1945	36
1.1.14. Constitución de 1946	37
1.2. Segundo período: Reconocimiento jurisdiccional nominal e inercia administrativa y judicial.....	38
1.2.1. Constitución de 1967	39
1.2.2. Constitución de 1978	41
1.2.3. Tercer período: Reconocimiento y práctica jurisdiccional inicial del amparo	42
1.2.4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de amparo: sus problemas más representativos	54
1.2.5. La naturaleza cautelar y no residual del amparo.....	55

1.2.6.	Los requisitos de la petición: ilegitimidad del acto u omisión y la inminencia de daño grave	55
1.2.7.	Cuarto período: Transfiguración del amparo en la acción de protección: Regulación legal y reglamentaria restrictiva y lucha por la independencia judicial.....	58
2.	La acción de protección en el Ecuador	60
2.1	El ideario constituyente de Montecristi de 2007	60
2.1.1.	Origen teórico de la tesis constituyente	66
2.1.2.	Regulación reglamentaria y legal restrictiva de la acción de protección posterior a la Constitución de 2008.....	69
2.1.3.	Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición	70
2.1.4.	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.....	74
2.1.5.	Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2008	93
2.2	Diferencias entre el amparo constitucional de 1998 con la acción de protección de 2008.....	94
2.3	Elementos jurídicos de la acción de protección: cambios trascendentales	96
2.3.1.	Naturaleza jurídica de la acción de protección	96
2.3.2.	Garantía de conocimiento o de fondo, no cautelar.....	98
2.3.3.	Garantía directa y efectiva, no residual ni subsidiaria	108
2.3.4.	Garantía tutelar y reparatoria	118
2.3.5.	Vulneración de derechos constitucionales, vulneración de disposiciones legales y vulneración de derechos constitucionales por normas legales.....	120
3.	Estructura formal-procedimental: Características de la acción de protección	121
3.1	Legitimación activa ampliada	121
3.2.	Informalidad y agilidad.....	122
3.2.1.	Reducción de los requisitos de procedibilidad	122
3.3	Procedimiento de la acción de protección: Requisitos de procedibilidad y admisibilidad de la acción de protección	127
3.3.1.	Primera parte: análisis de la etapa procesal en la que cabe aplicar los casos del artículo 42 de la LOGJCC.....	128
3.3.1.1.	Análisis del artículo 40 de la LOGJCC	135

3.3.1.2. Efectividad de la acción de protección y su relación con estos elementos diferenciadores	136
3.3.2. La acción de protección en Ecuador: Análisis normativo y teórico	137
3.3.3. La garantía como sinónimo de derecho	137
Capítulo segundo: Evaluación comparativa del funcionamiento del amparo y la acción de protección en Ecuador	143
1. Explicación metodológica	159
1.1. Número de acciones admitidas, rechazadas, aceptadas, negadas, desistidas .	159
2. Categorías de análisis	190
2.1. Decisión de la Corte Constitucional: Acciones aceptadas, negadas, desistidas	190
2.2. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.....	192
2.3. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión	193
2.4. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia	193
2.5. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley	194
2.6. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez	194
2.7. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley; y 7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales	194
2.8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita <i>solventar una violación grave de derechos</i> , establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.....	195
2.8.1. Análisis de casos de acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acción de protección.....	198
Capítulo tercero: La acción de protección: avance, estancamiento o retroceso en la protección de derechos constitucionales en el Ecuador.....	217

1.	Identificación de las consecuencias del desarrollo histórico de la acción de protección en la normativa y práctica constitucional ecuatoriana.....	221
2.	Evaluación legislativa del diseño procesal de la acción de protección. Consecuencias normativas del desarrollo histórico.....	224
2.1	Acerca de las características y el procedimiento de la acción de protección .	224
2.2.	La prueba de los hechos en la acción de protección vs. la demostración de la existencia del acto	225
2.3	Informalidad	227
2.4	Alcance de los requisitos formales y de admisibilidad	227
2.5.	Alcance de los requisitos de fondo y de procedibilidad.....	228
2.6.	Naturaleza jurídica de la acción de protección frente a la del amparo	230
2.7	Competencia de la acción de protección frente al amparo	230
3.	En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción de protección.....	232
3.1.	Subsidiariedad, residualidad y autonomía.....	233
3.2.	Tutelar y reparatoria	234
	Conclusiones.....	261
	Bibliografía.....	267

Tablas

Tabla 1. Diferenciación	49
Tabla 2. Fecha de entrada en vigencia de normas	70
Tabla 3. Admisión vs. procedencia	92
Tabla 4. Comparación entre garantías	100
Tabla 5. Alcance de las tres garantías.....	105
Tabla 6. Diferenciación histórica entre garantías	123
Tabla 7. Metodologías de la investigación en garantías (Alex Valle).....	146
Tabla 8. Metodologías de la investigación en garantías (Claudia Storini y Marco Navas)	148
Tabla 9. Metodologías de la investigación en garantías (Pamela Aguirre y Dayana Ávila)	151
Tabla 10. Metodologías de la investigación en garantías (José Luis Castro y Luis Santiago Llanos).....	155
Tabla 11. Variables utilizadas en la investigación cualitativa de la acción de protección	157
Tabla 12. Cuadro comparativo de resultados de investigación	162

Introducción

Luego de la promulgación de la Constitución de 2008, la literatura constitucional ecuatoriana concluyó que una de las características centrales de la Constitución garantista de Montecristi, fue la constitucionalización de la justicia ordinaria ecuatoriana. Su objetivo era conseguir la transformación del sistema jurídico ecuatoriano.

Este objetivo supuso el desarrollo de condiciones normativas básicas relacionadas con la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución, y particularmente, la fuerza vinculante de la Constitución. Esta última condición con el objetivo de romper concepciones tradicionales que desconocían su cualidad de norma jurídica.

Este proyecto, adicionalmente, buscó la participación de actores fundamentales: todos los jueces que, para esta revolución también jurídica, debían tener una condición o cualidad personal sustancial: la apertura al cambio de la cultura jurídica ecuatoriana.

Por tanto, como se evidencia de la lectura de la Constitución de 2008, serán los jueces los actores principales, aunque no los únicos, de la aplicación y garantía de la Constitución.

En este contexto, todos los jueces ordinarios de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos, son competentes para conocer y resolver las garantías constitucionales, conforme lo indica la Constitución de 2008 en el artículo 86 numeral 2, que desarrolla las disposiciones comunes de las garantías constitucionales, así como el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el cual indica que será competente de conocer las garantías jurisdiccionales cualquier jueza o juez de primera instancia. Por otro lado, la apelación la conocen los jueces de la Corte Provincial. Así, los jueces ordinarios y de la Corte Provincial de diferentes áreas, civil, penal, administrativo, laboral, niñez y adolescencia, etc. con o sin aptitud para adecuarse a la nueva realidad jurídico constitucional, tienen la responsabilidad de conocer y resolver las garantías constitucionales, excepto la acción extraordinaria de protección, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento, que son garantías cuya competencia radica en la Corte Constitucional.

Con relación a la acción de protección, la modificación de su alcance se postuló como una de las fórmulas del nuevo estado constitucional de derechos y de justicia que debía reconstruir el amparo constitucional venido a menos.

Esta teorización académica tuvo su eco en el texto constitucional vigente. Así, entre las transformaciones realizadas por los constituyentes de Montecristi en 2008 respecto del amparo constitucional se enunciaron, por un lado, *A) el cambio de la naturaleza jurídica*: a1) pasamos de una garantía meramente cautelar a una de conocimiento o de fondo, a2) la ampliación de los derechos protegidos, a3) la reparación integral como su finalidad principal; y, por otro lado, *B) En su estructura formal-procedimental* se incluyen cambios relacionados con: b1) la legitimación activa ampliada, b2) la autoridad competente para su conocimiento, b3) la reducción de los requisitos de procedibilidad; y, b4) la informalidad.

Estos dos ámbitos/elementos de cambio buscaban finalidades trascendentales: la efectiva protección de derechos (una apuesta por la importancia de la efectividad de los derechos) y el fácil acceso a esta garantía con la mayor participación de los actores judiciales (constitucionalización del sistema).

En este contexto, esta investigación busca realizar un análisis del nivel de efectividad y desarrollo de la acción de protección en estos nueve años de vigencia de la Constitución. Los elementos diferenciadores de la naturaleza jurídica y la estructura formal procedimental de la acción de protección serán utilizados como indicadores de evolución y medición de la efectividad. Esto nos permitirá detectar los obstáculos que han impedido el funcionamiento de la acción de protección conforme los objetivos planteados constitucionalmente. Finalmente se buscará determinar o esclarecer el alcance y también las posibles soluciones a los problemas en su funcionamiento.

El trabajo cuenta con tres capítulos, en el primer capítulo se buscará determinar el marco conceptual y la evolución histórica de la acción de protección. Determinar una línea evolutiva-histórica desde 1830, permitirá ubicar fases históricas de desarrollo y sus hitos más novedosos. Iniciará con un período caracterizado por la intervención fuerte de órganos administrativos sin la intervención de órganos jurisdiccionales; un segundo período en el que, si bien se realiza un reconocimiento jurisdiccional, el mismo es nominal; y un tercer período que reconoce constitucionalmente el amparo y existe práctica jurisdiccional inicial, hasta llegar, finalmente, al período actual caracterizado por el cambio del amparo a la acción de protección, aunque se encuentra con una regulación legal restrictiva y la lucha por la independencia judicial. Este último tema nos permitirá

identificar las diferencias de la acción de protección de 2008 con el amparo constitucional de 1998, en cuanto a su naturaleza jurídica—directa, efectiva, tutelar y reparatoria (no residual ni subsidiaria); y, las características procesales formales de la acción de protección actualmente vigente: legitimación activa ampliada, informalidad y agilidad.

El segundo capítulo se detiene en indagar comparativamente los datos y los resultados de las investigaciones que desarrollaron estudios cuantitativos y cualitativos de las sentencias de acción de amparo y de la acción de protección en el Ecuador. Por tanto este capítulo en su primera parte es un estudio comparativo que utiliza fuentes secundarias en búsqueda de nuevas proyecciones e interpretaciones de los datos. Se han incluido numerosas las investigaciones que tienen una finalidad común como es desvelar, a través de la comprobación estadística, el funcionamiento de esta garantía en la práctica judicial. Todo esto para poder advertir si la aspiración inicial, del cambio normativo constitucional de 2008 y el legal de 2009, significó un hito positivo para la protección de derechos, la práctica judicial constitucional y también la cultura constitucional ecuatoriana. En la segunda parte de este capítulo, se realiza un estudio con fuentes principales de las sentencias de acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección presentadas ante la Corte Constitucional en el período comprendido entre 2015 y 2018. Esta exploración, debido a la especificidad del tema, se incluye en un acápite diferente, ya que examina la interposición de una garantía subsecuente con implicaciones que pueden alterar o influir en la naturaleza jurídica de la acción de protección.

En el tercer capítulo se busca identificar la sinergia de explicaciones —históricas, jurídicas, políticas y judiciales— que han impedido el progreso de esta garantía y su consagración como la garantía más importante de protección de los derechos constitucionales en Ecuador.

Capítulo primero

Marco conceptual y evolución histórica de la acción de protección en Ecuador

Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías.
(art. 11.4. CE 2008)

1. Desarrollo histórico de la acción de protección en Ecuador

El visionario Hugo Ordóñez Espinosa escribió hace 23 años que las institucionales jurídicas como el amparo requieren un proceso de gestación histórica para conseguir, fruto de avances y retrocesos, el diseño de una estructura básica, coherente y sólida.¹ Y aunque lejos estaba nuestro país, en 1995, de ese ansiado objetivo, los primeros pasos y la propuesta básica fueron cruciales para el desarrollo de esta institución. Por ello, la reflexión sobre el origen e historia de la estructura básica del amparo en el Ecuador nos permitirá advertir justificaciones de su actual diseño y funcionamiento para proyectarnos hacia un esquema que, con las experiencias y conocimientos prácticos y teóricos, nos permitan avanzar en la comprensión de las ventajas pero también de los yerros y obstáculos para su efectividad en la protección de derechos constitucionales.

El conocimiento histórico es por tanto justificado bajo la idea central de que las instituciones jurídicas están en constante cambio, evolución y perfeccionamiento.

Para este análisis, asumiremos que el amparo se ha transformado en la acción de protección, desechamos por tanto considerarla como una nueva garantía creada en la Constitución de 2008.² La finalidad de esta premisa es permitirnos atribuirle, a la acción de protección vigente en el Ecuador desde 2008, unos breves antecedentes históricos y crear, a través de sus cambios normativos y jurisprudenciales, una línea evolutiva.

¹ Hugo Ordóñez Espinosa, *Hacia el amparo constitucional en el Ecuador* (Quito: Pudeleco, 1995), 16-27.

² Otros autores consideran al amparo como el antecedente de las medidas cautelares. Ver, Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008”, en *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008); Pablo Alarcón, *La ordinarización de la acción de protección* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013); Juan Montaña, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, eds. Juan Montaña y Angélica Porras, t. 2 (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2011), 103-29.

Según Ordoñez Espinosa,³ el amparo surge con esta denominación en la Constitución de 1967 y en 1995 ya se convirtió en una institución adecuadamente diseñada. Sin embargo, desde 1995 hasta incluso la Constitución de 2008 no podemos concluir tan categóricamente con este anhelo.

En este contexto, este primer tema tiene por objetivo realizar un análisis reflexivo de la evolución del amparo en la historia constitucional ecuatoriana.

Para este efecto es indispensable plantear algunas preguntas o inquietudes que guíen este estudio y nos permitan identificar los temas nucleares de esta institución. El objetivo es realizar un examen estructurado y sólido en búsqueda de la lógica que evidencie las razones de los cambios históricos de este mecanismo para la protección de derechos constitucionales.

Poco se ha investigado en Ecuador la historia de instituciones jurídicas tan importantes como el amparo, hoy acción de protección; sin embargo, algunos estudios que resaltamos son una importante guía y ya advierten de parámetros para ubicar adecuadamente, a través de la descripción normativa,⁴ y otros aún más profundos que proponen una metodología de periodización,⁵ las pautas de pequeños pero importantes avances.

En este contexto, las principales inquietudes sobre el amparo en el Ecuador y que consideramos fundamentales son las siguientes ¿qué nivel de innovación ha tenido el amparo en las diferentes constituciones ecuatorianas? ¿Cuál es su hito fundamental? ¿Cuáles son los patrones de variación relativos a su denominación, derechos protegidos, legitimación activa, autoridad competente, naturaleza jurídica, funcionamiento? ¿Cuáles fueron las causas de su falta de desarrollo normativo y práctico? Luego de identificar posibles respuestas a estas inquietudes proponemos, un criterio de organización de los *hitos evolutivos* y luego en un análisis ulterior, develar si persisten hasta la fecha una serie de problemas significativos que estancan el desarrollo de esta institución procesal constitucional.

Para lograr una línea de *evolución*, no podemos abstraernos de contextos políticos y sociales, que advertiremos brevemente en este estudio, y que a través de la doctrina, legislación y *práctica de cada época ofrecerán explicaciones concluyentes para su*

³ *Ibíd.*

⁴ Ordoñez Espinosa, *Hacia el amparo constitucional en el Ecuador*, 16-27.

⁵ Alex Valle, *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador* (Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2012), 20-5.

comprensión. Se evidenciará por ejemplo la necesidad íntima de relacionar la norma constitucional —como premisa inicial pero no única— con la urgencia de activación y apropiación ciudadana de sus garantías y derechos como el detonante de su real evolución, junto con la importancia de la actividad judicial.

Como hemos indicado en *títulos precedentes*,⁶ la teoría de las garantías constitucionales las clasifica en diversos tipos: garantías primarias y secundarias: garantías normativas, garantías jurisdiccionales y garantías sociales. La diversidad de garantías constitucionales tiene también diversidad de sujetos destinatarios de las mismas, así las garantías normativas deberán ser observadas por todo órgano con capacidad normativa, las garantías jurisdiccionales por los órganos de administración de justicia constitucional y las garantías sociales serán ejercidas, como los derechos de participación, directamente por la ciudadanía.

De estos diversos mecanismos de protección de la supremacía de la Constitución y de los derechos nos interesan precisamente las garantías secundarias-jurisdiccionales que serán conocidas por los órganos de la administración de justicia, entre las cuales se encuentra la acción de protección y cuyo objetivo es precisamente proteger los derechos ciudadanos de cualquier vulneración cometida, especialmente por el Estado.⁷ Por otro lado, las garantías normativas como garantías primarias son el presupuesto indispensable para el actuar de los órganos del Estado que tienen capacidad normativa. Frente a una garantía primaria incumplida se alza una garantía secundaria como la acción de inconstitucionalidad y en general el control constitucional. Como se advierte tanto el control constitucional como las garantías jurisdiccionales están dentro del paraguas de las garantías constitucionales pero tienen diversos objetos de protección y ámbito de actuación.

⁶ Referirse al desarrollo de las garantías normativas, jurisdiccionales y sociales.

⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 88: “la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista *una vulneración de derechos constitucionales*, por actos u omisiones de cualquier *autoridad pública no judicial...*”; énfasis añadido. No será materia de esta investigación el amparo/acción de protección frente a particulares.

1. Períodos históricos de evolución

En este contexto, hemos identificado que en algunas etapas del constitucionalismo ecuatoriano los órganos que realizaban control constitucional, a la vez se encargaban de la protección de derechos constitucionales, por tanto, las finalidades de las garantías constitucionales no se encontraban debidamente diferenciadas como sucede hoy en nuestra Constitución.⁸

Con estas reflexiones, seguiremos parcialmente las etapas históricas del control constitucional en Ecuador propuestas por el profesor Agustín Grijalva,⁹ y además analizaremos los primeros intentos de periodización del amparo en el Ecuador que realiza Alex Valle.¹⁰ Sin embargo, planteamos una clasificación alternativa, detallada y novedosa de cada etapa en virtud de elementos propios de la garantía que no solo consideran su inclusión nominal en la Constitución de 1967; sino además, factores como la naturaleza administrativa de las iniciales incorporaciones constitucionales de esta garantía, su asimilación con el derecho de petición, sus diferentes denominaciones, la participación real o no de la Función Judicial o de la justicia constitucional, la incorporación de la acción de protección en la Constitución de 2008, y su posterior restricción legal en 2009, entre otras.

En este contexto, proponemos que la protección de derechos constitucionales en el Ecuador se ha desarrollado en los siguientes períodos históricos: 1) poder administrativo fuerte, garantías sin reconocimiento jurisdiccional (1830-1897); 2) Reconocimiento jurisdiccional nominal del amparo e inercia administrativa y judicial (1967-1978); 3) Reconocimiento y práctica jurisdiccional inicial del amparo (1993-1998); 4) Transfiguración del amparo en la acción de protección: Regulación legal restrictiva y lucha por la independencia judicial (1998-hasta la presente fecha).

⁸ Igual que en otros países.

⁹ 1) Soberanía Parlamentaria (1830-1945); 2) Surgimiento del Tribunal Constitucional (1945-1999); 3) Desafíos de institucionalización (1996 hasta la presente). Ver Agustín Grijalva, "Evolución histórica del control constitucional de la ley en el Ecuador", en *Historia constitucional: Estudios comparativos*, ed. Enrique Ayala Mora (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014), 330-42.

¹⁰ Alex Valle, *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador* (Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2012), 20-6. El autor propone las siguientes etapas de desarrollo del amparo: 1) Antes de la constitucionalización del amparo; 2) Constitucionalización del amparo de 1967, 3) Después de la Constitucionalización del amparo 1967.

A cada uno de estos períodos le hemos atribuido la pertenencia de las 20 constituciones que han estado vigentes hasta la fecha.¹¹ Con la finalidad de identificar la caracterización de los periodos propuestos, en el siguiente título se descubren los elementos de coincidencia y agrupación de las constituciones ecuatorianas.

Así, los dos primeros períodos se caracterizarán por la declaración constitucional *de protección de derechos y supremacía constitucional, la participación del ejecutivo, legislativo, Consejo de Estado, como intermediarios en la presentación de quejas y luego como competentes de resolver las vulneraciones a la Constitución y la casi nula activación práctica*. En este período es clara la confusión entre tareas jurisdiccionales con las administrativas en la protección de derechos constitucionales, así como para el control constitucional. Mientras que en el último período encontramos los mayores avances y un reconocimiento constitucional de la garantía, pero también se evidencia una regulación legal restrictiva y una lucha por la independencia de los jueces que resuelven.

Esta secuencia histórica de avances y retrocesos la podemos resumir en el cuadro que consta en el Anexo 1.

1.1. Primer período: Poder administrativo fuerte, garantías sin intervención jurisdiccional

Así como el control constitucional ha tenido fases en las que se identifica una mayor presencia de órganos políticos y otras el ascenso de órganos jurisdiccionales,¹² también en el conocimiento y resolución de las garantías constitucionales se advierten amplias etapas de participación exclusiva de autoridades políticas no jurisdiccionales. De igual manera, los mecanismos de control constitucional¹³ están mezclados con los mecanismos de protección de derechos constitucionales. Por ejemplo, frente a un mismo objeto de protección —la observancia¹⁴ o las infracciones¹⁵ a la Constitución—, la

¹¹ Para un mejor detalle del lugar y las fechas de expedición de cada Constitución, ver Enrique Ayala Mora, *Evolución Constitucional del Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2014), cuadro 1.

¹² Las actuaciones de los órganos políticos tienen como objetivo fundamental: mientras que las actuaciones judiciales se orientan a la aplicación de las normas con criterios normativo/objetivos no partidistas.

¹³ Agustín Grijalva, en su artículo “Evolución histórica del control constitucional de la ley en Ecuador”, al analizar la etapa denominada “Soberanía Parlamentaria”, en la que se inscribe la Constitución de 1851, destaca la relevancia del Consejo de Estado. Este órgano, aunque distinto al Congreso, desempeñaba un papel importante al ejercer control constitucional sobre los actos del Ejecutivo.

¹⁴ Ecuador, *Constitución de 1843*, art. 52.

¹⁵ Ecuador, *Constitución de 1845*, art. 126.

Constitución de 1843 otorga iniciativa de los *reclamos* a la Función legislativa, mientras que, en la Constitución de 1845 los *reclamos* los puede presentar directamente cualquier ciudadano.

Este período se caracteriza además por la utilización de los términos: reclamaciones, reclamo, acusación, recurso de queja, queja. Como innovación resaltamos la inclusión de la legitimación activa ampliada a todo ciudadano. Por otro lado, hay multiplicidad de legitimados pasivos o autoridades responsables del incumplimiento de la Constitución y las leyes: jueces y magistrados, en el habeas corpus de 1830; el Congreso, el Poder Ejecutivo, el Consejo de Estado, los depositarios públicos. En 1861 serán incorporados los Tribunales de Justicia y no solo el Consejo de Estado como órgano ante quién dirigir los *reclamos*.

Sin embargo, no hay una secuencia nítida de evolución hacia la participación de órganos jurisdiccionales, ya que la gran diversidad de constituciones y la frecuencia de las reformas no permitieron una estabilidad reflexiva sobre su aplicación y se han verificado límites de la regulación.

Como se evidenciará, los órganos políticos son los que decidirán sobre asuntos de derechos. Sin embargo, la política, así se trate de órganos jurisdiccionales que deciden sobre derechos, no ha dejado de influir y por tanto ha desgastado la independencia, credibilidad y objetividad de la institución.

En efecto en esta primera etapa, la competencia de activar primero y conocer-resolver después la vulneración de derechos está en manos de órganos administrativos del Estado. Sea Congreso, Ejecutivo, Consejo de Estado, o hasta Tribunal de Garantías Constitucionales —pero instituidos como órganos administrativos no jurisdiccionales y sometidos a las resoluciones de otros órganos políticos—. Le caracteriza a este período la falta de presencia de la función judicial para resolver las denominadas “quejas”, reclamos, etc. frente a la vulneración de derechos constitucionales.

Este período comprende las constituciones ecuatorianas del siglo 19 entre 1830 a 1897, y cuatro constituciones del siglo 20: las de 1906, 1929, 1945 y 194. Para mayor detalle, las analizamos a continuación.

1.1.1. Constitución de 1830¹⁶

Esta Constitución tiene como mayor aporte la fundación del estado ecuatoriano y su integración. Los derechos y garantías se regulan en el Título VIII. De los derechos civiles y garantías, y en el artículo 59 se incluye la figura del hábeas corpus pero no lo denomina de esta manera sino que se desprende de su contenido que establece la responsabilidad de reclamar la libertad del preso que se encuentre privado de libertad sin orden de prisión firmada por un juez, esta atribución le correspondía al Alcalde.¹⁷ Por otra parte, el artículo 66 reconocerá a todo ciudadano el derecho de *reclamar* sus derechos ante la autoridad pública; sin embargo, no se indica el procedimiento de este reclamo, ni la responsabilidad de los funcionarios públicos por la vulneración de derechos, peor aún se indican las medidas que se deben adoptar para su protección, por tanto este reclamo se asimila más a la ejecución de un *derecho de petición* ante cualquier autoridad, más que como a una garantía frente a la vulneración de un derecho.¹⁸

Esta Constitución incorpora el primer antecedente de la responsabilidad del Estado en el respeto de los derechos constitucionales, en los términos siguientes:

Artículo 57.- Los magistrados, jueces y empleados no pueden ser destituidos sino en virtud de sentencia judicial, ni suspensos sino por acusación legalmente intentada. Todo empleado es responsable de su conducta en el ejercicio de sus funciones.¹⁹

1.1.2. Constitución de 1835²⁰

La Constitución de 1835 también mantuvo la regulación del hábeas corpus (art. 93) pero al igual que la Constitución de 1830 no incorporó su denominación. Esta

¹⁶ Ecuador, *Constitución de 1830*, Riobamba, 23 de septiembre de 1830.

¹⁷ *Ibíd.*, “Artículo 59.- Nadie puede ser preso, o arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez. Dentro de doce horas a lo más del arresto de un ciudadano, expedirá el juez una orden firmada, en que se expresen los motivos. El juez que faltare a esta disposición, y el alcaide que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria.” Por su parte, ver también el art. 57.

¹⁸ *Ibíd.*, “Artículo 66.- Todo ciudadano puede *reclamar* respetuosamente *sus derechos ante la autoridad pública, y representar al Congreso y al Gobierno cuando considere conveniente*, al bien general; pero ningún individuo o asociación particular podrá abrogarse el nombre de pueblo, ni hacer peticiones en nombre del pueblo colectando sufragios sin orden escrita de la autoridad pública. Los contraventores serán presos y juzgados conforme a las leyes.”

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Ecuador, *Constitución Política de 1835*. Decreto Legislativo 000, Registro Auténtico 1835, 13 de agosto de 1835.

Constitución también asimilará los derechos con las garantías constitucionales.²¹ Se puede resaltar que se mantiene la responsabilidad en el ejercicio de las funciones de los funcionarios públicos —empleados—, magistrados y jueces cuya responsabilidad puede acarrear destitución, previa sentencia judicial.²² No encontramos ninguna regulación sobre la acción atribuida a los ciudadanos para presentar el reclamo contra funcionario público que dé como consecuencia una sentencia de destitución. Sin embargo, es la primera en denominar e incluir el derecho de petición.²³ El derecho a reclamar tiene idéntica regulación al derecho de petición que son incluidos en esta y la Constitución de 1830. La aclaración que hará la Constitución de 1835 es que el derecho de petición es un derecho que puede ser interpuesto por uno o más ciudadanos a su nombre más no en representación del pueblo.

1.1.3. Constitución de 1843²⁴

Esta Constitución se mantiene, sin su denominación técnica, el hábeas corpus en el Título XVII. De los derechos y garantías de los ecuatorianos.²⁵ Adicionalmente son reguladas las reclamaciones en el artículo 52,²⁶ estas son competencia del Congreso, por intermedio de la Comisión Permanente, no de la ciudadanía. El sujeto pasivo de estas reclamaciones será el Ejecutivo. Su objeto ya no son los derechos sino el respeto de la Constitución y las leyes. Se incluye en el artículo 52.8 el recurso de queja contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por tanto inicia una inquietud por el

²¹ *Ibíd.*, “TÍTULO XI DE LAS GARANTÍAS. Art. 90”. Responsabilidad de los magistrados, jueces y empleados públicos. Esta asimilación de derecho con garantía se mantendrá hasta la Constitución de 1998.

²² *Ibíd.*, “Art. 90.- Los magistrados, jueces y empleados son responsables de su conducta en el ejercicio de sus funciones; y no pueden ser destituidos sino en virtud de sentencia judicial, ni suspensos sino por acusación legalmente admitida”.

²³ *Ibíd.*, “Art. 104.- El derecho de petición será ejercido personalmente, por uno o más individuos a su nombre; pero jamás a nombre del pueblo”. La diferencia fundamental entre derecho de petición y una garantía es que el derecho de petición busca obtener una respuesta inmediata de la autoridad pública; mientras que las garantías jurisdiccionales, buscarán una respuesta de un órgano jurisdiccional de protección de derechos mediante sentencia.

²⁴ Ecuador, *Constitución de 1843*. Convención Nacional de 1 de abril de mil ochocientos cuarenta y tres

²⁵ *Ibíd.*, “Artículo 92.- Ningún ecuatoriano podrá ser juzgado por comisión especial, ni preso, o arrestado, sino por autoridad competente; a menos que sea sorprendido en delito in fraganti, en cuyo caso cualquiera puede asegurarle, y conducirlo cuanto antes a presencia del juez.”

²⁶ *Ibíd.*, “Artículo 52.- Son atribuciones de la Comisión permanente:

1.- Velar sobre la observancia de la Constitución y de las Leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes, hasta por segunda vez; dando cuenta al Congreso en su próxima reunión”.

sometimiento a la Constitución de las actuaciones de la justicia ordinaria. Esta queja solo podía ser presentada por la Comisión Permanente al Congreso.²⁷

1.1.4. Constitución de 1845²⁸

En esta Constitución, en el Título XI. De las Garantías, encontramos dos artículos interesantes. El artículo 124²⁹ en el que regresa la legitimación activa ampliada —*a todo ciudadano*— para *reclamar sus derechos* de forma oral directamente frente a los depositarios públicos; y, por escrito, ante el Congreso o el Ejecutivo solo para salvaguardar *intereses públicos*. Se regula por separado el derecho de petición por tanto interpretamos que se diferencia ya su naturaleza jurídica.³⁰ Por otro lado el artículo 126, reconoce también el derecho a reclamar ante el Congreso o el Poder Ejecutivo por las infracciones a la Constitución y las leyes.³¹ En los dos artículos ya encontramos diferentes visiones. Puede decirse que existen dos figuras jurídicas por un lado el reclamo de derechos y por otro el reclamo por vulneración de la Constitución; por tanto, es el inicio de una legitimación activa ampliada también respecto de la acción de inconstitucionalidad de normas.

Esta potestad ciudadana se encuentra enunciada dentro de los derechos constitucionales y por tanto se lo considera como una medida para su cumplimiento. Así como también, dentro del Título XI en el artículo 111, se incluye en el listado de los derechos lo que denominan *detención arbitraria* —*habeas corpus*—³² por tanto en el listado de derechos encontramos reguladas también dos garantías constitucionales.

²⁷ *Ibíd.*, Art. 52. 8.- “Recibir, y preparar para el Congreso, los recursos de queja que se interpongan contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia”.

²⁸ Convención de Cuenca, 3 de diciembre de 1845.

²⁹ *Ibíd.*, art. 124.- “Todo ciudadano tiene la facultad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública con moderación y respeto debidos; y todos tienen el derecho de presentar por escrito al Congreso, o al Poder Ejecutivo, cuanto consideren conveniente al bien público”.

³⁰ *Ibíd.*, “Artículo 125.- El derecho de petición se ejercerá por uno o más individuos a su nombre, pero jamás a nombre del pueblo.”

³¹ *Ibíd.*, “Artículo 126.- Todo ciudadano puede reclamar ante el Congreso, o Poder Ejecutivo, las infracciones de la Constitución y de las leyes.”

³² *Ibíd.*, “Artículo 111.- Nadie puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez. Dentro de veinticuatro horas, a lo más, del arresto de alguna persona, expedirá el Juez una orden firmada en que se expresen los motivos de la prisión, y si debe estar o no incomunicado el preso, a quien se le dará copia de esta orden. El juez que faltare a esta disposición y el alcaide que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria.”

1.1.5. Constitución de 1851³³

Esta Constitución mantiene el derecho ciudadano al reclamo de los derechos frente a autoridades públicas,³⁴ se incluye el derecho de petición cuando esté de por medio el interés general;³⁵ por otro lado, los reclamos por vulneración de la Constitución y la ley deben presentarse ante la Asamblea Nacional o ante el Poder Ejecutivo.³⁶ Para ello se advierte que será el Consejo de Estado³⁷ el órgano que velará la observancia de la Constitución. No se indica el órgano que resuelve de estas reclamaciones.

La única novedad de este texto constitucional es la inclusión del Consejo de Estado como órgano que conoce los reclamos por lo demás se repite lo enunciado en la Constitución de 1845.

1.1.6. Constitución de 1852

En esta Constitución se indica que los ciudadanos pueden reclamar su derecho ante todo depositario de autoridad pública y presentar sus reclamos, directamente por escrito³⁸ al Congreso o al poder ejecutivo. La referencia a la conveniencia pública vuelve, pero se elimina la participación del Consejo de Estado que estuvo presente solo un año en la Constitución de 1851. Si bien existió el Consejo de Gobierno este no tenía competencias de guardián de la Constitución o los derechos.

³³ Ecuador, *Constitución de 1851*, 25 de febrero de 1851.

³⁴ *Ibíd.*, Capítulo XIX. De las garantías. “Artículo 105.- Todo ecuatoriano tiene la facultad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos.”

³⁵ *Ibíd.*, art. 106.- “En virtud del derecho de petición, todo ciudadano podrá representar por escrito a la Asamblea Nacional, al Poder Ejecutivo y demás autoridades constituidas, cuanto considere conveniente al bien general del Estado; pero ningún individuo o asociación particular podrá hacer peticiones a nombre del pueblo, ni menos arrogarse la calificación de tal.”

³⁶ *Ibíd.*, “Artículo 107.- Todo ciudadano puede reclamar ante la Asamblea Nacional, o ante el Poder Ejecutivo de las infracciones de la Constitución y de las leyes.”

³⁷ *Ibíd.*, “Artículo 82.- Corresponde al Consejo de Estado: 1. Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión.”

³⁸ *Ibíd.*, “Artículo 123.- Todo ciudadano tiene la facultad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos; y todos tienen el derecho de representar por escrito al Congreso o al Poder Ejecutivo, cuanto consideren conveniente al bien público”. “Artículo 125.- Todo ciudadano puede reclamar ante el Congreso o el Poder Ejecutivo las infracciones de la Constitución o de las leyes.”

1.1.7. Constitución de 1861

Esta Constitución autoriza el reclamo³⁹ ante el Congreso o el Poder Ejecutivo, contra infracciones a la Constitución y las leyes. Las acusaciones pueden ser presentadas contra cualquier funcionario que cometía la infracción. No se especifica la vulneración de los derechos como causal. Se introduce la participación de la Cámara de Representantes con el objetivo de que conozca acusaciones contra cualquier alto funcionario. Se mezcla, control constitucional y la queja que se venía desarrollando en las anteriores constituciones, pero se trata por separado el derecho de petición.

1.1.8. Constitución de 1869

El Consejo de Estado en esta Constitución tendrá la competencia de conocer los recursos de queja contra la Corte Suprema y sus ministros.⁴⁰ Por otra parte, el reclamo estará regulado en el artículo 104.⁴¹ Se diferencian en virtud de que la “acusación-reclamo” es para altos funcionarios y gestionada por la Cámara de Representantes. Lo fundamental en la Constitución de 1869 es que se incluye al poder judicial como órgano contra quien se pueden presentar las reclamaciones.

1.1.9. Constitución de 1878

Esta Constitución que indica en su artículo 19,⁴² que los empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías constitucionales serán responsables con sus bienes por daños y perjuicios. Es la primera Constitución en establecer que para presentar una queja, por cualquier ciudadano no se necesitará de fianza ni firma de abogado. Esta

³⁹ Ecuador, *Constitución de 1861*. Título XI. De las garantías. “Artículo 119.- Todo ecuatoriano puede reclamar ante el Congreso o el Poder Ejecutivo, contra las infracciones de la Constitución y las leyes, e introducir en la Cámara de Representantes una acusación contra cualquier alto funcionario.

⁴⁰ Ecuador, *Constitución de 1869*. Reaparece el Consejo de Estado con competencia de: “Artículo 71.- Corresponde al Consejo de Estado: [...] 3. Admitir y preparar para el Congreso los recursos de queja que se interpongan contra la Corte Suprema o sus ministros”.

⁴¹ *Ibíd.*, “Artículo 104.- *Todo ecuatoriano* puede reclamar ante el Congreso, el Poder Ejecutivo o el *Poder Judicial*, contra las infracciones de la Constitución y las leyes, e introducir en la Cámara de Representantes una acusación contra cualquier alto funcionario”; énfasis añadido.

⁴² Ecuador, *Constitución de 1878*. “Artículo 19.- Los empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes, por los daños y perjuicios que causaren; y respecto de los crímenes o delitos que cometieren contra tales garantías, se observarán las disposiciones siguientes: a) Podrán ser acusados por *cualquier ciudadano* en ejercicio, *sin necesidad de fianza ni firma de abogado en los tribunales de justicia*”; énfasis añadido.

Constitución vuelve a plantear la facultad ciudadana de acusar a los empleados públicos por su responsabilidad estatal. Sin embargo, se diferencia de las quejas contra los Ministros de la Corte Suprema que requerirán la participación del Consejo de Estado.⁴³ En la Constitución de 1884⁴⁴ no cambia el texto ni el espíritu de la Constitución de 1878.

1.1.10. Constitución de 1897

La Constitución de 1897, compila y mantiene los avances en protección de derechos e indicará el derecho ciudadano de accionar una garantía de manera amplia contra los actos de los empleados públicos, ante los *tribunales de justicia* y sin necesidad de firma de abogado, ni fianza:

Artículo 39.- Los *empleados públicos* que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, *serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren*, y, respecto de los crímenes o delitos que cometieren contra tales garantías, se observarán las disposiciones siguientes: 1. *Podrán ser acusados por cualquiera persona, sin necesidad de fianza ni firma de abogado, en los Tribunales de Justicia [...]*.⁴⁵

A esto se agrega la responsabilidad civil y penal de los empleados públicos respecto de las “garantías” declaradas en la Constitución.⁴⁶ La responsabilidad que se reconoce es claramente subjetiva en esta Constitución

⁴³ Ecuador, *Constitución de 1878*. “Artículo 92.- Corresponde al Consejo de Estado: [...] 2. Admitir y preparar para el Congreso los recursos de queja que se propongan contra los Ministros de la Corte Suprema.”

⁴⁴ Ecuador, *Constitución de 1884*, art. 37 y art. 106.2

⁴⁵ Ecuador, *Constitución de 1897*, art. 39; énfasis añadido.

⁴⁶ *Ibíd.*, “Artículo 39.- Los empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren, y, respecto de los crímenes o delitos que cometieren contra tales garantías, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Podrán ser acusados por cualquiera persona, sin necesidad de fianza ni firma de abogado, en los Tribunales de Justicia; 2. Las penas que se impongan no serán susceptibles de indulto, rebaja ni conmutación, durante el período constitucional en que se hubiese cometido la infracción; y 3. Los crímenes o delitos, acciones criminales y penas impuestas, no prescribirán, ni empezarán a prescribir sino después de dichos períodos.”

1.1.11. Constitución de 1906

La Constitución de 1906, atribuye al Consejo de Estado, velar por que tanto el poder ejecutivo, los tribunales de justicia y demás autoridades, respeten la Constitución y las leyes y protejan las garantías —los derechos— constitucionales, impulsándoles —excitándoles— para su respeto e inviolabilidad, mas no se incluye una competencia de iniciar un reclamo ante tribunales de justicia.⁴⁷ Nuevamente tenemos la intervención de un órgano estatal, no jurisdiccional con responsabilidad de precautelar el respeto de la Constitución. Se mantiene, respecto de la acusación contra funcionarios de nivel inferior al Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia y los avances con relación a la legitimación activa, informalidad, competencia jurisdiccional, etc. que nacieron en constituciones precedentes.⁴⁸ Pero respecto del recurso de queja contra los ministros de la Corte Suprema y las acusaciones contra el Poder Ejecutivo se requería la participación y preparación únicamente por parte el Consejo de Estado.⁴⁹

1.1.12. Constitución de 1929⁵⁰

Es necesario resaltar que la Constitución de 1929 fue un gran aporte para la época en el reconocimiento de algunos derechos y en la inclusión nominal de una garantía constitucional fundamental de protección de los derechos constitucionales de libertad como es el hábeas corpus. Esta Constitución indica la necesidad de que la ley establezca la “magistratura” o autoridad con competencia para resolverla.⁵¹

⁴⁷ Ecuador, *Constitución de 1906*. “Artículo 98.- Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1. Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda.”

⁴⁸ *Ibíd.*, “Artículo 25.- Los funcionarios o empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren; y respecto de los delitos y crímenes que cometieren con la violación de tales garantías, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Podrán ser acusados por cualquiera persona, sin necesidad de fianza ni firma de abogado; 2. Las penas que se impusieren al funcionario o empleado no podrán ser conmutadas ni indultadas durante el período constitucional en que se hubiese cometido la infracción; ni posteriormente, si no se hubiere cumplido, por lo menos, la mitad de la condena; y 3. Las acciones por estos crímenes y delitos, lo mismo que las penas impuestas a los responsables de ellos, no prescribirán ni empezarán a prescribir, sino después de dicho período constitucional.”

⁴⁹ *Ibíd.*, “Artículo 98.- Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: [...] 6. Preparar las acusaciones contra el Poder Ejecutivo y los recursos de queja que se propongan contra los Ministros de la Corte Suprema.”

⁵⁰ Ecuador, *Constitución de 1929*, 26 de marzo de 1929, expedida por la Asamblea Nacional.

⁵¹ *Ibíd.*, “Artículo 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos: [...] Art. 151. 8. *El derecho de Habeas Corpus*. Todo individuo que, por considerar que se ha infringido lo dispuesto en los numerales anteriores, se creyere indebidamente detenido, procesado

Continuó la intervención del Consejo de Estado con la competencia de velar por la observancia de la Constitución y las leyes. Consideramos que el nacimiento y el continuo retorno del Consejo de Estado podrían considerarse como el antecedente de la actual Corte Constitucional respecto de la atribución de protección de la supremacía constitucional y también de la Defensoría del Pueblo⁵² en la protección de los derechos. Mantiene la regulación de la acusación a funcionarios públicos por vulneración de derechos.⁵³

Sin embargo, aunque es claro que esta como todas las constituciones de la época no diferencian entre garantías y derechos,⁵⁴ existieron desarrollos y consagraciones importantes respecto de los derechos y sus fuentes; así por ejemplo, se indica un sistema abierto de fuentes de los derechos y fundamentado en lo que hoy conocemos como la dignidad,⁵⁵ y que es denominada en el artículo 158 de la Constitución de 1929 como “personalidad humana”. Así también se incluye un artículo específico sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos⁵⁶ cuando vulneren derechos constitucionales, aunque no indica con claridad el procedimiento para establecer esta

o preso, podrá ocurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la Ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales. *Esta magistratura* deberá decretar que el individuo sea traído a su presencia, y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, *decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija*”. (Énfasis añadido)

⁵² El art. 215 de la Constitución indica entre las funciones de la Defensoría Pública: “1. El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, incumplimientos, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de servicios públicos o privados.” Especialmente el numeral 2. “Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos. Constitución del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449, 20 de octubre.

⁵³ Ecuador, *Constitución de 1929*, art. 159.

⁵⁴ *Ibíd.*, “Parte segunda. Título XIII. *De las garantías fundamentales*. [...] Artículo 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, *los siguientes derechos*”; énfasis añadido.

⁵⁵ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 11.- “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios [...]. 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, *no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad* de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”; énfasis añadido.

⁵⁶ *Ibíd.*, El artículo 159 también incluye el principio de responsabilidad del estado desarrollado en el artículo 11.9 de la Constitución de 2008.

responsabilidad y reparar al ciudadano.⁵⁷ Esta responsabilidad daría como consecuencia de su incumplimiento el derecho a interponer un “reclamo”.⁵⁸

El Consejo de Estado tendrá como atribución por un lado dar curso a denuncias por violación de la Constitución y las leyes y preparar las acusaciones contra el Presidente y altos funcionarios, y por otra parte preparar los recursos de queja contra los ministros de la Corte Suprema.

1.1.13. Constitución de 1945

En el año 1945, se da un gran avance en materia de defensa de la Constitución y los derechos constitucionales ya que se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales,⁵⁹ su competencia será sustituir al Consejo de Estado en la atribución de velar por el cumplimiento de la Constitución y leyes, activando al Presidente de la República y demás funcionarios y autoridades públicas a su respeto. En esta Constitución de indudable aporte en nuestro tema de estudio, regresa la *queja* como una facultad de cualquier persona natural —incluyéndose la persona jurídica— ante la vulneración de la Constitución o las leyes.

Estas quejas fueron conocidas por el Tribunal de Garantías Constitucionales órgano que prepararía la acusación para que el Congreso enjuicie u ordene el enjuiciamiento contra los funcionarios responsables, salvo en caso penal. Como se observa en estos casos el Tribunal de Garantías Constitucionales actúa como una suerte de órgano administrativo que vela por el cumplimiento de la Constitución y que tiene únicamente competencia acusatoria contra el funcionario. Quien resuelve y enjuicia a los

⁵⁷ *Ibíd.*, “Artículo 159.- Los *funcionarios o empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en la Constitución*, serán responsables con sus bienes, por los daños y perjuicios que causaren, y respecto de los delitos o crímenes que cometieren con la violación de tales garantías, se observaran las disposiciones siguientes:

1. *Podrán ser acusados por cualquier ecuatoriano, sin necesidad de fianza ni firma de abogado. Igual derecho tendrán los extranjeros, tratándose de ofensa propia;*

2. *Las penas impuestas al funcionario o empleado delincuente no serán conmutadas ni indultadas durante el período constitucional en que se hubiere cometido la infracción, ni posteriormente, a no haberse cumplido, por lo menos, la mitad de la condena; y*

3. *Las acciones por estos crímenes o delitos, lo mismo que las penas impuestas a los responsables de ellos, no prescribirán ni empezarán a prescribir sino después de dicho período constitucional”; énfasis añadido).*

⁵⁸ *Ibíd.*, “Artículo 158.- La enumeración de garantías y derechos determinados por la Constitución *no limita ni excluye otros que son inherentes a la personalidad humana* o que se derivan del principio de la soberanía y de la forma republicana de gobierno.”

⁵⁹ *Ibíd.*, *Constitución de 1945*. El art. 160, num. 5 indica entre las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales: “Conocer de las quejas que formule cualquier persona, natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes [...]”.

funcionarios públicos no es el Tribunal sino el Congreso. Claramente los diputados no serán responsables por la vulneración de la Constitución.⁶⁰

Sin embargo, no encontramos mayor desarrollo de las quejas constitucionales debido a la efímera vigencia de las constituciones indicadas y a la falta de ley especial regulatoria de esta garantía. En ese tiempo, el camino hacia el perfeccionamiento de esta institución recién iniciaba con la enunciación de una intención garantista.

1.1.14. Constitución de 1946

El Tribunal de Garantías Constitucionales tuvo una exigua vigencia y en la Constitución de 1946 (art. 146) retorna la participación del Consejo de Estado con la atribución de velar por la observancia de la Constitución y las “garantías” constitucionales.

Se indica como garantías,⁶¹ en general, de los habitantes nacionales o no del Ecuador la libertad de petición por escrito, individual o colectiva, ante cualquier autoridad o corporación, con derecho de obtener la resolución correspondiente.⁶² Mientras que, para los ecuatorianos, se establecen garantías especiales⁶³ ya que el mismo derecho de petición dirigido ante los mandatarios, puede ser de manera oral o colectiva, en desfiles u otras manifestaciones públicas, pacíficas y sin armas, previo permiso de la autoridad correspondiente, los extranjeros no tenían derecho a manifestarse públicamente.

Como advertimos al finalizar el análisis del primer período, las denominaciones dadas a la garantía de los derechos constitucionales varía —reclamo, petición—, directa o indirectamente ante diversos funcionarios, especialmente la función legislativa; así también, los legitimados pasivos cambian se reducen o amplían. Sin embargo lo más relevante es que no se trataba de procedimiento judiciales ni se contaba con leyes de

⁶⁰ *Ibíd.*, Art. 160.5. “Conocer de las quejas que formule cualquier persona, natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes; preparar la acusación contra los funcionarios responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentarla al Congreso para que éste, según los casos, los enjuicie u ordene enjuiciarlos”.

⁶¹ Ecuador, *Constitución de 1946*. “Art. 180.- Los extranjeros gozan en el Ecuador, en los términos que exija la Ley, de los mismos derechos que los ecuatorianos, con excepción de los derechos políticos y de las garantías que la Constitución establece a favor de solo los ecuatorianos”.

⁶² *Ibíd.*, Artículo 187. 12. “La *libertad de petición* por escrito, individual o colectiva, ante cualquiera autoridad o corporación, con derecho de obtener la resolución correspondiente”.

⁶³ *Ibíd.*, Artículo 188.2. “El *derecho de petición* ante los mandatarios, de manera oral y colectiva, en desfiles u otras manifestaciones públicas, pacíficas y sin armas, previo permiso de la autoridad correspondiente”.

desarrollo o procesos que regularan los procedimientos, sanciones y reparaciones ni que permitan ejecutar estas garantías.

1.2. Segundo período: Reconocimiento jurisdiccional nominal e inercia administrativa y judicial

Hasta antes de la constitucionalización del amparo jurisdiccional, como hemos visto en el primer período, existieron medios indirectos de protección de derechos constitucionales al nivel de confundir las vías de protección de derechos con otras que tenían finalidades diferentes como la penal y la administrativa. Así por ejemplo, la queja o el reclamo directo ante funcionarios públicos y las acciones administrativas por incumplimiento de la ley se desenvolvía en el área administrativa, por otro lado las normas punitivas frente a la vulneración de derechos que tenían como consecuencia la actuación de jueces penales, dan cuenta clara de esta mezcla entre las vías idóneas para la protección de derechos y las vías ordinarias. Por otro lado, la naturaleza jurídica especial del amparo como garantía jurisdiccional autónoma, expedita, informal y de eficaz protección y reparación integral de derechos, aún no se concebía.

A pesar del reconocimiento del amparo jurisdiccional no existe en lo institucional claridad sobre el poder jurídico de las resoluciones del órgano que debía tener competencia de conocer y resolver esta garantía. Así, las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales no fueron realmente jurisdiccionales debido a que sus decisiones no tuvieron como consecuencia sancionar al autor de la vulneración, ni la restitución o reparación de los derechos. La participación del Tribunal Constitucional no tuvo la fuerza resolutive de una sentencia. Esta afirmación se corrobora con lo indicado en el artículo 220⁶⁴ de la Constitución de 1967, según el cual el Tribunal se mantiene como órgano que sirve de intermediario para que se presenten ante el Congreso las quejas de los ciudadanos. Solo el Congreso podía enjuiciar a los presuntos responsables y ordenar su procesamiento. Por otro lado, existió otro órgano que resolvía quejas por la vulneración de derechos en este caso relativas al sufragio, nos referimos al Tribunal Supremo Electoral pero que, contrariamente a las competencias atribuidas al Tribunal de

⁶⁴ Ecuador, *Constitución de 1967*. Art. 220.3. “Conocer de las quejas que por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes formule cualquier persona natural o jurídica; presentar acusación contra los funcionarios responsables, y salvo lo dispuesto por la Ley Penal presentarlas al Congreso para que éste enjuicie a los presuntos responsables u ordene su procesamiento, según los casos”.

Garantías Constitucionales, se le atribuyó la competencia de resolver e imponer u ordenar sanciones.⁶⁵

En este contexto, se trata de un adelanto con un sabor agri dulce —entre avance estancamiento—, debido a que, por un lado se reconoce la garantía pero por otro no se crean las condiciones legales ni institucionales para su efectiva aplicación en la defensa de derechos constitucionales.

Por tanto, aunque podemos hablar de progresos, los mismos se tornan nominales sin un desarrollo normativo constitucional ni legal específico, de allí proviene el título que le hemos atribuido a esta etapa. La práctica jurisdiccional de esta garantía tampoco es relevante ni aporta con elementos de avance institucional que se deban resaltar.

1.2.1. Constitución de 1967

La Constitución de 1967 fue fruto de la Asamblea Nacional Constituyente de 1966 instaurada luego del derrocamiento de la Junta Militar.⁶⁶ Para este proceso se constituyó la Comisión de Constitución que se encargó de elaborar un proyecto de Constitución. Esta Comisión, encargada de la elaboración del nuevo proyecto constitucional a su vez se apoyó en textos propuestos por la Corte Suprema de Justicia y por una Comisión Especial de Juristas presidida por el doctor Alfredo Pérez Guerreo.⁶⁷

El proyecto más completo fue elaborado por la Corte Suprema de Justicia y contuvo con mayor precisión la regulación del amparo en el Ecuador. Entre las características del procedimiento del amparo se incluyeron la sencillez y la brevedad. Además se indica que será la justicia la que ampare al ciudadano contra actos de autoridad que violen los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Por su parte, la estructura del amparo propuesto por la Comisión Especial de Juristas y que sería finalmente el aprobado indicará dos aspectos fundamentales 1) considerará al amparo como derecho, 2) lo calificará como jurisdiccional, 3) se activará

⁶⁵ *Ibíd.*, “Art. 114. Son atribuciones y deberes del Tribunal Supremo Electoral. 5. Resolver en segunda y definitiva instancia las quejas que se presentaren respecto de infracciones en el sufragio, e imponer u ordenar las respectivas sanciones”.

⁶⁶ Enrique Ayala Mora, *Evolución constitucional del Ecuador: Rasgos históricos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2018), 75. Para el autor, el Congreso tuvo más poder respecto del ejecutivo y podemos corroborarlo en el mantenimiento de la competencia de conocer las quejas por vulneración de derechos constitucionales.

⁶⁷ Dalton Bacigalupo, *El amparo jurisdiccional como fundamento del Estado constitucional ecuatoriano* (Guayaquil: Centro de Publicaciones de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 1979), 93-115.

contra cualquier vulneración de las garantías constitucionales; y, 4) El amparo se complementa con el deber de los órganos del poder público de velar por la vigencia de la Constitución y la ley.

A pesar de que fue el proyecto menos completo el que finalmente se adoptó en la Constitución de 1967 es un hito importante del amparo constitucional en el Ecuador ya que consagró el término *amparo jurisdiccional* por primera vez.⁶⁸ Ya no será solo un órgano –Ejecutivo, Legislativo, Tribunal de Garantías Constitucionales– el que deberá velar por la observancia de la Constitución y la ley sino todo el poder público.

Así, el Capítulo II. De los derechos de la persona, artículo 28, se desarrolló en los siguientes términos:

Artículo 28.- Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: [...] Numeral 15. El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes.⁶⁹

Este aporte es de impacto frente a todas las imprecisiones de las constituciones precedentes. Su principal mérito es la claridad terminológica al denominar a esta garantía como *amparo* pero además calificarlo como *jurisdiccional*. Término con implicaciones fundamentales en su naturaleza jurídica e independencia entre el órgano que resuelve y el eventual sujeto pasivo —los funcionarios públicos del Estado—,⁷⁰ incluidos los particulares.

También es importante el avance en la regulación, esta vez con mayor precisión y claridad, de la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos y el derecho de repetición del Estado.⁷¹

⁶⁸ Ecuador, *Constitución de 1967*, art. 28.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*, “Artículo 23.- El Estado reconoce, garantiza y promueve los derechos del hombre, como individuo y como miembro de la familia y demás sociedades que favorezcan el desarrollo de su personalidad. La ley protegerá la libertad y más derechos de la persona *contra los abusos del Poder Público y de los particulares*”; énfasis añadido.

⁷¹ *Ibíd.*, “Artículo 27.- El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo. No obstante, lo establecido en el Inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes.”

En lo institucional, regresa el Tribunal de Garantías Constitucionales que tenía una integración no jurisdiccional⁷² y conserva las atribuciones de velar por la observancia de la Constitución y las leyes, especialmente de las garantías constitucionales;⁷³ sin embargo, se sigue utilizando en otras partes de la Constitución el término de quejas⁷⁴ que por el quebrantamiento de la Constitución o de las leyes formule cualquier persona natural o jurídica. Sin embargo, solo el Tribunal podía presentar acusación en contra de los funcionarios responsables ante el Congreso. Por tanto, si bien se reconoce el amparo jurisdiccional, se mantiene el procedimiento de la queja por el quebrantamiento de la Constitución y de las leyes que estaba presente en las constituciones anteriores.

En este contexto, no comprobamos mayores avances jurídicos, institucionales y prácticos —más allá del artículo que incorpora el término “amparo jurisdiccional”— debido a que el desarrollo normativo de la parte orgánica de la Constitución en la que se debió incorporar la competencia del órgano que debía conocer y resolver esta garantía, nuevamente nos remite al Congreso.⁷⁵ Esto se agrava por la efímera vigencia de esta Constitución que a los 3 años fue derogada por Velasco Ibarra quien se proclamó dictador en 1970 y por la falta de una ley que desarrollara los procedimientos para la aplicación de esta garantía.

1.2.2. Constitución de 1978

En 1972 Velasco Ibarra sería derrocado por el general Guillermo Rodríguez Lara quien en 1976 fue sustituido por un Consejo Supremo de Gobierno que sin llamar a

⁷² *Ibíd.*, Tribunal de Garantías Constitucionales. “Artículo 219.- Con sede en Quito y jurisdicción en toda la República, habrá un Tribunal de Garantías Constitucionales, integrado por: 1. Un Senador, elegido por la Cámara del Senado; 2. Dos Diputados, elegidos por la Cámara de Diputados, uno de los cuales representará a la minoría; 3. El Presidente de Corte Suprema de Justicia; 4. Un representante del Presidente de la República; 5. El Procurador General del Estado; 6. El Presidente del Tribunal Supremo Electoral; 7. Tres ciudadanos que no pertenezcan al Cuerpo Legislativo y que serán elegidos por el Congreso Pleno.

⁷³ *Ibíd.*, Ver “Artículo 220. Son atribuciones y deberes del Tribunal de Garantías Constitucionales. 1. Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, especialmente de las garantías constitucionales, para lo cual excitará al Presidente de la República y demás funcionarios del Gobierno y la Administración.

⁷⁴ *Ibíd.*, “Artículo. 220.3. Conocer de las *quejas que por quebrantamiento de la Constitución* o de las leyes formule cualquier persona natural o jurídica; *presentar acusación contra los funcionarios responsables*, y salvo lo dispuesto por la Ley Penal *presentarlas al Congreso para que éste enjuicie a los presuntos responsables u ordene su procesamiento, según los casos*”; énfasis añadido.

⁷⁵ Eduardo Ferrer Mac Gregor, *El amparo iberoamericano Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre, 2006 (Chile: Centro de Estudios Constitucionales), 55. Nos indica textualmente razones jurídicas y políticas que justifican la ineficacia del amparo a pesar de su consagración constitucional. “El caso de Ecuador resulta particular, en la medida de que a pesar de consagrarse constitucionalmente en 1967, no tuvo aplicación debido a que no se expidieron leyes reglamentarias y en virtud de los golpes de Estado”.

Asamblea Constituyente integrará dos comisiones que dieron lugar a dos propuestas de constituciones. Estos proyectos fueron sometidos a referéndum en 1978, ganó el proyecto considerado, por algunos historiadores, como progresista.⁷⁶

En esta Constitución, reformada en doce ocasiones,⁷⁷ se regresa lamentablemente al término *queja* para denominar a esta garantía y se indica principalmente que es competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales *conocer las quejas* que formulen cualquier persona y observar a la autoridad y organismo que irrespete la Constitución. Se incluye el desacato y la destitución como consecuencia del incumplimiento de las observaciones del Tribunal. Sin embargo, si se trata de funcionarios indicados en la letra f) del art. 59 de la Constitución⁷⁸ será el Congreso el que conocerá el caso.

Nuevamente la participación del órgano legislativo —*la Cámara Nacional de Representantes o a las Comisiones Legislativas*— es determinante en la resolución de estas quejas por vulneración de derechos constitucionales y por tanto estamos ante una garantía resuelta con criterios políticos y por un órgano no judicial.

1.2.3. Tercer período: Reconocimiento y práctica jurisdiccional inicial del amparo

Este período está dividido en dos fases dentro de la vigencia de la Constitución de 1978, la primera caracterizada por el retroceso terminológico, la inestabilidad constitucional y la segunda en la que se da un real avance en la concepción y regulación del amparo. En la primera fase encontramos a la Constitución de 1978 y su reforma en 1983, el estatuto de control transitorio dictado en 1992 y la resolución de la Corte Suprema de 1996, la segunda fase que incluye la reforma constitucional de 1996, la expedición de la Ley de Control Constitucional en 1997 y el cambio constitucional de 1998.

⁷⁶ Ayala Mora, *Evolución constitucional del Ecuador*.

⁷⁷ Ecuador, *Constitución de 1978*.

⁷⁸ Ecuador, *Constitución política de 1979*. Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979. “Art. 141.- Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales: [...] 3. conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución; *preparar la acusación contra los responsables* y, salvo lo dispuesto en la ley penal, *presentar a la Cámara Nacional de Representantes* o, en receso de esta, al plenario de las Comisiones Legislativas para que, según el caso, los enjuicien u ordenen enjuiciarlos”.

1.2.3.1. Primera subfase: Retroceso. Constitución de 1978⁷⁹

Esta Constitución en sí significó un lamentable retroceso debido a que regresa tanto el término como el trámite de la queja con intervención de la Función legislativa. Esta Constitución se referirá a la queja tanto como derecho de los ciudadanos,⁸⁰ así como a la competencia del Tribunal Constitucional ante al quebrantamiento constitucional que atente contra derechos. Como se aprecia procedían las quejas⁸¹ impulsadas por el Tribunal únicamente cuando este órgano consideraba adecuado solicitar el enjuiciamiento de los funcionarios por parte de la Cámara Nacional de Representantes. Esta regulación de las quejas se mantendrá en las reformas constitucionales de 1983.⁸²

1.2.3.2. Las reformas constitucionales de 1993

Con estas reformas regresa al término *queja*, que será conocido por el Tribunal Constitucional de Garantías órgano encargado de “observar” a la autoridad y en caso de incumplimiento incluso podía solicitar la remoción del funcionario. Por otra parte es la primera ocasión en la que se regulan con normas infraconstitucionales las competencias del Tribunal, esto ocurrió mediante el denominado Estatuto transitorio de control constitucional⁸³ el cual estableció normas para el ejercicio y regulación de la demanda de amparo,⁸⁴ determinó la competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema y el procedimiento que debe observar la queja.

El Estatuto comentado restringió el amparo debido a que el literal b) del artículo 2⁸⁵ incluyó la competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*, SECCION I. De los derechos de la persona. Art. 19.- Toda persona goza de las siguientes garantías: 9. el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo, y a recibir la atención o repuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la ley

⁸¹ *Ibíd.*, “Art. 141.- Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales: [...] 3. conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución; preparar la acusación contra los responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentar a la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta, al plenario de las Comisiones Legislativas para que, según el caso, los enjuicien u ordenen enjuiciarlos”.

⁸² Ecuador, *Ley Reformatoria de la Constitución Política del Estado*, Registro Oficial 569, 1 de septiembre de 1983. Ver los artículos 19.10 y 141.3.

⁸³ Estatuto de Control Constitucional. Resolución dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial 176, 26 de abril de 1993, se dictaron normas que regularon el control constitucional en el régimen de transición al que se refiere la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley 20, que reformó la Constitución en 1992.

⁸⁴ Sección II, arts. 16-22.

⁸⁵ Ver Sección Tercera, del Título Segundo del Estatuto, especialmente los artículos 16 al 22 del procedimiento para la queja o demanda de amparo.

conocer, vía casación, las resoluciones que sobre quejas se formulaban contra los actos que violaban los derechos constitucionales. El alcance del artículo implica aceptar una nueva instancia para esta garantía. Sin embargo, el artículo 146.2 de la Constitución de 1993 concedía competencia al Tribunal de Garantías Constitucionales para conocer las quejas por actos de autoridad pública que violan las garantías constitucionales e incluso para solicitar la remoción del funcionario y el correspondiente enjuiciamiento penal mas no atribuyó, a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, competencia alguna sobre la queja.

Textualmente, el artículo 146.2 indicaba lo siguiente:

Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales:

1. Conocer las quejas que formulare cualquier persona natural o jurídica contra los actos de las autoridades públicas que violaren sus derechos y libertades garantizados por la Constitución.

Si el Tribunal encontrare fundado el reclamo, observará a la respectiva autoridad. Si se incumpliere su resolución, podrá solicitar al órgano competente la remoción del funcionario y la aplicación de las demás sanciones contempladas en la Ley, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

Algunos autores de la época⁸⁶ dan cuenta precisamente de la confusión terminológica del referido estatuto al incorporar la casación ante la Corte Suprema de Justicia del recurso de queja, también se atribuyó la Corte la competencia de conocer en segunda instancia las resoluciones de inconstitucionalidad de normas emitidas por el Tribunal de Garantías Constitucionales.⁸⁷ Adicionalmente, advertían que la incorporación de la casación a más de inconstitucional, generaba un retardo injustificado en el tiempo de resolución la misma lo cual afectaba la protección inmediata del derecho como finalidad principal del amparo.

El artículo 17 del Estatuto⁸⁸ comentado también incorporaba causales de admisión de la casación de la resolución de la queja las que también eran inconstitucionales ya que se buscaba atribuir a la Corte Suprema de Justicia la competencia de revisar las resoluciones del Tribunal de Garantías constitucionales, se sostuvo que la casación procedía cuando el Tribunal hubiere infringido la Constitución por contravenir expresamente a su texto, o por haberse hecho una falsa aplicación de la misma, por

⁸⁶ Ernesto Velázquez Baquerizo, “El estatuto de control constitucional”, Ponencia presentada en el Seminario La modernización y la reforma judicial, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1994/02/09_El_Estatuto_De_Control.pdf.

⁸⁷ Ver art. 1, lits. a) y b) del Estatuto.

⁸⁸ *Ibíd.*, art. 17.

haberla interpretado erróneamente o por incongruencias producidas por error de derecho en materia constitucional. Como se puede advertir, la interpretación última de la Constitución y la competencia de preservar el respeto a la misma se trasladó vía estatuto a la Corte Suprema cuando constitucionalmente se había radicado en el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Se debe destacar que el Estatuto de Control Constitucional establecía una legitimación activa ampliada para interponer as quejas, asunto positivo pero muy criticado en la época; sin embargo, incluyó inconstitucionalmente el plazo de 3 meses para que caduque el derecho a presentar la queja.⁸⁹

Podemos abundar en otras inconstitucionalidades de este estatuto y que serán posteriormente superadas: 1) Los principios constitucionales no se protegían por amparo constitucional, ya que como requisito se requería que estén regulados y protegidos por la ley por tanto se cuestionaba la aplicación directa de la Constitución, 2) el artículo 26,⁹⁰ que regulaba las quejas contra los funcionarios que gozan de fuero y radicaba la competencia de estos casos en la Corte Suprema de Justicia, excepción que tampoco estaba incluida constitucionalmente. Este estatuto fue la primera regulación legal del amparo.

1.2.3.3. La reforma constitucional de 1996⁹¹

En esta reforma se crea el Tribunal Constitucional y se da un claro avance en la regulación del amparo al restablecer el término en la Constitución, pero adicionalmente, incorpora requisitos para su procedibilidad. Se consideró como un recurso contra acto ilegítimo de autoridad de la administración pública e incluye el concepto de daño inminente, grave e irreparable. Sin embargo, en 1996 la *Resolución de la Corte Suprema de Justicia*,⁹² como se analizará más adelante, ordenó a los jueces rechazar los amparos hasta que se determine por vía legal su competencia. El amparo será conocido y resuelto por los jueces y subirá en apelación ante el Tribunal.

Por la importancia de los elementos definitorios del amparo en la Constitución de 1996 los describimos textualmente a continuación:

⁸⁹ *Ibíd.*, art. 24.

⁹⁰ *Ibíd.*, art. 26.

⁹¹ Ecuador, *Reformas de la Constitución 1996*, Registro Oficial 863, 16 de enero de 1996.

⁹² La Corte Suprema de Justicia tenía competencias reguladoras que las ejerció incluso en materia constitucional y como consecuencia limitó la eficacia de la acción de protección.

PARAGRAFO IV

Del Amparo

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

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

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

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

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos, el juez remitir de inmediato el expediente al superior. (Énfasis añadido)

Como observamos la regulación de 1996 iniciará varios aspectos importantes del amparo que se mantendrán hasta 1998, entre ellos: 1) legitimación activa ampliada — toda persona—, 2) competencia judicial —órganos de la Función Judicial—, 3) Finalidad: adopción de medidas urgentes, hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente, 4) contra acto ilegítimo de autoridad de la administración pública y que sea violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales, 5) potencialidad de daño inminente, grave e irreparable, 6) rapidez en la resolución judicial, 7) La suspensión del acto se confirma o revoca ante el Tribunal Constitucional y además el recurso de apelación por negativa de suspensión del acto.

La evolución de la garantía es sustancial, no solo porque regresa a la denominación de amparo, perdida en las reformas de la Constitución de 1978.⁹³

La codificación de 1997 mantendrá los términos de la regulación del amparo de 1996. Las novedades de este año serán la expedición de una ley especial denominada Ley de Control Constitucional.⁹⁴ Es importante indicar que las características del amparo que llegaron a materializarse hasta 1996 serán confirmadas en la Constitución de 1998.

⁹³ Ecuador, *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 183, 5 de mayo de 1993. En el artículo 146 se indica dentro de las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales el conocer “quejas” —no el amparo— que formule cualquier persona contra los actos de las autoridades públicas que violen derechos y libertades garantizados en la Constitución. El Tribunal puede observar, mediante Resolución, a la autoridad si el reclamo es fundado, y si se incumple podía solicitar la remoción del funcionario y demás sanciones.

⁹⁴ Ecuador, *Ley de Control Constitucional*, Registro Oficial 99, 2 de julio de 1997, arts. 46-58.

En este contexto, se dicta la Ley de Control Constitucional y en el capítulo III, se desarrollan sus objetivos, alcances, naturaleza del recurso y autoridades competentes.⁹⁵ La aplicación efectiva del amparo en el Ecuador inicia en este año, gracias a su entrada en vigencia.

1.2.3.4. Constitución de 1998⁹⁶

Posteriormente, la Constitución de 1998, reconoce de manera aún más completa la figura del amparo constitucional.⁹⁷ De la lectura de su articulado podemos advertir sus características específicas, algunas de las cuales quisieron ser superadas en la Constitución de 2008. Por la importancia de esta regulación la transcribimos íntegramente.

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

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

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

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

⁹⁵ Ecuador, *Ley de Control Constitucional de 1997*, Registro Oficial 99, arts. 46 a 58.

⁹⁶ Ecuador, *Constitución de 1998*, Decreto Legislativo 0, Registro Oficial, 11 de agosto de 1998.

⁹⁷ *Ibíd.*, Capítulo 6 - De las garantías de los derechos. Sección tercera - Del amparo. “Art. 95.- Cualquier persona, *por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad*, (legitimación subjetiva) podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de *medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública*, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, *de modo inminente, amenace con causar un daño grave*. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

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

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. (paréntesis fuera del texto y resaltado para determinar los requisitos de procedibilidad del amparo)”; énfasis añadido.

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

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

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.

La Constitución concederá al Tribunal Constitucional la competencia de conocer y resolver las resoluciones que nieguen las garantías y la apelación a las mismas.⁹⁸

En esta Constitución, como bien lo menciona Ayala Mora,⁹⁹ quedó nuevamente pendiente, por razones políticas, la transformación del Tribunal Constitucional en una Corte de derecho y con competencia jurisdiccional.

Las peculiaridades de diferenciación entre la Constitución de 1997 y la de 1998 se pueden advertir en el siguiente cuadro:

⁹⁸ *Ibíd.*, “Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional: 3. Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo.”

⁹⁹ Enrique Ayala, *Evolución Constitucional del Ecuador*, 77.

Tabla 1
Diferenciación entre el amparo de 1997 y el de 1998

Tema	1997	1998
Denominación	Amparo.	Acción de amparo.
	La denominación es expresa en el título del artículo más no en el contenido de la norma. No se diferencia entre recurso o acción.	Se denomina específicamente acción de amparo
Legitimación activa	Toda persona	Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad. En 1998 es más específica la legitimación activa, pero es subjetiva.
Órgano competente	Los órganos de la Función Judicial que la Ley designe	Órgano de la Función Judicial designado por la ley
Características del procedimiento	No indica	Preferente y sumario. Se indica las características del procedimiento del amparo
Finalidad	Requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto. No se incluye la omisión administrativa violatoria de derechos	La adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias del acto u omisión
Objeto y legitimado pasivo y	Acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable. No se indica en 1997 los sujetos pasivos: concesionarios o delegatarios y contra particulares	Acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. - Si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. - Incorpora a los actos de particulares: También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. En 1998 no se indica que el daño puede ser “irreparable”
Derechos	Derechos constitucionales	Derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente. Se incluyen los derechos consagrados en tratados o convenios internacionales
Procedimiento	No habrá inhibición del juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados.	No habrá inhibición del juez

	El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinte y cuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado ordenará la suspensión, debiendo en ambos casos, el juez remitir de inmediato el expediente al superior.”	Todos los días serán hábiles. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.
		No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.”
Cumplimiento	No indica	Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública. Se busca asegurar el cumplimiento con medidas para ello.

Fuente: Ecuador, constituciones de 1997 y 1998. Elaboración propia.

Durante la vigencia de la Constitución de 1997 se dictó la Ley de Control Constitucional¹⁰⁰ emitida en el contexto de la Constitución de 1997 y que continuó vigente hasta 2009. La Constitución de 1998 lo denominó acción de amparo mientras que la Ley de Control Constitucional lo reguló como recurso de amparo. Con relación a esta norma se puede advertir que en la misma se mantenía el objeto más amplio del amparo, indicado en la Constitución de 1997, y que no catalogaba a la garantía como cautelar, sino por el contrario, la Ley de Control Constitucional incluyó la posibilidad de medidas cautelares dictadas por el juez durante un procedimiento de amparo y lo reguló de la siguiente manera:

Art. 53.- La sala competente, al tiempo de avocar conocimiento, podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la protección de los derechos objeto del recurso y, de estimar necesario, convocar a las partes para escuchar sus argumentos.

Sin embargo de lo anotado, de este período constitucional resaltan las resoluciones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia y que tuvieron la clara intención de legislar sobre la ley y de alguna forma limitar la garantía concretamente las resoluciones eran restrictivas en los siguientes aspectos:

¹⁰⁰ La Ley de Control Constitucional de 1997 estuvo vigente hasta 2009, y durante su tiempo de vigencia la Corte Suprema emitió las resoluciones analizadas. La Ley de Control Constitucional fue derogada por Ley 0, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.

Resolución R.O. No. 378, 27 de julio de 2001

Esta resolución tuvo como finalidad aclarar las dudas sobre la interpretación contradictoria de varios artículos de la Ley de Control Constitucional. Entre ellos el artículo 46, este artículo se refiere al alcance del amparo, el concepto de acto ilegítimo, daño inminente y grave y sobre la oportunidad de la acción; el artículo 47 relativo al juez competente de conocer la acción y la prohibición de inhibición del juez ante quien se propone; el artículo 48 que desarrollaba la legitimidad activa para interponer el amparo; el artículo 49 regulaba la suspensión del acto impugnado; y el artículo 52¹⁰¹ sobre la consulta y el recurso de apelación y sus efectos. Además interpreta el artículo 13.1 de la Ley Orgánica de la Función Judicial referido a las faltas graves de los magistrados, jueces y funcionarios judiciales en cumplimiento de sus deberes relativos a la acción de amparo.

Esta resolución interpretativa de la Ley de Control Constitucional fue claramente contraria a la Constitución de 1998 vigente en ese entonces, y restrictiva del alcance de la garantía, particularmente, en lo relativo a los derechos protegidos y la naturaleza del amparo. Así, los artículos 1 y 3 de la resolución analizada indica que la acción de amparo es cautelar, determinación que no se encuentra en la referida Constitución,¹⁰² que caracteriza al amparo con un objeto claro como es cesar, evitar la comisión o *remediar inmediatamente* las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad

¹⁰¹ Ecuador, *Ley de Control Constitucional de 1997*, art. 52.- “La concesión del amparo será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria ante el Tribunal Constitucional, ante el cual procederá también el recurso de apelación de la resolución que lo deniegue, debiendo en uno u otro caso remitirse lo actuado al superior dentro de las veinticuatro horas subsiguientes de ejecutoriada la resolución que admita o deniegue el recurso. El recurso de apelación deberá ser interpuesto una vez notificada al actor y antes de ejecutoriada la providencia que deniegue el amparo, dicha notificación se hará en el domicilio señalado en la demanda de amparo. Nota: Declarar la inconstitucionalidad por razones de fondo y suspender los efectos, totalmente del inciso primero y de la frase “que deniegue el amparo [...]”, del inciso segundo, dada por Resolución Tribunal Constitucional No. 184, publicada en Registro Oficial Suplemento 213, 28 de noviembre del 2000.

¹⁰² Ecuador, *Constitución del Ecuador*, Registro Oficial, 11 de agosto de 1998. “Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de *medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente*, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave”. Este texto retrocede con relación a su alcance dado en la Constitución de 1997: “Art. 46.- El *recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados* en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos.”

pública, que viole derechos. Es claro que el término “remediar” fue interpretado en sentido restringido.

El artículo 1 además indicaba que eran legitimados pasivos los particulares cuando vulneraban únicamente los derechos especificados en los artículos 83 a 92 de la Constitución de 1998.¹⁰³ La Constitución de 1998 si bien limitaba los derechos establecía con claridad que:

Art. 95. [...] También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Por tanto, a pesar de que la normativa constitucional era restrictiva en cuanto a los derechos constitucionales protegidos frente a los particulares, no se limitaba a los derechos de los pueblos indígenas y negros afrodescendientes, del medio ambiente y de los consumidores ya que se habla incluso de un interés comunitario y en estos derechos no se incluía a los derechos colectivos.

También el artículo 3 de la resolución comentada nos trae cierta confusión ya que si bien resalta el carácter cautelar del amparo y su finalidad preventiva también hace relación al cese de la actividad o a que se “mande hacer lo que se ha dejado de hacerse” objetivo que claramente no corresponde a una medida cautelar preventiva, sino que resuelve sobre un tema de fondo.

El artículo 2 regula las causales de improcedencia del amparo, algunas de ellas merecen ser censuradas debido a que restringieron su acceso, otras se justifican e incluso se mantienen hasta la actualidad como es el caso de la improcedencia del amparo contra actos normativos expedidos por autoridad pública,¹⁰⁴ las decisiones judiciales adoptadas en un proceso,¹⁰⁵ cuando se ha presentado otra garantía.¹⁰⁶ Es por otro lado cuestionable la restricción que se realizó respecto de los actos de gobierno en ejercicio directo de una atribución constitucional de efecto general¹⁰⁷ y la confusión de la reparación del derecho lesionado cuando podía reclamarse a través de las garantías como el hábeas corpus y el hábeas data, lo cual tendía hacia la residualización de la acción.

¹⁰³ Estos artículos se refieren a los derechos colectivos: derechos de los pueblos indígenas y negros afrodescendientes, del medio ambiente y de los consumidores.

¹⁰⁴ Art. 2, lit. a). Resolución de la Corte Suprema de 27 de julio de 2001.

¹⁰⁵ Art. 2, lit. c).

¹⁰⁶ Art. 2, lit. e).

¹⁰⁷ Este caso es analizado a profundidad por el doctor Sebastián López en el libro titulado *Del amparo a la acción de protección ¿regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales?* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 15-29.

Por otro lado, la definición de acto ilegítimo y que era el fundamento de esta garantía fue establecida en el artículo 4; sin embargo, los dos numerales que lo definían no daban cuenta del contenido de ese acto ilegítimo y solo se refieren a dos temas uno de ellos formal: a) la competencia de la autoridad para expedirlo y el exceso de las atribuciones de la autoridad, y b) cuando el acto haya sido expedido sin las formalidades sustanciales exigidas por la Constitución y la Ley. Pero nada se indicó en el caso de que el acto administrativo fuera expedido con las solemnidades sustanciales y por la autoridad competente pero que además, vulneraba un derecho constitucional, lo lógico era contestar que no se estaría ante un acto ilegítimo pero si a un acto u omisión que vulnera derechos constitucionales, aquí se evidencian los vacíos regulatorios de esta resolución.

Siguiendo con el análisis de esta norma, se evidencia que en el artículo 8, la Corte Suprema confundió los términos admisión con procedencia de la acción.¹⁰⁸ Por otra parte en el artículo 9 igualmente se emitió una regulación confusa ya que ordenaba al juez que en sus autos iniciales admita la acción y del análisis exhaustivo el juez en su primera providencia suspenda el acto impugnado, como una especie de medida cautelar que podía ser revocada si se negaba el amparo con la sentencia. Esta disposición exigía a un juez que realice un análisis exhaustivo en un primer momento del conocimiento de los fundamentos de la acción, asunto por demás ilusorio.

Resolución R. O. No. 559, 19 de abril de 2002

Esta resolución sustituyó el artículo 1, 2, 4, 7 de la Resolución de 27 de julio de 2000. Esencialmente en esta resolución en el artículo 1 encontramos una modificación ya que se incluyen a los derechos comunitarios respecto de los derechos que pueden ser vulnerados por acciones de particulares y ejemplifica como parte de ellos a los determinados en los artículos 83 a 92 de la Constitución. En el artículo 2 literal e) aclarará que no se puede interponer dos veces una misma garantía de amparo salvo que se haya inadmitido por defeco de forma; en el artículo 4, se indican más elementos para catalogar un acto de ilegítimo como autoridad sin competencia, sin procedimiento jurídico o contrario al ordenamiento, sin fundamento o motivación.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, “Art. 8. El juez o Tribunal, en su providencia inicial deberá admitir o no a trámite la acción de amparo propuesta, examinando para ello su procedencia” [...]

Resolución R. O. No. 693, 29 de octubre de 2002

Esta resolución contenía un solo artículo relativo a la competencia de ejecutar la sentencia de garantía, ordenando al funcionario público el cumplimiento de la decisión final previniéndole de los efectos de su incumplimiento.¹⁰⁹ Y establecía que la atribución legal de disponer el cumplimiento de la sentencia n.º incluía disponer el cumplimiento de obligaciones que debían ser declaradas por el juez competente.

La Corte claramente buscó limitar la capacidad ejecutora de los jueces de garantías y que fue establecida legalmente.

1.2.4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de amparo: sus problemas más representativos

Desde la adopción de la Ley de Control Constitucional hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 encontramos importante jurisprudencia que se refiere especialmente a los siguientes temas fundamentales¹¹⁰ que configuraban la naturaleza de la garantía, especialmente aquella referida a la naturaleza cautelar y no residual del amparo, y los requisitos de la petición, referidos a la demostración de la existencia del acto, la ilegitimidad del acto o de la omisión, y la inminencia de daño grave. La dificultad de determinar el contenido y alcance de la naturaleza de la garantía y especialmente de los requisitos de la petición dio como resultado una acumulación de casos en el Tribunal Constitucional y su utilización abusiva e inadecuada.

¹⁰⁹ Resolución de la Corte Suprema publicada en el Registro Oficial, 693 de 29 de octubre de 2002. Inciso 2 del art. 1. “Esta atribución legal no les faculta a disponer el cumplimiento de obligaciones que deben ser previamente declaradas por el Juez competente, mediante el procedimiento previsto en la ley, respetando el derecho de contradicción y las garantías del debido proceso.”

¹¹⁰ Una buena compilación de sentencias del Tribunal Constitucional referidas al amparo se puede encontrar en el libro de Rafael Oyarte, *La Acción de Amparo Constitucional, jurisprudencia dogmática y doctrina* (Quito: Fundación Andrade & Asociados, 2003). En la presentación del libro se advierte que, si bien el Tribunal estableció una línea jurisprudencial en sus decisiones especialmente respecto de la admisibilidad y la procedencia de la garantía, en algunos temas adoptó decisiones contradictorias y no fue claro.

1.2.5. La naturaleza cautelar y no residual del amparo

El amparo fue regulado por las resoluciones de la Corte Suprema que tuvieron eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como cautelar; sin embargo, no fue un criterio unánime.

Las razones para considerarla cautelar fundamentalmente se referían a los efectos de las medidas que el juez dictaba eran provisionales mas no declaraba ni resolvía el asunto de fondo.

Sin embargo, tampoco la Jurisprudencia era unánime en este criterio, existen sentencias que al conceder el amparo emitían medidas necesarias para reparar integralmente el derecho y si se referían al asunto de fondo.

Con relación a la residualidad es claro que el amparo no era subsidiario debido a que se caracterizó por la inmediatez, la agilidad y la eficiencia, características contrarias a la admisión de someter al caso de forma previa a una vía legal ordinaria.

1.2.6. Los requisitos de la petición: ilegitimidad del acto u omisión y la inminencia de daño grave

En su momento, y a falta de regulación legal,¹¹¹ los elementos para demostrar si el acto u omisión eran ilegítimos no provinieron del derecho constitucional, tampoco se referían a razones políticas, ni a la justicia o no del acto administrativo cuestionado. Los elementos que caracterizaban a esta ilegitimidad y que se determinaron por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las resoluciones de la Corte Suprema, ya analizadas, se referían a la competencia de la autoridad que lo emite, la sujeción en su emisión a los procedimientos y su debida motivación. En concreto, si el acto cumple con una de estas especificaciones estábamos ante un acto ilegítimo. Por tanto el juez, para resolver el amparo, debía analizar y someterse a estos criterios, lo cual a nuestro criterio reducía el objeto del amparo a la verificación de que el comportamiento del sujeto activo sea adecuado a normas legales-administrativas que son las que dan nacimiento a la competencia y el procedimiento. El único derecho constitucional que se identifica con claridad en estos requisitos es el que se refiere al derecho de los ciudadanos a que las

¹¹¹ La Ley de Control Constitucional de 1997 no estableció las características que tornan un acto ilegítimo.

autoridades administrativas motiven sus actos o desde la otra perspectiva, obligación de motivación del acto.

La inminencia del daño grave fue un requisito al que la jurisprudencia, la práctica jurídica y la doctrina le fueron dotando de sentido y contenido. Esto implicó que el daño para que poder constituirse en condición suficiente para la procedencia de la garantía requería cumplir los dos requisitos. Ninguno de los dos términos permite con una primera lectura determinar elementos generales para aplicar su alcance a los diferentes casos. Así, las definiciones que fueron diversas y en ocasiones confusas.

Algunas sentencias del Tribunal Constitucional y que han sido analizadas por autores de la época¹¹² hacen énfasis en la concepción de la gravedad en virtud de “lo grande, cuantioso o casi permanente del daño, efectos perjudiciales en gran medida” y se refieren a la inminencia con la producción real de una lesión. Como se aprecia se recurre nuevamente a términos imprecisos, qué se entendía como grave, cuantioso, perjudicial en gran medida. Lo casi permanente del daño se referirá más al tiempo-inminencia que a la gravedad del daño. Entonces además de la vaguedad de los términos utilizados se mezclaban contenidos o los sentidos de gravedad y de inminencia.

Incluso la interpretación restrictiva se ratificaba cuando su jurisprudencia¹¹³ indicaba, por ejemplo, que la inminencia desaparecía cuando una persona recibía una indemnización económica lo que da clara muestra de que a pesar de que se consideraba el amparo como una opción de reparación económica —por tanto, no solo cautelar—, no se analizaba el fondo del caso es decir la existencia o no de los derechos constitucionales afectados.

Se debe resaltar que el único criterio objetivo para determinar la gravedad del daño se da en aquellos fallos en los que se declara improcedente el amparo debido a que no se determina la violación de derechos constitucionales sino temas de mera legalidad. Así, por ejemplo, la resolución 025-99-TP.¹¹⁴ Aunque no encontramos un criterio objetivo que permita determinar cuándo y de manera general el juez se encontraba ante un tema de mera legalidad y no de constitucionalidad. Este fue el origen de la actual problemática sobre la procedibilidad de la acción de protección y que aún no se ha superado.

¹¹² Oyarte, *La acción de amparo constitucional* 125, Resolución 001-RA-99-IS.

¹¹³ Resolución 0467-2004-RA.

¹¹⁴ Resolución relacionada con la no adjudicación de una licitación.

Aunque todo puede justificarse en la imprecisión y ambigüedad del lenguaje jurídico, así como en la poca claridad normativa de la regulación de la garantía, poco aportó la jurisprudencia constitucional de ese tiempo a la mejor delimitación de los contenidos de estos términos.

Esta referencia histórica es indispensable porque da origen a la dificultad en la determinación objetiva de criterios que permitieron aplicar en su momento de gravedad e inminencia y que hoy se relacionan con el problema de la diferenciación entre la vulneración de derechos constitucionales o la mera legalidad.

La inminencia del daño como requisito del amparo, por su parte, tenía que ver con el tiempo y la real ocurrencia del acto. Inminente será por tanto un acto que está por ocurrir, futuro, pero aún no se confirma. Sin embargo, este término fue forzado para determinar que la inminencia se refería también a actos que estaban ocurriendo u ocurrieron, esto parece encontrar sentido y justificación en la idea de que se buscaba definir al amparo como cautelar. El incluir los hechos ocurridos o que estaban ocurriendo como inminentes ocultaba torpemente y no técnicamente su carácter reparador y no cautelar.¹¹⁵ La justificación que se daba a esta inclusión fue la persistencia del daño;¹¹⁶ sin embargo, es claro que en este caso el daño para ser objeto de amparo se configuró en el pasado, pero persistía por tanto se eliminaba su característica de inminente en las dos circunstancias.

Finamente, el Tribunal relacionó la inminencia con el tiempo transcurrido desde que se produjo un daño y la activación de la acción, por tanto, si el daño se produjo 10 o 3 años atrás ya no era inminente sino real y por tanto debió ser conocido en un proceso de conocimiento. Como vemos nuevamente la inminencia del daño se relaciona con la justificación de la naturaleza cautelar atribuida, a nuestro criterio inconstitucionalmente, al amparo y que dio paso a una serie de confusiones y limitaciones con relación a esta garantía. Adicionalmente, no existía norma constitucional o legal que describiera en ese momento la prescripción del amparo y por tanto establecerlo jurisprudencialmente era restrictivo de derechos.

¹¹⁵ “Respecto a la inminencia, este término, de modo general, hace referencia a un *hecho futuro que amenaza suceder prontamente*. Pero, jurídicamente, la inminencia de daño grave no solo atinge a hechos futuros, sino también a hechos ocurridos o que están ocurriendo”. Ver Oyarte, *La acción de amparo constitucional*, 126; énfasis añadido.

¹¹⁶ *Ibíd.*, “puede ocurrir que la violación del derecho haya ocurrido y haya provocado perjuicio o daño, pero ese daño debe persistir al momento de presentarse la acción constitucional.”

También fue el criterio de Rafael Oyarte quien al analizar la resolución No. 333-RA-01-IS, textualmente manifestó:

Así un hecho ocurrido hace tres años y que en su momento ocasionó daño grave no reúne la característica de inminencia gravosa exigida para el amparo, pues el daño no podrá, o no deberá, ser remediado por una medida cautelar sino por un proceso de conocimiento.

En definitiva, la jurisprudencia constitucional era tan contradictoria que primero establecía que no existía inminencia si pasaban 10 años¹¹⁷ mientras que otra indicaba que la acción de amparo era imprescriptible.¹¹⁸ Sin embargo, tanto la determinación el tiempo para establecer la inminencia como los efectos del paso del tiempo daba como consecuencia la improcedencia de la acción y por tanto una especie de prescripción de la acción de amparo indicada vía jurisprudencial, aunque el mismo Tribunal establecía que no existía prescripción del amparo e indicaba que el amparo procedía contra actos violatorios de derechos constitucionales ya cometidos o que se estaban cometiendo, es claro que el amparo no era únicamente cautelar sino además también de conocimiento.

Este recuento permite concluir que estos elementos o características del daño — gravedad e inminencia— para determinar la procedibilidad del amparo se presta a la subjetividad del juzgador y no es el camino adecuado como criterio de procedibilidad.

1.2.7. Cuarto período: Transfiguración del amparo en la acción de protección: Regulación legal y reglamentaria restrictiva y lucha por la independencia judicial

En este período son fundamentales los contenidos de la Constitución, de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición,¹¹⁹ el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2008,¹²⁰ y la LOGJCC expedida en 2009,¹²¹ vigente hasta la actualidad. Persisten, sin embargo, en este período una serie de problemas

¹¹⁷ Ecuador, *Resolución 333-RA-01-IS*.

¹¹⁸ Ecuador, *Resolución 256-98-RA*.

¹¹⁹ Publicado en el Registro Oficial, Suplemento, 13 de noviembre de 2008.

¹²⁰ Publicado en el Registro Oficial 127, Suplemento, 10 de febrero de 2010. Este reglamento fue derogado por Resolución de la Corte Constitucional No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre del 2015.

¹²¹ La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional fue publicada en el Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009. Su última modificación se realizó el 10 de enero de 2018.

significativos relacionados con la naturaleza jurídica, la procedibilidad y la eficacia de la acción de protección.

Este período es de importancia debido a su influencia en la regulación y la actuación judicial en la actualidad. Su inicio se puede ubicar en las ideas y decisiones que sobre esta garantía adoptaron quienes conformaron la asamblea constituyente de Montecristi: sus asambleístas, asesores, teóricos del derecho constitucional, y transita durante el tiempo que duró la transición hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, últimas normas que solo podían desarrollar los contenidos constitucionales y jamás limitarlos. Es por ello necesario determinar cómo las normas expedidas para la regulación de la acción de protección permiten su eficacia real o práctica que debió consistir en regular la garantía respetando su nueva naturaleza jurídica: directa y efectiva, por tanto no residual y si de cumplimiento inmediato, tutelar y reparatoria; pero a su vez que respete sus características que van más allá de lo formal y que amplían la protección de derechos y el acceso como es la legitimación activa ampliada, la informalidad y la agilidad. En su momento lo adecuado era desarrollar la normativa legal sin limitar ni aspectos sustanciales ni adjetivos de la garantía ya que influirán tanto en su fase inicial relativa al inicio del proceso lo cual afecta el derecho de acceso a la justicia como la fase final de la garantía como es la eficacia de su resultado lo cual influye también en el acceso a la justicia que no termina con la interposición de la acción sino con la ejecución de la sentencia.

Es en estos asuntos en los que centraremos nuestro análisis, y tratamos de evidenciar si los procedimientos de las garantías establecen plazos claros de actuación de los jueces, mecanismos eficientes que habiliten y apoyen a los jueces de garantías en el cumplimiento de las sentencias, y que regulen con claridad los procedimientos también eficaces en caso de incumplimiento de la sentencia conforme lo indica la Constitución.¹²² Por tanto la adecuada regulación permitirá también la eficacia de la garantía.

Esto nos permitirá verificar si las leyes vigentes contestan preguntas como las siguientes: ¿Se han garantizado legalmente tanto el acceso como la ejecución de la sentencia de la acción de protección? ¿Se garantiza el derecho a un procedimiento informar, sencillo y ágil? ¿Se garantiza la legitimación activa ampliada determinada

¹²² Ecuador, *Constitución del Ecuador*, art. 86.4. “Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”.

constitucionalmente? ¿Se ha regulado adecuadamente la responsabilidad estatal y de los particulares-legitimación pasiva? ¿Se han establecido consecuencias de la falta de respeto a los precedentes constitucionales en materia de garantías?

En definitiva, con este primer acercamiento tendremos únicamente un acercamiento normativo y si bien no nos permitirá evaluar el progreso de la institución en la práctica, también busca evidenciar una de las posibles causas de su actual estado de desarrollo. Por ello, en los siguientes capítulos se aborda causas relativas a su aplicación e interpretación tanto por la Corte Constitucional como por los jueces de garantías.

2. La acción de protección en el Ecuador

2.1 El ideario constituyente de Montecristi de 2007

La Asamblea Constituyente de Montecristi se instaló el 29 de noviembre de 2012¹²⁴ e instituyó sus 10 mesas en diciembre del mismo año.¹²⁵ Dos de estas mesas son relevantes para nuestro estudio: la Mesa 1 “De Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”, y la Mesa 8 denominada “De Justicia y Lucha contra la Corrupción”.

El amparo constitucional, garantía constitucional por antonomasia debía ser debatida, por lógica nominal en la Mesa n.º 1, titulada “De los Derechos y Garantías Constitucionales”; sin embargo, del análisis de las actas constituyentes encontramos que el tema relativo a las garantías constitucionales fue tratado particularmente en la Mesa 8 de Justicia.

Encontrar los debates pertinentes del tema se tornó dificultoso por el poco orden observado en el debate, pero es indispensable pues busca demostrar las ideas centrales del constituyente y evidenciar una ubicación teórica de la propuesta.

Así, en el debate del informe de mayoría sobre los “principios de los derechos fundamentales” de la Mesa n.º 1 se realizó una primera referencia al amparo pero su

¹²³ Acta 1 de 29 de noviembre de 2007 en la que se elige autoridades de la Asamblea Constituyente y se debate el primer Mandato Constituyente.

¹²⁴ Las 10 mesas constituyentes se integraron el 13 de diciembre de 2007 (Acta No. 10 de la Asamblea Constituyente de Montecristi).

¹²⁵ Las 10 mesas constituyentes fueron las siguientes: Mesa 1. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Mesa 2. Organización, Participación Social y Ciudadana, Mesa 3. Estructura e Instituciones del Estado, Mesa 4. Ordenamiento Territorial y Asignación de Competencias, Mesa 5. Recursos Naturales y Biodiversidad, Mesa 6. Trabajo, Producción e Inclusión Social, Mesa 7. Régimen de Desarrollo, Mesa 8. Justicia y Lucha contra la Corrupción, Mesa 9. Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración, Mesa 10. Legislación y Fiscalización.

contenido se desarrolla, en extenso, en el informe de mayoría titulado Justicia Ordinaria, Servicios Notarial y Registral y Garantías Constitucionales de la Mesa n.º 8.

Esta primera referencia a la acción amparo se realiza en la Mesa n.º 1 en el debate sobre el contenido al principio *pro homine*, y el principio de responsabilidad estatal, nociones que originariamente fueron incluidas bajo la denominación de principio “pro-amparo”.¹²⁶ Su contenido buscaba reconocer el principio de responsabilidad estatal y de interponer acciones contra el Estado ecuatoriano por violación de derechos constitucionales o por la mala administración de justicia.¹²⁷

Otro asunto debatido en la misma sesión hace referencia a la reparación integral como finalidad de las garantías, el Asambleísta Andino indicará que las garantías no tienen el carácter reparatorio y por tanto se deberá incluir disposiciones que autoricen a las acciones civiles por daños y perjuicios ocasionados por violaciones de derechos constitucionales, se sustanciarán independientemente de las acciones penales y serán imprescriptibles.¹²⁸

Posteriormente,¹²⁹ y luego de la presentación de un informe de mayoría de la mesa 1 con una propuesta de articulado en temas referidos a justicia ordinaria y garantías constitucionales, se delega a la Mesa n.º 8 de “Justicia y Lucha contra la Corrupción” el tema relativo a las garantías. El documento de traspaso de competencia indica la razón del cambio en la necesidad de “combatir las *restricciones formalistas que han hecho ineficaces* las acciones en el Ecuador, específicamente el amparo”.¹³⁰

La Mesa n.º 8, en sus inicios ya establece con mayor claridad teórica la necesidad de ampliar el objeto de protección de la garantía y textualmente manifiesta:

¹²⁶ Como se indicó la Asamblea se instaura el 30 de noviembre de 2007 por tanto, la primera referencia al amparo aparece de forma tardía en el debate constituyente. Con pocas precisiones técnicas el Asambleísta Estévez manifestó: “Existe en el Derecho Penal el principio *indubio pro reo*, en el Derecho Laboral el principio a favor del trabajador, porque el derecho laboral es tutelar. En este caso, sería un principio pro amparo, no me estoy refiriendo al amparo constitucional, sino a un amparo de la constitución toda a favor de los ecuatorianos en este caso” la confusión se vuelve mayor cuando indica”... y en la realidad está considerando aquí como un principio pro humanidad, que más que pro humanidad, es una Constitución que rige para los ecuatorianos, no para la humanidad toda; de ahí que rescatáramos el hecho, de que mejor se exprese un principio pro amparo si se le quiere poner títulos a los literales de la responsabilidad estatal... y les permite accionar demandas contra el Estado ecuatoriano, por violación a derechos constitucionales o por una mala aplicación de justicia” (énfasis añadido). Finalmente el asambleísta constituyente se refirió al amparo constitucional y su relación directa con el principio de responsabilidad del Estado. Acta 28 del 19 de marzo de 2008.

¹²⁵ Ver, actas de la Asamblea Constituyente de 2007-2008. Archivo General de la Asamblea Nacional.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁹ Memo No. 206-06-0 Mesa 8-AC.

¹³⁰ *Ibíd.*, énfasis añadido.

En virtud de ello, la Acción de Amparo detallada en el artículo 3 *amplía el objeto de protección* a situaciones en las que *la vulneración resulte de la aplicación de una norma jurídica general*; cuando se derive de *la falta o deficiente prestación de bienes y servicios públicos*; o cuando *la violación procesada de un particular y el agraviado se encuentre en estado de indefensión, discriminación o subordinación*".¹³¹

El primer borrador de artículo que regula la acción de protección indicó:

Art. 7.- La acción de amparo tiene por objeto la protección directa y eficaz de los derechos reconocidos en esta Constitución, salvo los protegidos por otra acción constitucional. La acción de amparo se podrá interponer en los siguientes supuestos:

- a) Cuando exista violación de derechos constitucionales, por *actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial*, incluso cuando sea la *consecuencia de la aplicación de una ley*, reglamento o cualquier otra norma de carácter general.
- b) *Contra políticas públicas cuando exista falta o deficiente prestación de bienes y servicios públicos*, cuya consecuencia sea la *privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales*.
- c) Cuando la *violación proceda de un particular*, el amparo se podrá interponer *si la violación del derecho provoca daño grave*, si el particular presta *servicios públicos impropios*, actúa por delegación, o si el afectado se encuentra en estado de subordinación indefensión o discriminación.¹³²

El informe de mayoría para segundo debate, remitido el 27 de junio de 2008 indica que, luego de que la Mesa n.º 8 asume la competencia delegada por la Mesa n.º 1, se ha procedido a redactar los artículos relativos a las garantías constitucionales.

Entre los principales argumentos se indican que a pesar de que la Constitución de 1998 reconoce algunas garantías éstas “no han cumplido totalmente con su cometido”.¹³³ Con este argumento se hace necesario que las *garantías se amplíen y se acerquen a la ciudadanía*.

Las garantías jurisdiccionales, tendrán unos principios y reglas mínimas que ayudarán a “combatir las restricciones formalistas que han hecho ineficaces las acciones en el Ecuador, específicamente el amparo”.¹³⁴ En este contexto se incluyó, en el contenido constitucional, un procedimiento aplicable a todas las garantías con el fin de que se tornen “sencillas, ágiles, sumarias y eficaces para la protección de derechos”.

Entre las normas comunes se indican: “legitimación activa popular, la competencia de los jueces, las reglas del procedimiento, la audiencia, las pruebas la sentencia la apelación, el seguimiento de las sanciones por incumplimiento y la remisión de las sentencias a la Corte Constitucional”.

¹³¹ Acta; énfasis añadido.

¹³² Mesa 8. AC., 15; énfasis añadido.

¹³³ Informe de Mayoría para primer debate, Mesa Constituyente n.º 8, 5.

¹³⁴ *Ibíd.*, 6.

El informe de mayoría para el segundo debate, presentado el 11 de julio de 2008, establece que los aportes del debate constituyente son importantes y por tanto se han incorporado en la regulación de la garantía dos asuntos indispensables, por un lado la oralidad en todas las fases e instancias de los procedimientos para interponer las garantías jurisdiccionales y por otro lado el cambio de nombre del amparo. Manifiestan que es indispensable el cambio de nombre del amparo a acción de protección debido a que el uso abusivo y excesivo que se le ha dado históricamente al amparo consiguió que se desnaturalice y dio como resultado su “desgaste y desprestigio.”¹³⁵

El informe para segundo debate incluirá las características fundamentales del amparo como acción directa y eficaz para la protección de derechos constitucionales, salvo los protegidos por otra acción constitucional.

Esta investigación no pudo encontrar un acta en la cual se aprecie, con meridiana claridad, el compendio respetuoso de las propuestas debatidas y el articulado final aprobado en la Constituyente; sin embargo, en algunas actas constituyentes se evidencia la referencia a los temas indicados en el informe para segundo debate.

Así, en el acta 84 de 13 de julio de 2008, la Mesa 8, punto VI. “Conocimiento del informe de mayoría presentado por la Mesa Constituyente No. 8. De Justicia y Lucha contra la Corrupción para el segundo debate de los textos constitucionales referentes a Justicia Ordinaria, Servicios Notariales y Registral y Garantías Constitucionales, informe general” respecto a las garantías constitucionales se indica que, en virtud de los aportes y comentarios de los asambleístas, se ha fortalecido la importancia de la oralidad en todas las fases e instancias de los procedimientos de las garantías jurisdiccionales, se ha cambiado el término amparo por acción de protección especialmente para refrescar el nombre de la garantía que fue desnaturalizada por “el uso abusivo y excesivo que se ha dado,¹³⁶ al punto que se ha llevado a su desgaste y desprestigio”. Se plantearon como objetivo del cambio de nominación la eliminación, en el imaginario público, de la connotación de “beneficencia” en la garantía y cambiarla por otra de garantía y protección eficaz.¹³⁷

Finalmente, y para cambiar el órgano competente de conocer el habeas corpus, con mejor criterio, el constituyente de Montecristi realiza una referencia a la Opinión

¹³⁵ Mesa 8. AC., 5.

¹³⁶ Agustín Grijalva, *La Corte Constitucional un cambio ineludible* (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007).

¹³⁷ Actas 84, 124, 126.

Consultiva OC-8/87 según la cual las garantías no solo son indispensables para la protección de los derechos, sino que deben ser judiciales, y las decisiones de los jueces independientes e imparciales. Criterio también aplicable a la acción de protección.¹³⁸

Este informe que contiene el texto de las garantías jurisdiccionales, el procedimiento común que no cambia, en lo fundamental, con relación al texto que fue finalmente aprobado.¹³⁹ Sin embargo, con relación a la definición de la garantía encontramos tres cambios: En el texto originalmente propuesto se incluye 1) La restricción de activar la garantía cuando inexistiera otra acción constitucional específica que proteja esos derechos; 2) la posibilidad de interponer la acción cuando la vulneración de derechos proviene de la aplicación de una ley, reglamento o cualquier norma de carácter general; 3) Contra de políticas públicas no necesariamente vinculadas a la deficiente prestación de bienes o servicios públicos sino a la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

Ya en el segundo debate realizado en la Mesa 8, varios asambleístas reiteraron la importancia de fortalecer las garantías jurisdiccionales, ampliar el catálogo de garantías para amparar más derechos, y dotarlas constitucionalmente de características procesales como la celeridad, simplicidad, la informalidad, la ejecución inmediata de sentencias y la reparación integral.¹⁴⁰

¹³⁸ *Ibíd.*, 127. Para llegar a la conclusión indicada se realizó un comparativo entre el texto del informe, el texto final de la Constitución y la LOGJCC. Así, se determinó que ciertos temas como la excusa, recusación y de la imposibilidad de inhibirse, que no constan en el texto aprobado pero si en el informe general de segundo debate se incorporarán posteriormente en las normas generales de las Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales en el Título II Capítulo I Normas comunes. Art. 7. Se elimina también la referencia a la posible sanción administrativa al juez en caso de que sin justificación legal no tramite el proceso dentro de los plazos constitucionales o legales. Este tema es incluido pero únicamente con relación a la prueba, así en el Art. 16 inciso 2 de la LOGJCC, si el juez amplía injustificadamente o retarda en exceso de la resolución de la causa, cometerá falta grave y se aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. No se indica el tiempo que mida objetivamente qué entender como retardo “excesivo”. Tampoco se ha incluido en el texto final la indicación de que la apelación se conceda únicamente en el efecto devolutivo, no suspensivo. Asunto que fue subsanado en el art. 24 la LOGJCC. Según la cual la interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia. En caso de ser injustificada la ampliación o de retardar en exceso la resolución de la causa, se considerará como falta grave y se aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial.

¹³⁹ *Ibíd.*, 134.

¹⁴⁰ Acta 084. P. 141-142. Asambleísta Rosa Elena de la Torre. “La materia prima de una Constitución, son las garantías [...]. Se propone dar un paso gigantesco en la historia de los procedimientos en el Ecuador, de los cuales se destacan en el articulado algunos valores, *la oralidad en todas sus fases de instancia de las acciones*, golpe mortal a la corrupción y a la dilación innecesaria de los proceso, *simplicidad del trámite y la eliminación de formalidades propias del sistema escriturario*; celeridad en los trámites que permita a los ciudadanos y ciudadanas volver a confiar en la justicia, *ejecución inmediata de las sentencias* y el establecimiento de sanciones para quienes busquen incumplirlas [...] Estas son las columnas sobre las que ahora se construirá una nueva forma de exigir el respeto de las garantías constitucionales. El proceso ya no es un medio para burlar la justicia, sino para hacerla efectiva [...]”, 142. [...] Otro punto importante corresponde al fortalecimiento de las garantías judiciales, donde se ha previsto

Por otra parte, las referencias al cambio de la visión del derecho están presentes en las intervenciones de los asambleístas de mayoría. En estas intervenciones se indica que se debe construir un nuevo derecho en el que los llamados “débiles” puedan enfrentar, efectivamente, al poder.¹⁴¹ Una de las herramientas será enterrar la cultura legalista y retomar la cultura constitucional como única fuente de legitimidad del Derecho.¹⁴²

La oposición por su parte advirtió que con el simple cambio de nombre de amparo a acción de protección no se cambian los contenidos ya que el amparo mantiene su naturaleza,¹⁴³ se criticó que en el proceso común de las garantías no se establecen plazos claros para la audiencia y para la prueba lo cual contrasta con la agilidad y eficacia perseguida.¹⁴⁴

No encontramos referencia alguna a la diferencia entre garantía cautelar y garantía de conocimiento en los términos utilizados posteriormente por algunos constitucionalistas ecuatorianos y que habría servido de sustento principal para realizar la reestructuración de la garantía.

la incorporación de principios y reglas que deberán aplicarse con miras a convertir las restricciones formalistas que han hecho ineficaces al amparo, el hábeas corpus y el hábeas data. La acción de protección permitirá a los ciudadanos acudir ante los órganos de justicia a exigir que las garantías constitucionales violentadas por el poder público o por particulares, sean restablecidas y respetadas [...]” (143; énfasis añadido). Por otro lado, Mauro Andino dirá que “quisiera abordar un tema que lanza luces de esperanza sobre una sociedad que ha luchado por sus derechos y ha sido constantemente defraudada, me refiero a las garantías constitucionales, *garantías que son el núcleo que hace verdaderamente exigible y aplicables los derechos* que esta Constituyente ha ampliado y dado un verdadero contenido”.

¹⁴¹ Acta 84., 176. Intervención del Asambleísta César Rodríguez: “la oralidad es una aporte fundamental, porque ordena socialmente las demandas los conflictos sociales de una manera ágil, directa, entre los ciudadanos y los jueces; *representará, efectivamente, una concepción del Estado*, en el cual los débiles, los más necesitados y todos los ciudadanos, puedan enfrentar, efectivamente, a los más poderosos en igualdad de condiciones reales, *será en consecuencia, el vínculo de una concepción social de verdadera justicia* [...] a pesar de los estigmas que puedan tener respecto a este articulado los grandes maestros del Derecho, pero del viejo derecho, y *estamos construyendo el nuevo Derecho*”; énfasis añadido.

¹⁴² *Ibíd.*, Acta 084, 166. Asambleísta Mauro Andino: “Me atrevo a decir que esta es la característica que distinguirá a la nueva Constitución, la llamarán la Carta garantista, porque por primera vez se estructura un andamiaje constitucional que deja claro que, todos los derechos constitucionales son directamente aplicables y exigibles, pues *se amplía el conjunto de garantías jurisdiccionales* con la inclusión de nuevas acciones y recursos...los principios y reglas básicas que eliminan formalidades innecesarias y que cierran las puertas a las típicas prácticas dilatorias; para el ejercicio de esas acciones no será necesario el patrocinio de abogado. (166). “Con estos cambios revolucionarios y garantistas, hacemos efectivo el Estado constitucional de derecho y *enterramos esa mentalidad y cultura legalista que había olvidado que la Constitución es el fuete de todo derecho y de toda legitimidad*”, 168; énfasis añadido.

¹⁴³ Ver Acta 84, 147-61. Intervenciones de los asambleístas Estévez, 147, Mendoza, 151, Rivera, Roldós, 161.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, Logroño, 172 “Si es que queremos agilidad procesal no podemos estipular en la Constitución cosas de manera general ni dejar abierta a la subjetividad del juez, porque dice en cierta normativa, “presentada la acción el juez convocará inmediatamente a una audiencia oral”, pero qué es inmediatamente. Existe la necesidad de que establezca dentro de las veinticuatro horas, por ejemplo.”

El informe de minoría, por otro lado, buscaba mantener los planteamientos de la Constitución de 1998 y proponía dejar al desarrollo legislativo posterior los detalles procesales de su regulación que hacen a la Constitución excesivamente reglamentaria.

2.1.1. Origen teórico de la tesis constituyente

Luego de la entrada en vigor de la Constitución de 2008, se dio una importante producción teórica jurídica-constitucional en el Ecuador. Muchos estudiosos del derecho constitucional desarrollaron sendos artículos defendiendo, la mayoría de las veces, o cuestionando otros, la importancia de los cambios constitucionales en materia de garantías.

En la búsqueda de una visión teórica que subyace en la Constitución de 2008 es indispensable analizar la teoría de las garantías en Ecuador lo cual nos llevará obligadamente a analizar representativos autores como Agustín Grijalva, Ramiro Ávila, Farith Simon, Claudia Storini, Carolina Silva, Pablo Andrade, entre otros. Se trata de utilizar el modelo de justificación doctrinaria, académica y social para encontrar figuras ideológicas del garantismo y realizar una introducción contextual de su influencia en la Constitución ecuatoriana y particularmente en la regulación constitucional pero además del funcionamiento real de esta garantía en el Ecuador.

Algunos de los docentes que decididamente apoyan los cambios, fundamentan su postura en la necesidad de que la norma constitucional sea el eje que produzca el cambio jurídico en el país.

Debe quedar claro que si bien existe diversidad de temas que se indican como avances en el tratamiento de las garantías constitucionales en la Constitución de 2008, para esta investigación, será la categoría de las garantías jurisdiccionales, particularmente la acción de protección, la que centre nuestro análisis.

Como indicamos, otros autores ecuatorianos más escépticos y desde una mirada de la ciencia política, no encuentran en el cambio de la norma constitucional el origen, ni un elemento determinante que podrá conseguir la constitucionalización del sistema, por el contrario llegarán a tachar a la visión neoconstitucionalista de “ingenua”.¹⁴⁵ El

¹⁴⁵ Juan Pablo Aguilar Andrade, “Neoconstitucionalismo en el Ecuador, una mirada al purista ingenuo”. *Revista Iuris Dictio* 13 (15). Enero- junio de 2013. “Ingenua, pero no inocente”.

pensamiento neoconstitucionalista terminará, dicen, por su falta de rigor académico, por ideologizar, distorsionar la realidad y consolidar un proyecto político.¹⁴⁶

De estas premoniciones negativas solo nos interesa el acierto de los criterios demostrados en la práctica jurisdiccional y por tanto el impacto que puedan producir en la efectividad de las garantías.

¿Es realmente el neoconstitucionalismo un mito inútil? han tenido real ocurrencia sus postulados o por el contrario se ha demostrado que no ha sido capaz de cambiar la realidad en la medida que el nuevo paradigma implica su consagración en actuaciones judiciales radicalmente diferentes al modelo denostado.¹⁴⁷

Desde estos enunciados se puede empezar a esbozar otros factores a ser analizados y que pueden ser determinantes e influyentes: la formación de los abogados y su cultura jurídica, el nivel argumentativo, la falta de conocimiento y especialización de los jueces en materias constitucionales.

A pesar de su acritud son motivadoras, incitadoras las ideas de Juan Pablo Aguilar. La norma sin dinámica social que la tamice y pase su prueba es ingenua, teórica y terminaría por eliminar las garantías y las transformará en simples declaraciones de buena voluntad. Sin embargo, esta conclusión puede aplicarse a todo el texto constitucional. A su vez esta reflexión parece indicar un delicado camino: la aceptación de que el derecho, las normas constitucionales no están vivas y jamás lo estarán porque no son aplicadas en su real dimensión, por tanto, habrá que activar la apropiación ciudadana de las instituciones constitucionales.

Finalmente, solo una misión objetiva de la influencia de estos factores demostrará la primera hipótesis que puede resultar obvia: el cambio normativo no garantiza el cambio a una mejor realidad jurídica-constitucional. En ese mismo orden de ideas si la norma fue creada por este neoconstitucionalismo ingenuo y el mismo no ha causado efecto, *se debería medir si ha causado por el contrario un efecto negativo*.

Será indispensable por tanto pensar desde una óptica integral que incluya un análisis de las visiones y distorsiones de la norma que regula las garantías por parte de los jueces en el momento más importante, la aplicación, y consecuentemente los factores políticos y culturales que determinan su actuación.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, “La sociedad se construye con el Derecho no desde el Derecho [...] los textos no sustituyen a los procesos sociales”.

La falta de rigor académico de la que se acusa a la doctrina neoconstitucionalista ecuatoriana se evidencia, según esta postura, en la metodología utilizada en la comparación de dos constituciones diferentes; por un lado, lo que promete o incluso corrige el texto constitucional de 2008, frente a la efectiva aplicación del texto constitucional de 1998. Comparación que, nuevamente, no da fe, no considera la responsabilidad de las actuaciones del Tribunal Constitucional, ni de la Corte Suprema de Justicia en la aplicación de esta garantía.¹⁴⁸

Se propone una comparación que analice si la restricción del amparo frente a ciertos derechos nace de la norma jurídica constitucional de 1998 o de los actos de los jueces. Se propone un serio análisis de las visiones de medida cautelar, frente a acción de conocimiento y por último se hace necesario que se establezca si considerar que el amparo opere residualmente, solo cuando no exista otra vía, que son aportes de la Constitución de 2008, hayan sido realmente verificados antes de la promulgación de la misma.

Por otro lado, Pablo Andrade, en este mismo orden de ideas, evidenciará la influencia del ejecutivo en el contenido y textos constitucionales. La etapa constituyente que denomina fase de instalación será inocua pero participativa mientras que la denominada fase “decisional”, la más importante ya que se tomarán decisiones sobre el texto constitucional, será dispositiva, no dialógica y cooptada por el ejecutivo.

Como conclusión de estas tensiones políticas, la participación de las mesas constituyentes resultó mínima como se ha demostrado en los debates transcritos, así el material importante será dado por los informes de mayoría para primer y segundo debate realizados por grupos asesores más no de los asambleístas constituyentes.

Ni la satanización del pasado ni su enaltecimiento son el objetivo de esta investigación. Sin embargo, es indispensable comprender una realidad histórica y las diferentes visiones para proyectar con mayor claridad los inicios de un estado que no ejecutó su principal objetivo ser “garantista”. Nuestra idea es encontrar la postura teórica que está subyacente en estas propuestas.

Tomando estas últimas reflexiones, que compartimos en parte, el análisis del nuevo paradigma no se detendrá en la norma sino en la verificación de actuaciones novedosas de los actores judiciales principales: los jueces. En definitiva, se busca evaluar, sin desmerecer la noble intención de los teóricos del neoconstitucionalismo ecuatoriano, cómo ir más allá de la retórica.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

Para ello también debemos, a través de un ejercicio escolástico, ubicar el pensamiento de asambleístas, juristas y denostadores del pensamiento que dio origen al cambio en la concepción de las garantías constitucionales en Ecuador.

La evolución de la teoría constitucional ha tenido eco en Latinoamérica y particularmente en los constitucionalistas ecuatorianos que guiaron el pensamiento constituyente en 2008. Determinar con mayor claridad la adscripción teórica nos permitirá entender la propuesta constitucional garantista y evaluar su alcance.

2.1.2. Regulación reglamentaria y legal restrictiva de la acción de protección posterior a la Constitución de 2008

En esta parte se busca exponer las regulaciones reglamentarias y legales restrictivas que sucedieron a la entrada en vigencia de la Constitución de 2008.

Las regulaciones respecto de la acción de protección que se emitieron luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 son, como habíamos señalado, concretamente las siguientes: 1) Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición, que fueron las primeras que regularon las competencias de la Corte Constitucional; 2) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; 3) Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2008, que aunque no la regula se lo incluye para evidenciar el error conceptual de las reglas de procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte.

Es interesante visualizar las fechas en las que entraron en vigencia y cuánto tiempo estuvieron vigentes estas disposiciones jurídicas ya esta legislación influyó directamente, también, en la forma de sustanciación de la acción de protección y en el imaginario de los jueces que cambiaban de un proceso constitucional, el amparo, a otro con características y alcance diferente, la acción de protección.

Los tiempos de su entrada en vigencia son los siguientes:

Tabla 2
Evolución de la regulación de la acción de protección

Tipo de norma	Fecha de entrada en vigencia	Entrada en vigencia con relación a la Constitución	Tiempo de duración	Regula la Acción de protección
Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición	20 de octubre de 2008	23 días	12 meses	SI
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.	22 de octubre de 2009	Un año, dos días	Vigente	SI
Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2008	10 de febrero de 2010	Dos años, 4 meses	Vigente	NO

Fuente y elaboración propias

2.1.3. Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición

Estas reglas fueron emitidas el 13 de noviembre de 2008, 24 días después de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 y antes de la emisión de una Ley Orgánica¹⁴⁹ que correspondía por la materia y por mandato constitucional regular los derechos y las garantías constitucionales, así como las competencias de los órganos del Estado.¹⁵⁰ Así, vía reglamentaria la Corte Constitucional reguló temas que tenían reserva de Ley y aún más reserva de Ley Orgánica. No se quiere negar la facultad reglamentaria a la Corte pero como se indicó esta facultad debió, por mandato constitucional, ser autorizada y regulada por ley como lo fue en su momento el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2010. Lo cual a todas luces concretó la inconstitucionalidad formal de la norma referida. Podemos afirmar conforme el análisis que realizaremos del contenido de estas reglas que diversas disposiciones referidas, especialmente a la acción de protección, eran inconstitucionales por su contenido. Además, no se encuentra el justificativo de porqué esta norma reguló la acción de protección cuando de su mismo título se colige que su finalidad era normar los

¹⁴⁹ Ecuador, *Constitución del Ecuador de 2008*. “Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 1. Las que regulen el ejercicio del os derechos y garantías constitucionales”.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, Art. 132. “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. [...] Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”.

procesos de competencia de la Corte Constitucional y como es claro, la acción de protección no es competencia de la Corte Constitucional. Así también lo indica el texto de este reglamento que al regular el objeto y ámbito de aplicación de las reglas indica que buscan “hacer operativos el control y la justicia constitucional en el Ecuador durante el período de transición, hasta que se expida la correspondiente Ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad”.¹⁵¹

La gravedad de la expedición de esta norma no se ubica únicamente en la inconstitucionalidad formal y material referida, sino en la influencia que tuvo en el texto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que para ese momento aún no estaba en vigencia, entre sus principales yerros encontramos:

- a) *La incorporación de la subsidiariedad de manera sutil y subrepticia.* Esta afirmación se basa en el contenido de los artículos 43 y se complementa con el contenido de los literales a) y d) del artículo 50 a).¹⁵² El primero que desarrollaba los principios ¹⁵³de aplicación de las garantías jurisdiccionales: informalidad, celeridad, no subsidiariedad, trámite preferencial, diversidad cultural. Estos denominados principios, en realidad mezclaban los elementos

¹⁵¹ Art. 1 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición.

¹⁵² “Art. 43. [...] 3. No subsidiariedad.- No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

¹⁵³ *Ibíd.*, Los principios enunciados en este artículo eran los siguientes “1. Informalidad.- El ejercicio de las garantías jurisdiccionales de los derechos no requerirá de formalidad alguna. En tal virtud, pueden presentarse por escrito o verbalmente, sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional a la exposición clara de los hechos ocurridos. Las juezas y jueces constitucionales adecuarán las solicitudes a los requerimientos formales de una demanda por escrito y establecerán durante el proceso las normas aplicables o presuntamente violadas.

Cuando las solicitudes se presenten en otro idioma, se las traducirá al castellano. para lo cual se designarán los traductores que sean necesarios. debiendo constar en el proceso las solicitudes en ambos idiomas.

2. Celeridad.- El trámite de las garantías jurisdiccionales se desarrollará con la mayor sencillez, prontitud y oportunidad. descartando cualquier complejidad procesal que podría aceptarse en el trámite de los procesos ordinarios: por lo tanto, no se admitirán incidentes, requisitos, formalidades ni dilaciones innecesarias que retrasen su resolución.

3. No subsidiariedad.- No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. Trámite preferencial.- La tramitación de las garantías jurisdiccionales de los derechos será sustanciada por las juezas y jueces competentes con preferencia a cualquier otro trámite. para lo cual se pospondrá todo asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus. que es prioritario.

5. Diversidad cultural.- Cuando el legitimado activo o pasivo sea una comunidad, pueblo o nacionalidad, las juezas y jueces considerarán los códigos y valores que han desarrollado dichos pueblos y culturas”.

de la naturaleza jurídica de la garantía y sus características procesales; y el segundo artículo referido a las causales de rechazo de la acción de protección.

Con relación a la no subsidiariedad, encontramos que el artículo 43.3 la enuncia como la prohibición de acudir a la vía constitucional en concreto a la acción de protección, en remplazo a acciones ordinarias establecidas en la ley, Esta disposición, impone al actor la carga de demostrar que su caso no es un tema de legalidad. Este artículo no hace alusión alguna al tipo de derechos constitucionales protegidos mediante la acción de protección. Además agrega una excepción y faculta utilizar la vía constitucional en reemplazo de la ordinaria cuando se desea evitar un perjuicio irremediable. No encontramos en la jurisprudencia constitucional de ese entonces, ni la determinación del contenido de los términos “perjuicio irremediable” ni los criterios para la determinación de la vía ordinaria frente a la vía constitucional. Esta problemática subsiste hasta la actualidad en la que la LOGJCC indica que la garantía no procede cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz, y cuando se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleva la violación de derechos constitucionales.¹⁵⁴

Por su parte, la regulación del artículo 50, especialmente de los literales a), b) y d) son claramente inconstitucionales y restrictivas de la garantía – tres de cinco reglas. Estas reglas hacen alusión a las causales de improcedencia de la acción de protección e indica textualmente que la acción de protección no procede cuando:

- a) Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa;
- b) Cuando la indemnización de perjuicios sea la pretensión principal, siempre que esta no sea la única alternativa para la reparación integral;
- c) Cuando se trate de una interposición abusiva, temeraria, maliciosa o fraudulenta de la acción de protección;

¹⁵⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 42, num. 3 y 4.

- d) En caso de duda respecto al agotamiento o no de las acciones ordinarias, se admitirá a trámite la demanda de protección, sin perjuicio de las eventuales sanciones por la interposición abusiva o temeraria de la acción; y,
- e) Cuando se trate de providencias judiciales.¹⁵⁵

Como se advierte de la lectura del texto, se indica que la referencia del caso a un tema de legalidad es un obstáculo para la procedibilidad de la garantía, sin embargo los elementos que permiten diferenciar, delimitar y diferenciar entre un caso de legalidad y uno de constitucionalidad no fueron aclarados normativa ni jurisprudencialmente por la Corte en ese entonces. Otro criterio cuestionable es el determinado en el literal b) que limita a la acción de protección dependiendo del tipo de reparación buscada por el autor, se excluye, inconstitucionalmente, los casos en los que la finalidad sea la reparación económica a través de la indemnización de perjuicios. Finalmente, este reglamento tornó a la acción de protección en residual cuando indicó, en el literal d), que se debía agotar las acciones ordinarias para acceder a la garantía y determina que solo excepcionalmente se admite la acción cuando haya duda respecto del agotamiento de las vías ordinarias. La otra interpretación posible de este literal entenderá que si se agota la vía ordinaria se puede luego interponer la acción de protección, sin consideración alguna del tiempo que toma concluir una acción ordinaria en el Ecuador.

- b) *La restricción de la legitimación activa para interponer la acción.* Igualmente respecto de la legitimación activa se da una regulación que es tomada textualmente en la LOGJCC y que puede considerarse restrictiva respecto de la intención constituyente de ampliar la legitimación activa en la acción de protección. El artículo indicaba:

Art. 47.- Legitimación activa.- La acción de protección podrá ser ejercida: Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, art. 50.

c) *Derechos protegidos*. Aunque la restricción seguramente no era la finalidad, el artículo 45 debió referirse a todos los derechos constitucionales, incluidos aquellos que nacen de las fuentes de los derechos constitucionales indicados en el artículo 11. 7 de la Constitución, entre ellos los indicados en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y la dignidad, cláusula abierta que permitirá incorporar más derechos a ser protegidos por esta garantía.

La disposición comentada indicaba respeto de los derechos lo siguiente:

Art. 45.- Derechos protegidos.- La acción de protección garantiza judicialmente los derechos establecidos en la Constitución y demás derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y aquellos que a pesar de no estar señalados expresamente en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que contengan normas más favorables a los contenidos en la Constitución.

2.1.4. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), fue publicada el 21 de septiembre del 2009 en el Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009. Esta norma es trascendental para nuestro estudio y por ello es examinada con minuciosidad y profundidad en esta investigación, bajo la advertencia de que se abordará únicamente el articulado que regula a la acción de protección, sus principios y procedimiento.

La LOGJCC contiene disposiciones referidas a la acción de protección en las siguientes secciones: a) Título I, denominado Normas Generales de la Justicia Constitucional; 2) Título II, denominado Garantías Jurisdiccionales de los derechos constitucionales, a) Normas Comunes de las Garantías; y b) En el Capítulo Tercero del título II denominado específicamente Acción de Protección.

Ya los considerandos de la LOGJCC nos indican que uno de los objetivos específicos de su expedición es “garantizar la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza y la supremacía constitucional (...9 y para ello es necesario que la ley “promueva el fortalecimiento de la justicia constitucional y el proceso de constitucionalización del sistema jurídico, político y social, para que todas las prácticas

institucionales y no institucionales se ajusten material y formalmente a las exigencias que se desprenden del texto constitucional”.¹⁵⁶

El considerando 6 —que enumeramos en orden de aparición— también se refiere a la obligación estatal de proporcionar recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes para la protección de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza. Este considerando se centra en la parte inicial a las garantías jurisdiccionales de los derechos en general, y en su parte final a las medidas cautelares en particular y aunque parece mezclar los criterios que configuraron el amparo en la última parte, consideramos que se separan y diferencian las dos vías, la primera con una finalidad de reparación integral y la segunda expedita y eficaz pero cautelar. Este considerando condensa los fundamentos, características, finalidades de las garantías por lo cual lo transcribimos a continuación.

Que, la Constitución y los tratados internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *reconocen que el fin del Estado y de la organización social es el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza y que, para tal efecto, deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes que les permitan amparar a los seres humanos y a la naturaleza frente a actos u omisiones que amenacen o violen sus derechos, y adoptar las medidas pertinentes para asegurar la reparación integral* derivada de vías de hecho que vulneran dichos derechos; ***de igual modo, es indispensable que exista un procedimiento cautelar, expedito y eficaz*** que faculte a los órganos jurisdiccionales para dictar medidas urgentes en aquellos casos en que se *amenace de modo inminente y grave un derecho*, y de esta manera brinde protección oportuna y se eviten daños irreversibles.¹⁵⁷

En consonancia con lo manifestado en los considerandos de la Ley, el artículo 1 referido al objeto y finalidad de la Ley se indica que la jurisdicción constitucional tiene el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza. Esta disposición es más cercana a las fuentes de los derechos que se enuncia en el artículo 11.7 de la Constitución; sin embargo, deja de lado la referencia a la dignidad como fuente de derechos.¹⁵⁸

Se entiende que la regulación de las garantías constitucionales deviene de la finalidad de la norma que es la justicia constitucional la ley ya no se refiere exclusivamente a las competencias de la Corte Constitucional sino de todo juez que

¹⁵⁶ *Ibíd.*, Ver los considerandos 3 y 4.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, comentarios y énfasis añadidos.

¹⁵⁸ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 11.7.

administre justicia Constitucional. Se trata de una Ley Orgánica procesal en materia constitucional.

Como hemos podido evidenciar a lo largo de esta investigación los principios de economía procesal e informalidad son fundamentales en la práctica procesal de la acción de protección, por tanto nos referiremos a esos principios y su regulación en la ley.

2.1.4.1. Principios procesales de la justicia constitucional

Los principios procesales tienen una directa relación con el cumplimiento de la finalidad de las garantías y son dirigidos específicamente a la actuación del juez. Estos propugnan la efectiva protección de los derechos que es el tema central de esta investigación.

Así, todo el andamiaje jurídico no tendría justificación sin el fin último de protección efectiva de los derechos constitucionales, para alcanzar este objetivo, son indispensables no solo la regulación constitucional y legal de los principios procesales de la justicia constitucional sino su adecuada utilización en la práctica.

Los principios procesales de la justicia constitucional se encuentran desarrollados en el artículo 4 de la LOGJCC y son debido proceso, aplicación directa de la Constitución, gratuidad de la justicia constitucional, inicio por demanda de parte, impulso de oficio, dirección del proceso, formalidad condicionada, doble instancia, motivación comprensión efectiva, economía procesal, y dentro de ella, concentración, celeridad, saneamiento; además están la publicidad, *iuranovit curia* y subsidiariedad de los principios de la legislación ordinaria.

Debido a que estos principios son generales y aplicables a todos los procesos constitucionales; incluidos los de control constitucional, es adecuado diferenciar aquellos principios que se refieren a salvaguardar la especial naturaleza jurídica y características de la acción de protección y que influirán directamente en la efectividad del acceso a la justicia constitucional.

Como es conocido las características de la acción de protección son informalidad, agilidad/sumariedad, oralidad y el inmediato cumplimiento de las sentencias. Por ello son de especial relevancia los principios denominados por la ley como *formalidad condicionada, la economía procesal y sus reglas como la concentración, la celeridad, el saneamiento*; y finalmente, *el principio iura novit curia*. Estos principios deben ser, en

las garantías constitucionales, aplicados de manera integral a las finalidades de las mismas.

El principio de *formalidad condicionada*, según el cual es deber del juez adecuar las formalidades a los fines de los procesos constitucionales,¹⁵⁹ conforme lo indica la misma Constitución en el artículo 169,¹⁶⁰ que contiene incluso más claras determinaciones y que es aplicable a todo proceso judicial.

La *economía procesal*, por su parte, busca a través de reglas una activación del juez constitucional. El juez constitucional deberá para ello considerar *concentrar*¹⁶¹ y reducir sus actos procesales en el menor número posible y resolver el mayor número de asuntos sometidos a debate. Así también se ordena *celeridad*¹⁶² en las actuaciones del juez que junto con la concentración de sus actuaciones permitirá que el proceso respete los plazos y términos previstos legalmente. Finalmente está el *saneamiento*¹⁶³ que también exige una activación del juez como custodio de la protección de derechos por sobre la omisión de formalidades.

El principio *iura novit curia*, permite al juez que conoce el caso, identificar y aplicar una norma que, no habiendo sido invocada por las partes en un proceso, y que se deduzca de los hechos del caso, sean aplicables con la finalidad de proteger los derechos constitucionales.

Sin que tengan necesaria relación específica con las garantías jurisdiccionales, el principio de publicidad de los procedimientos de justicia constitucional dan como importante resultado la continua evaluación a la que deben estar sometidas las decisiones de los funcionarios públicos pero además, permiten la publicidad de las causas y la reflexión sobre los avances o retrocesos en su protección en la práctica constitucional ecuatoriana.

¹⁵⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 4.7.

¹⁶⁰ Art. 169 de la CRE. “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

¹⁶¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 11. a).

¹⁶² *Ibíd.*, 11. b).

¹⁶³ *Ibíd.*, 11. c).

2.1.4.2. Regulación legal del procedimiento de la acción de protección

El Título II de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula el procedimiento común a las garantías constitucionales desde el artículo 6 al 25. En el mismo se tratan temas importantes como la finalidad de las garantías, la competencia para resolverlas, las normas comunes a todo procedimiento, la legitimación activa, el contenido de la demanda de garantía, la comparecencia de la persona afectada, de terceros, la calificación de la demanda la audiencia, la terminación del procedimiento, la pruebas, el contenido de la sentencia, la reparación integral, la reparación económica, la responsabilidad y repetición, el cumplimiento y las violaciones procesales, el abuso del derecho, la apelación y la selección de sentencias por la Corte Constitucional.

Todas estas normas procesales, deben ser analizadas para evaluar si con las mismas se consigue su eficacia. Que si bien inicia con la demanda debe necesariamente concluir con el cumplimiento de la sentencia y de las medidas reparatorias anunciadas. Resulta relevante referirnos brevemente a algunos de estos temas.

2.1.4.3. Finalidad de las garantías

Son tres las finalidades de las garantías,¹⁶⁴ la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de los derechos y la reparación integral de los daños. Si una de estas finalidades no es considerada por el juez al momento de conocer y resolver, el ciudadano no ha tenido acceso a la justicia constitucional. La primera finalidad es un ideario constitucional y legal no solo de la justicia constitucional sino también de la ordinaria la eficacia del sistema para conseguir su fin que en materia de garantías es la protección de derechos, la inmediatez está relacionada con el tiempo adecuado justamente para que la protección se pueda considerar eficaz.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, art. 6.

2.1.4.4. La competencia para resolverlas

Las *normas comunes a todo procedimiento* buscan esencialmente la informalidad, simplificación, priorización del procedimiento de las garantías. Las disposiciones o normas comunes aplicables a las garantías se encuentran en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respectivamente. Aquí también la desformalización se hace presente en diversos apartados que indican prerrogativas para el actor y fijan la actuación del juez; así se indica que, a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz y oral en todas las fases e instancias; b) El trato privilegiado a estos procedimientos se observa en la habilitación de todos los días y horas para presentar una acción. c) la informalidad del procedimiento de las garantías se observa también en la forma de interposición, sin que sea necesario citar la norma infringida y consecuente con la falta de obligación del patrocinio de un abogado, lo cual obliga al juez a buscar, en el relato del accionante la existencia o no de la vulneración del derecho constitucional. Esta disposición va de la mano de uno de los principios de la justicia constitucional denominado *iura novit curia* y que fue desarrollado en líneas anteriores, d) además encontramos dos disposiciones que buscan con características específicas informalizar el procedimiento, hablamos de las notificaciones que también deben realizarse mediante métodos eficaces, por tanto rápidos y adecuados para que la acción llegue al conocimiento de las partes y se cumpla con las garantías del derecho a la defensa. Así tampoco son aplicables normas jurídicas procesales que tiendan a retardar su despacho.

2.1.4.5. La legitimación activa

La legitimación activa ampliada, es uno de los méritos de evolución de la acción de protección regulada en la Constitución de 2008 y que permite superar los criterios restrictivos respecto a la legitimación activa que suponía el amparo. El contenido de la legitimación activa es de fundamental importancia y se relaciona con el acceso a la justicia constitucional. Sin acceso a la garantía no podemos hablar de una garantía eficaz. Como hemos indicado, la evolución consiste en que en la Constitución de 2008 no solo la persona que ve vulnerados sus derechos puede presentar la demanda de acción de protección, ni únicamente a través de su representante legitimado; sino que faculta a

“cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad¹⁶⁵. Mientras que en el amparo constitucional, como habíamos indicado, la legitimación activa estaba reservada y reducida a la persona que ve vulnerados sus derechos, directamente o a través de su representante legal.¹⁶⁶

Para comprender el alcance de la ampliación de la legitimación debemos comprender las consecuencias prácticas de la misma: a) ¿Quién propone la acción no debe, obligatoriamente, ser el titular del derecho constitucional? b) ¿se acepta la legitimación colectiva cuando se comparta la afectación de derechos independientemente del tipo de derechos o afectados?. Al respecto, incluso existe un artículo constitucional específico.¹⁶⁷ La importancia de la legitimación activa ampliada para grupos de personas está fundamentalmente en los efectos de la sentencia, no únicamente en la etapa de activación de la misma.

A pesar de la claridad de la norma constitucional, la LOGJCC es claramente restrictiva y regresiva sobre la legitimación activa al establecer que:

Artículo 9. Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, *vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado* [...]

Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.¹⁶⁸

Claramente la norma incluye, inconstitucionalmente, el requisito de vulneración de un derecho subjetivo o la necesidad de actuación de un representante legal o apoderado para poder acceder a la garantía, y la demostración del daño, igual a como se exigía en el amparo.

En conclusión, las razones de la ampliación constitucional de la legitimación activa en la acción de protección guardan relación con la naturaleza de una garantía, sencilla, efectiva, informal, que busca por sobre las formalidades legales, la protección

¹⁶⁵ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 86. Disposiciones Comunes de las Garantías Constitucionales.

¹⁶⁶ Oyarte, *El amparo en el Ecuador*.

¹⁶⁷ Ecuador, *Constitución del 2008*, art. 439. “Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”.

¹⁶⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 9; énfasis añadido.

de los derechos constitucionales y por ello amplía el acceso más allá de la tradicional visión de la legitimación activa subjetiva.

Así mismo, la *legitimación pasiva* se amplía respecto tanto de la persona(s) contra quien(es) se interpone y respecto del tipo de actos que se emiten u omiten. Así son directamente responsables las autoridades públicas tanto por acción como por omisión.

Las actuaciones de las administraciones públicas, en efecto, no engloban únicamente al acto administrativo¹⁶⁹ como se desprende del COA.¹⁷⁰ Esta reflexión es importante porque el acto administrativo es claramente definido como aquel que se emite y se efectúa materialmente, dejando de lado las omisiones y las otras formas de manifestación de la voluntad estatal como son el acto de simple administración,¹⁷¹ el contrato administrativo,¹⁷² el hecho administrativo.¹⁷³ Cada uno de estos puede tener una consecuencia negativa en los derechos constitucionales de las persona.

Debemos considerar también que, en otros casos las actuaciones de las autoridades estatales no siempre emiten u omiten manifestaciones de voluntad administrativa indicadas en el artículo 127 del COA y son actos que ameritan otras garantías constitucionales, por ejemplo, aquellos actos atentatorios contra la integridad personal de un detenido, que tendría su propia garantía, el habeas corpus y en la que no cabe una acción de protección.

Pero, la acción de protección procede también en contra otro tipo de actos de autoridades públicas denominadas políticas públicas, cuando las mismas conforme indica la Constitución,¹⁷⁴ suponen privación de goce o ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos. Finalmente también la legitimación pasiva se amplía en contra de particulares cuando provoca daño grave en el entendido que no solo el Estado puede

¹⁶⁹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017. “Art. 98.- Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo”.

¹⁷⁰ *Ibíd.* “Título II ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Art. 89.- Actividad de las Administraciones Públicas. Las actuaciones administrativas son: 1. Acto administrativo 2. Acto de simple administración 3. Contrato administrativo 4. Hecho administrativo 5. Acto normativo de carácter administrativo”.

¹⁷¹ *Ibíd.* “Art. 120.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta”.

¹⁷² *Ibíd.* “Art. 125.- Contrato administrativo. Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”.

¹⁷³ *Ibíd.* “Art. 127.- Hecho administrativo. Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, sea que exista o no un acto administrativo previo.”

¹⁷⁴ Ecuador, *Constitución de Ecuador de 2008*, art. 88.

vulnerar derechos constitucionales sino también evidencian una verdad, los particulares en situación de ventaja y que no son garantizados por un sistema de justicia ordinaria.

Además, la Constitución indica que, son legitimados pasivos de la acción de protección los particulares que prestan servicios públicos impropios y los particulares, cuando actúen por delegación o concesión del Estado. La prestación de servicios públicos así como cualquier otro actuar de un particular en representación del Estado debe tener por lógica la misma responsabilidad que este último. Así, si existe una atribución estatal delegada a particulares también debe ser controlada en caso de que vulnere derechos constitucionales. La delegación y la concesión no implican que el Estado pierda la responsabilidad objetiva sobre los actos de sus delegatarios y concesionarios. Demostración del daño.

Finalmente, se establece constitucionalmente otra ampliación de la legitimación pasiva contra particulares que no tienen relación con las actuaciones del Estado. El principal requisito es que la persona afectada debe encontrarse en subordinación, indefensión o discriminación que si bien es importante, se puede advertir que la vulneración de derechos constitucionales por particulares no sucede solo en casos de que el legitimado pasivo está en subordinación, indefensión y discriminación, que en cada caso y para que proceda la acción deberá probarse. La ventaja era no exigir la demostración el daño como si sucede en casos de los delegatarios, concesionarios o personas que actúen por delegación.

El *contenido de la demanda de garantía* se desarrolla en el artículo 10 de la LOGJCC y sus exigencias básicas también se relacionan directamente por la desformalización de sus contenidos que se reducen a los básicos, mínimos. 1) La identidad de los accionantes y de la persona afectada, lo cual quiere significar que no necesariamente debe identificarse el accionante con el afectado como lo indica la Constitución y lo habíamos relacionado como un avance de accesibilidad de la garantía. Aunque esta amplitud luego es reducida en las exigencias formales indicadas en los siguientes artículos que confunden la legitimación activa ampliada con el *amicus curiae*;¹⁷⁵ 2) El acto u omisión que produjo el daño; por tanto, la identificación del daño

¹⁷⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales*. “Art. 11.- Comparecencia de la persona afectada.- Cuando la acción haya sido presentada por interpuesta persona, la jueza o juez deberá notificar a la persona afectada. Esta podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos de ley aunque no haya comparecido antes.

Art. 12.- Comparecencia de terceros.- Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver

al derecho constitucional también es fundamental. Se deja a criterio de la accionante la descripción de los hechos y la citación de normas jurídicas y de jurisprudencia constitucional sobre el tema. En este tema es indispensable definir el alcance del término jurisprudencia constitucional que para algunos autores la integran todas las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y para otros únicamente se trata del precedente jurisprudencial obligatorio que es una competencia específica de la Corte en materia de garantías constitucionales; 4. Es imprescindible además indicar el lugar para que se le cite a la persona o entidad accionada, como fundamento del debido proceso constitucional y respeto al derecho a la defensa; 5. Así como el lugar de notificación de la persona accionante y a la afectada, en el caso de que no coincidan; 6. Se indica legalmente la exigencia legal de declarar que no se ha interpuesto otra garantía constitucional con identidad objetiva, subjetiva y de causa. Esta exigencia fue incorporada por las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia cuando reguló el amparo constitucional y si bien es una formalidad que no es exigida constitucionalmente, puede justificarse en la necesidad de evitar fallos contradictorios en la misma causa, como sucedió en la causa que dio origen la jurisprudencia que reguló la acción de incumplimiento de sentencias; 7. Con relación a la solicitud de las medidas cautelares, su utilización es cada vez más imprescindible si lo que se busca es precisamente que la acción sea idónea y eficaz.¹⁷⁶ El contenido de una vía adecuada y eficaz lo podemos encontrar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mas no en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana; 8. Respecto de la prueba, se debe presentar, respecto de los derechos constitucionales vulnerados, y es aquí en donde se hace indispensable la diferenciación entre derechos fundamentales y derechos ordinarios, salvo que el acceso a la misma no sea posible por responsabilidad de los accionados en cuyo caso se invierte la carga de la prueba.

En todo caso lo más importante de la demanda de acción de protección es que se cree en el imaginario del juez la convicción de que existe un derecho constitucional vulnerado, ya que la misma ley indica que si la demanda no cumple con los elementos básicos indicados se pide que se complete, más incluso si la demanda no se completa,

hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.

Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional”.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, art. 42.4: “salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.”

pero del relato de los hechos se desprende una vulneración de derechos grave el juez debe seguir el trámite y subsanar la omisión de los requisitos que estén a sus alcance. Esta posibilidad de amplia actuación judicial da cuenta de que, en efecto, lo más importante es la determinación inicial, incluso la simple sospecha de la vulneración del derecho constitucional, sin la necesidad de la comprobación de esta que devendrá en la audiencia. El requisito que llama la atención para esta actuación judicial es precisamente que del relato de los hechos se desprenda que existe una “vulneración de derechos grave”, se regresa aquí a la característica de gravedad que fue utilizada en la regulación legal y el desarrollo jurisprudencial del amparo.

La *calificación de la demanda* está prescrita en el artículo 13 de la ley y le corresponde al juez a quien se le otorga en virtud del principio de celeridad, 24 horas luego de la presentación. Tanto la calificación positiva, admisión como la negativa inadmisión de la demanda debe ser motivada por parte del juez. Se debe incluir el día y hora de la audiencia en un término tampoco mayor a tres días desde la calificación, lo cual también da cuenta de la celeridad que debe observar el procedimiento de la garantía. Finalmente, debe contener la orden de correr traslado a los accionados para que comparezcan a la misma y la disposición de que las partes presenten en audiencia la prueba de los hechos. Es por tanto evidente que la prueba no necesariamente debe ser anticipada en la demanda de la garantía como si sucede en las otras acciones legales. Con relación a las medidas cautelares, su establecimiento puede nacer tanto de la voluntad del juzgador, como por solicitud de las partes, pero su procedencia siempre radica en la voluntad del juez.

La *audiencia*, que es dirigida por el juez, busca la intervención del accionante y accionado. Se utiliza el término accionante precisamente porque no necesariamente debe coincidir el accionante con el afectado. Aquí se pone en práctica el principio de inmediación por el cual el juez escucha a las personas y adquiere criterios suficientes para resolver, por tanto es indispensable dejar en evidencia la vulneración de los derechos constitucionales. O como establece la ley la demostración del daño, de ser posible. Se debe notar que el juez tiene un amplio papel ya que incluso la demostración del daño es facultativa. La regulación de la audiencia indica que luego debe intervenir el accionado que debe contestar exclusivamente los fundamentos de la acción. Se prioriza la intervención del accionante que en el derecho a la réplica será el último en intervenir. El tiempo de intervención de las partes en audiencia también está regulado y no puede exceder de 30 minutos entre intervención y réplica. La intervención en audiencia de

terceros interesados también está autorizada con un tiempo máximo de diez minutos. Si bien el respeto a la ley es establecido legalmente, el mismo puede realizar preguntas. Es la audiencia el acto procesal fundamental de la acción de protección ya que sirve para que el juez reúna elementos de convicción suficientes que le permitan resolver la existencia o no de la vulneración de derechos, y dicte sentencia verbalmente. Sin embargo, cuando el juez tenga dudas o crea necesario más pruebas puede suspender la audiencia y señalar nueva fecha para continuar la misma.

La *terminación del procedimiento* es una de las fases procesales también básicas y de gran importancia y que permiten el acceso a la justicia del accionado, esta se puede dar por tres causas desistimiento, allanamiento o sentencia. El desistimiento a cargo del accionante procede cuando de manera expresa lo indique o tácitamente cuando no comparece a la audiencia sin causa justificada siempre que, a criterio del juez, su presencia se considere fundamental para demostrar el daño.

El allanamiento total o parcial por parte del accionado puede determinarse en cualquier momento, siempre antes de la emisión de la sentencia. El juez, ante el allanamiento debe declarar la violación del derecho y la reparación. El proceso continúa respecto de la materia en la que no existió aceptación en el allanamiento parcial. El allanamiento y acuerdo definitivo sobre la reparación se aprueba mediante auto. El acuerdo y el allanamiento no pueden apelarse.

La responsabilidad de precautar derechos constitucionales por parte del juez es manifiestamente determinada en la ley incluso por sobre la voluntad de la parte actora ya que queda prohibido que el juez acepte el desistimiento, allanamiento o acuerdo reparatorio si los derechos constitucionales puedan ser afectados.

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

[...] 3. Sentencia.- Cuando la jueza o juez se forme criterio, dictará sentencia en la misma audiencia, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.¹⁷⁷

La desformalización de la prueba, busca facilitar su acceso. Esta es tan importante que se rompen los principios del derecho ordinario, se busca garantizar que, si la prueba está en manos del estado y el ciudadano no ha podido acceder a ella, se autoriza la

¹⁷⁷ *Ibíd.*, art. 15.

inversión a favor del legitimado activo, cuando: 1) No se presenta prueba, y 2) Se presenta, pero no es suficiente.

La desformalización de la prueba tiene directa relación con las características del procedimiento de las garantías indicado constitucionalmente. La sencillez, rapidez, eficacia y oralidad del procedimiento es extensible, para que tenga real contenido, a la prueba. Caso contrario se vulnera el espíritu constitucional que buscaba un fácil acceso a la justicia constitucional y la priorización de la vigencia de los derechos por sobre las formalidades.

Los dos momentos procesales en los cuales el accionante alega los hechos de la demanda son la demanda o la audiencia, pero la recepción de la prueba se hace únicamente en la audiencia. Esto no obsta para que el juez a su criterio pueda ordenar la práctica de pruebas. Una de las formas es la designación de comisiones para recabar prueba pero se debe ordenar en el término temporal en el cual se practicarán. En virtud del principio de desformalización de la acción y celeridad procesal, el término no puede ser mayor de 8 días. Solo por la demostrada complejidad probatoria este término puede ampliarse. La falta de justificación del irrespeto al término concedido en la ley da como consecuencia una falta grave del funcionario judicial.

El *contenido de la sentencia* es parte sustancial del procedimiento de la acción de protección, los requisitos buscan que la sentencia cumpla con su objetivo constitucional de garantizar, entre otros, el derecho del acceso a la justicia del accionante. La motivación de la sentencia tiene aquí un papel central en el contenido de la misma. El derecho a la motivación es constitucional y legalmente definido¹⁷⁸ e implica, más allá del cumplimiento de requisitos formales, la inclusión fundamentada, -no la simple enunciación de normas o principios jurídicos- la argumentación jurídica- normativa que explica la pertinencia de la enunciación normativa y su conexión directa con los hechos probados. La coherencia, entre lo resuelto y las razones de lo resuelto es un requisito sustancial y central para la existencia de una adecuada motivación de las sentencias. Por otra parte, la falta de motivación, por su gravedad en la afectación de derechos, tiene como consecuencia la nulidad de la sentencia. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional indica un elemento también trascendental en la sentencia de garantías que es la resolución o decisión en sí misma, esta incluye, la declaración de violación de derechos, e indica que se deben determinar las normas

¹⁷⁸ Ver art. 76.7. l) de la Constitución de 2008 y el art. 17 de la LOGJCC.

constitucionales vulneradas —que realmente son derechos constitucionales, más que normas— el daño y la reparación integral pertinente.¹⁷⁹ Y es justamente en la parte resolutive de la sentencia en donde encontramos el cumplimiento de las finalidades de las garantías; la declaración de la vulneración de los derechos constitucionales, si la hubiere, la determinación del daño o el nivel de afectación de los derechos y la reparación integral.

La *reparación integral* es un requisito indispensable en caso de declararse la vulneración de derechos constitucionales tanto si el daño es material como inmaterial. Respecto de la determinación del daño material o de carácter pecuniario se ha determinado legalmente la necesidad de un juicio independiente —verbal sumario o contencioso administrativo según si el legitimado pasivo sea un particular o del Estado— para determinar el monto, como si una reparación económica no revistiera de la gravedad que se contemplan para otro tipo de reparaciones.

Otra de las consecuencias lógicas de las sentencias de garantías es la determinación de la responsabilidad del Estado o de la persona particular. La responsabilidad estatal puede tener consecuencias administrativas o incluso penales; por ello, es mandatorio que el juez remita el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que se individualice la responsabilidad.

Finalmente, es también central el cumplimiento de la sentencia que es responsabilidad legalmente atribuida al juez, se realiza mediante los medios que crea pertinentes, a nivel de pedir la intervención policial para asegurarla.

La ejecución de la sentencia debe ser integral y garantizar plenamente la reparación de los derechos vulnerados. Dado que el cumplimiento de la sentencia está estrechamente vinculado con las medidas reparatorias, el juez tiene la facultad de evaluarlas no solo en beneficio del destinatario directo, sino también en favor de sus familiares. La normativa otorga al juez la capacidad de revisar el impacto de estas medidas y, si es necesario, modificarlas para asegurar su efectividad. Además, el juez puede delegar el seguimiento del cumplimiento a la Defensoría del Pueblo u otras instituciones encargadas de la protección de derechos. El caso únicamente puede ser archivado una vez que la sentencia haya sido ejecutada en su totalidad.

Algunas de estas medidas han sido descuidadas por los jueces, quienes, como se analizará, suelen considerar concluida su labor con la emisión de la sentencia, dejando de

¹⁷⁹ Ecuador, LOGJCC, art. 7. “4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.”

lado su ejecución. Sin embargo, los instrumentos legales para el seguimiento de sentencias de garantías están claramente establecidos en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). En caso de incumplimiento de la sentencia, el juez aún tiene competencia sobre el caso, ya que debe sancionar a la persona o institución que desobedezca el mandato —ya sea el legitimado pasivo, una autoridad o los funcionarios judiciales—. Para ello, el juez cuenta con las siguientes facultades:¹⁸⁰

1. *En caso de que se produzcan daños por el incumplimiento de la sentencia por los legitimados pasivos*, el mismo juez tiene la obligación de iniciar un incidente de daños y perjuicios, mediante un procedimiento sumario, contra el responsable, con la posibilidad de establecer una cuantía que podrá ser cobrada incluso mediante apremio real.
2. *En caso de que el incumplimiento se dé por acciones u omisiones de los funcionarios judiciales*, se consagrará una falta gravísima que debe ser resuelta por el Consejo de la Judicatura.
3. *Si las violaciones al trámite provienen del juez*, la parte perjudicada puede presentar una denuncia ante el Consejo de la Judicatura.
4. *En caso de incumplimiento por parte de servidores públicos*, a más de la indemnización económica, lo dice claramente la Ley, el juez debe ordenar el inicio del procedimiento de destitución del funcionario omiso

En definitiva el juez decide si el derecho fue vulnerado o amenazado y de serlo cuál es la orden específica y necesaria para garantizar el goce del derecho. Esto solo se puede conseguir al determinar un plazo para el cumplimiento de su resolución y haciendo un seguimiento del cumplimiento de esta.

Como se puede advertir, el juez de garantías ostenta las mismas responsabilidades y atribuciones que un juez ordinario.¹⁸¹ Por tanto, el poder de juzgar y ejecutar lo juzgado —administrar justicia— le es aplicable en toda su dimensión.¹⁸² La única salvedad, que contrariamente a actuar en detrimento de esta potestad, y que más bien la refuerza, es el poder ejecutor de la competencia jurisdiccional del juez de garantías, es la naturaleza específica de los derechos sobre los que debe resolver —derechos constitucionales— y un procedimiento exclusivo, único determinado por mandato constitucional: informal, eficaz, rápido. La actuación de los jueces, en este contexto, también se convierte en

¹⁸⁰ *Ibíd.*, art. 21.

¹⁸¹ Ver Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 54, Suplemento, 9 de marzo de 2009. “Art. 28.- Principio de la Obligatoriedad de Administrar Justicia.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República [...]”; énfasis añadido.

¹⁸² Ecuador, *Constitución del 2008*. “Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.”

prioritaria y de naturaleza jurídica especial. Una de esas manifestaciones se encuentra en la urgencia de la ejecución de la sentencia y en la rapidez e informalidad del procedimiento. En conclusión al juez de garantías la Constitución y la ley le conceden todas sus competencias –como a un juez ordinario- y por los objetivos superiores relativos al tipo de derechos que protege y el procedimiento se ven reforzados.

Lamentablemente, estas disposiciones legales han quedado como letra muerta debido a la jurisprudencia constitucional por la cual la Corte Constitucional se ha atribuido exclusiva competencia de destituir a los funcionarios públicos que incumplan sentencias constitucionales de garantías. La Corte ha restringido las competencias de los jueces de garantías, a través de sus sentencias de acción de incumplimiento de sentencias y a través de la acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acción de protección como se demostrará posteriormente.

Así, respecto de la ejecución de las sentencias de garantías, en nuestro país, poco se ha reflexionado sobre la necesidad de guiar al juzgador al respecto a preguntas prácticas pero centrales en el desarrollo de la acción de protección, esto quizá se deba a las aludidas incursiones inconstitucionales de la jurisprudencia Constitucional que ha tendido a limitar las competencias judiciales. No se ha preguntado la Corte, por ejemplo, ¿qué deben hacer los jueces de garantías cuando en sus sentencias se resuelvan derechos que no se agotan en un acto, sino que requieren actos sucesivos –actuaciones de tracto sucesivo-, o aquellos que involucran derechos que están interconectados entre sí, o sobre la función educativa de sentencias frente a actos de autoridades públicas?, o sobre la necesidad de integrar la reparación económica para asegurar el goce efectivo de ciertos derechos que estén directamente relacionados con ella?

La *apelación de las garantías constitucionales*, como derecho constitucionalmente previsto¹⁸³ consiste en la posibilidad de que un órgano de la misma función conozca nuevamente el caso y lo ratifique o no. En el caso de la acción de protección, la apelación se realiza o en la misma audiencia o luego de notificada la sentencia hasta tres días posteriores a la misma (término, solo días hábiles)). La apelación es conocida y resuelta por la Corte Provincial, su interposición, no suspende la ejecución de la sentencia. Se debe resaltar que luego de radicada la competencia mediante sorteo, la Corte debe resolver en el término de ocho días, salvo que se disponga la práctica de prueba y de una audiencia.

¹⁸³ *Ibíd.*, art. 76, num. 7, lit. m).

La *selección de sentencias por la Corte Constitucional*, mediante la cual la Corte debía, guiar la interpretación de los jueces de garantías y que hasta la fecha no ha sido útil a los fines de su creación sino que fueron artificiosamente cambiados por una hiperhabilitación de otras competencias de la Corte como la acción extraordinaria de protección y la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales.

El trámite de selección como conocemos no suspende los efectos de los fallos de garantías y se rige por las reglas indicadas en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Las reglas son parcialmente cumplidas como se verá no todos los jueces remiten sus sentencias en el término de tres días; es la Sala de Selección, la que escoge a su criterio las sentencia que serán revisadas. Los parámetros utilizados por la sala de selección son descritos legalmente mas no se ha desarrollado ni normativa ni jurisprudencialmente su contenido Así por ejemplo, ¿qué entender por gravedad del asunto o relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en sentencia? o ¿cómo determinar si existió o no negación de precedentes judiciales? Respecto a la actuación del defensor del pueblo, resulta trascendental ya que al ser la institución que debe velara por el respeto de los derechos constitucionales su solicitud de selección de una sentencia puede ser determinante para seleccionar casos relevantes.

Quedan algunas dudas sobre el respeto del debido proceso de las partes y los efectos prácticos de las sentencias ya ejecutadas en un caso seleccionado para revisión. Respecto de la sentencia emitida por la Corte Constitucional en los casos de selección la Corte dicta una sentencia y las partes son notificadas de la misma sin que hayan tenido participación alguna en este proceso.

Además de estas disposiciones generales aplicables a todas las garantías La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional desarrolla en un capítulo específico a la acción de protección.¹⁸⁴ Sin embargo, la norma es confusa en muchos aspectos, especialmente en las disposiciones procesales de la acción de protección que se encuentra en los artículos 39 a 42 de la Ley. Estas disposiciones regulan el *objeto*, *requisitos*, *procedencia* y *legitimación pasiva*, *improcedencia de la acción de protección*.

Respecto al *objeto de la acción de protección*,¹⁸⁵ se repite la disposición constitucional por la cual se indica los que los derechos protegidos son, aquellos reconocidos en la Constitución, pero la norma legal incluyen los derechos reconocidos en

¹⁸⁴ *Ibíd.*, Título II, Capítulo Tercero.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, art. 39.

los tratados internacionales sobre derechos humanos. En armonía con el artículo 11. 7 de la Constitución los derechos reconocidos son aquellos regulados, no solo en tratados internacionales, sino también en otros instrumentos de derechos humanos. Además, en esta disposición, nada se dice sobre los derechos que nacen de la dignidad de las personas, lo cual es grave debido a que un juez que no interprete la ley en armonía con la Constitución podría desconocer un derecho que no encuentre en las referidas normas. Esta visión a todas luces nace en la disposición reglamentaria que emitió la Corte Constitucional de Transición y a la que ya nos referimos.

Por otra parte, el artículo 39 de la Ley a más de indicar el objeto de la garantía, excluye los derechos que no pueden ser protegidos por la acción de protección. Esta disposición consagra que la acción de protección es una garantía genérica que protege aquellos derechos que no tengan una garantía específica que deberán ser protegidos por cualquiera de las otras garantías: acción de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena. Opera aquí una especie de subsidiariedad-especialidad-preferencia en cuanto a las garantías.

Por otra parte, es necesario leer de manera sistematizada los artículos 40 y 42 de la ley, debido a que si bien tratan de temas diferentes tienen una relación estrecha. Los requisitos de la acción de protección –art. 40– y las causales de admisibilidad que realmente son de procedibilidad deben ser leídos conjuntamente para que la demanda de acción de protección prospere. Estos requisitos y causales tratan temas similares. Para una visualización más clara se indican en la Tabla 3.

Tabla 3
Admisión vs. procedibilidad de la acción de protección

Requisitos. Artículo 40	Improcedencia de la acción. Artículo 42
1. Violación de un derecho constitucional.	1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente.	2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.	3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que 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.

Fuente: LOGJCC
 Elaboración propia

Los requisitos de la acción de protección son los mismos que los requisitos de procedencia de la acción de protección; así el numeral 1 del artículo 40 corresponde al mismo contenido del numeral 1 del artículo 42. Ambos se refieren a la violación de derechos constitucionales, falta como dijimos la referencia los derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y a la dignidad.

El artículo numeral 2 del artículo 40 se refiere más bien a los legitimados pasivos de la acción de protección y que en efecto se indican en el artículo 41.

Mientras que el numeral 3 del artículo 40 se refiere al mismo contenido del numeral 4 del artículo 42, es decir que no exista vía judicial adecuada ni eficaz.

Esta reiteración de contenidos en las dos normas nos permite considerar a los requisitos 1 y 3 del artículo 40 como trascendentales para que proceda una acción de protección. Lo que no está claro es cuándo y cómo debe el juez considerar y analizar el cumplimiento de los requisitos y cuándo y cómo las causales de improcedencia.

Merece nuestro particular interés el requisito 3 del artículo 40 y el numeral 4 del artículo 42. Ambos, como indicamos buscan la verificación que no exista un mecanismo judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Específicamente el numeral 3 indica que uno de los requisitos es la “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”, se puede interpretar esta disposición de las siguientes maneras: 1) O que el derecho constitucional puede ser protegido por un mecanismo de defensa judicial ordinario, adecuado y eficaz y en ese caso no cabe la acción de protección y por tanto que el derecho ordinario y el legal tienen dos niveles de protección y son de igual naturaleza; 2) Que no estemos ante un derecho constitucional sino ante uno legal y que por tanto hay otro mecanismo judicial adecuado y eficaz para la protección de ese derecho legalmente regulado; 3) Que se deba demostrar que no existe una vía ordinaria, que a su vez pasará por demostrar si el caso involucra o no un derecho constitucional.

En el segundo caso la complejidad está en determinar con certeza cómo diferenciar entre un caso que involucra un derecho constitucional y cuando no. Esta disposición hace evidentemente residual la garantía, y como veremos en el segundo capítulo es la causal principal utilizada por los jueces para desechar las demandas de acción de protección. La subsidiariedad será analizada en un título subsecuente.

2.1.5. Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional de 2008

Este Reglamento también fue expedido por la Corte Constitucional de Transición en 2010¹⁸⁶ y luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que autorizó esta emisión en el numeral 8 del artículo 191.¹⁸⁷ Entre los procesos encontramos en el Capítulo Primero la referencia a las Garantías Jurisdiccionales. Sin embargo, no regula la acción de protección y se limita a desarrollar las acciones que son competencia de la Corte Constitucional como es legal y constitucionalmente adecuado: acción por incumplimiento de normas o actos administrativos de carácter general, acción extraordinaria de protección, acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

¹⁸⁶ Ecuador, *Reglamento de Sustanciación de Procesos Corte Constitucional*, Resolución de la Corte Constitucional 0, Registro Oficial 127, Suplemento, 10 de febrero de 2010. Su última modificación se realizó el 22 de octubre de 2015.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, “Art. 191.7. Expedir, interpretar y modificar a través de resoluciones los reglamentos internos necesarios para el funcionamiento de la Corte Constitucional”.

2.2 Diferencias entre el amparo constitucional de 1998 con la acción de protección de 2008

Luego de la promulgación de la Constitución de 2008,¹⁸⁸ la literatura constitucional ecuatoriana concluyó que una de las características centrales de la “nueva” Constitución garantista de Montecristi, fue la constitucionalización de la justicia ordinaria ecuatoriana.¹⁸⁹ Su objetivo fue, por tanto, conseguir la transformación del sistema jurídico ecuatoriano.¹⁹⁰

Este objetivo implicó el desarrollo de condiciones normativas fundamentales,¹⁹¹ especialmente aquellas relacionadas con la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución¹⁹² y, de manera particular, la fuerza vinculante de esta. Este último aspecto tuvo como propósito desafiar las concepciones tradicionales que negaban su carácter como norma jurídica.

El proyecto adicionalmente contó con la participación de actores fundamentales: todos los jueces quienes debían tener una condición o cualidad personal sustancial: la apertura al cambio de la cultura jurídica ecuatoriana.

Por tanto, como se evidencia de la lectura de la Constitución de 2008 serán los jueces los actores principales, aunque no los únicos, de la aplicación de la Constitución.¹⁹³

¹⁸⁸ Ecuador, *Constitución de 2008*.

¹⁸⁹ Ricardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en ed. Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2009), 49 y 50.

¹⁹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos, en *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (Quito: Ministerio de Justicia y Tribunal Constitucional, 2008), 100-1.

¹⁹¹ Siguiendo a Guastini y su propuesta que identifica 7 condiciones básicas para lograr la constitucionalización de un ordenamiento jurídico: 1) Constitución rígida, 2) garantía jurisdiccional de la Constitución, 3) fuerza vinculante de la Constitución, 4) la sobre interpretación de la Constitución 5) la aplicación directa de las normas constitucionales 6) La interpretación conforme de las leyes, 7) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. *Ibíd.*, 49-57.

¹⁹² Fuerza vinculante de la Constitución, entendiendo a la Constitución como norma jurídica capaz de producir efectos jurídicos, cualquiera sea su estructura o contenido. Característica desarrollada en el art 11.3 de la Constitución.

¹⁹³ Ecuador, *Constitución de 2008*: “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, *aplicarán directamente las normas constitucionales* y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directo cumplimiento y aplicación [...]”. “Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. 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”; énfasis añadido.

En este contexto, la competencia para conocer y resolver la acción de protección estará en manos de todos los jueces ordinarios de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos, conforme lo indica la Constitución de 2008 en el artículo 86 numeral 2,¹⁹⁴ que desarrolla las disposiciones comunes de las garantías constitucionales, así como el art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el cual indica que serán competentes de conocer las garantías jurisdiccionales cualquier jueza o juez de primera instancia.¹⁹⁵ Por otro lado, la apelación la conocerán los jueces de la Corte Provincial.¹⁹⁶ Así, los jueces ordinarios y de la Corte Provincial de diferentes áreas, civil, penal, administrativa, laboral, niñez y adolescencia, etc. con o sin aptitud para adecuarse a la nueva realidad jurídico constitucional, tienen la responsabilidad de conocer y resolver las garantías constitucionales, excepto la acción extraordinaria de protección, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento que son competencia de la Corte Constitucional.¹⁹⁷ Sobre este tema y los fundamentos de esta decisión, volveremos más adelante.

Con relación a la acción de protección, en particular, la modificación de su alcance se postuló como una de las fórmulas del nuevo estado constitucional de derechos y de justicia que debía reconstruir el amparo constitucional venido a menos.

Esta teorización académica tuvo su eco en el texto constitucional vigente. Así, entre las transformaciones realizadas por los constituyentes de Montecristi en 2008 respecto del amparo constitucional se enunciaron, por un lado, A) *el cambio de la naturaleza jurídica*: A1) pasamos de una garantía meramente cautelar a una de conocimiento o de fondo, A2) la *ampliación de los derechos protegidos*, 3a) la *reparación integral como su finalidad principal*; y, B) Por otro lado, en su *estructura formal-procedimental* se incluyen cambios relacionados con: B1) la legitimación activa ampliada; B2) la autoridad competente para su conocimiento; B3) la reducción de los requisitos de procedibilidad; y B4) la informalidad.

Estos dos ámbitos/elementos de cambio buscaban finalidades trascendentales: la efectiva protección de derechos (una apuesta por la importancia de la efectividad de los

¹⁹⁴ *Ibíd.*, art. 86. “2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos [...]”.

¹⁹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 7.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, art. 24.

¹⁹⁷ Ecuador, *Constitución de 2008*, arts. 93 y 94.

derechos) y el fácil acceso a esta garantía con la mayor participación de los actores judiciales (constitucionalización del sistema).

En este contexto, es indispensable realizar un análisis constitucional y legal de cada uno de estos elementos diferenciadores que serán utilizados posteriormente como indicadores de evolución y medición de la efectividad de la acción de protección en el Ecuador.

Como hemos indicado, para mayor precisión con relación a los cambios de la garantía, es indispensable diferenciar entre elementos que constituyen parte de la naturaleza jurídica de aquellos elementos procesales o formales.

2.3 Elementos jurídicos de la acción de protección: cambios trascendentales

2.3.1. Naturaleza jurídica de la acción de protección

Las referencias al cambio de la naturaleza jurídica de la acción de protección se realizan con frecuencia en la literatura constitucional ecuatoriana.¹⁹⁸ Parece estar claro para todos que, la evolución, o más bien transfiguración de esta garantía —del amparo a la acción de protección— se obtiene, entre otras razones, a través del cambio en su naturaleza jurídica. Cambio que se refiere específicamente a que la acción de protección descrita en la Constitución de 2008 tiene finalidades diferentes al amparo regulado en la Constitución de 1998.

Por tanto, el constituyente quiso superar la indefinición y poca eficacia del amparo creando dos tipos de garantías con alcance también diferente. El amparo, como se desarrolló jurisprudencialmente en su época de vigencia, será el origen de garantías preventivas como las medidas cautelares; y por otro, la acción de protección no solo tendrá el carácter preventivo sino además y especialmente una naturaleza reparatoria.

Pero ¿por qué seguir debatiendo sobre este tema? Tal vez la justificación está en que aún no existe una armonización, convicción, claridad de todos los actores involucrados en el estudio, comprensión y aún más importante, aplicación de la acción

¹⁹⁸ De la primera realizada por Ramiro Ávila a todos los autores que toman en cuenta este tema y lo dan por obvio. Ver también: Juan Montaña “Aproximación a la Acción de Protección”, en eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, t. 2 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / CEDEC), 104-5.

de protección respecto de su naturaleza jurídica: definición, características distintivas, finalidad y alcance. Tampoco se ha aclarado de forma concluyente y fundamentada en datos jurisprudenciales su naturaleza jurídica.

En este contexto, se debe reconocer que el interés por determinar la naturaleza jurídica del amparo también estaba presente en la doctrina e incluso en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana previa al cambio constitucional de 2008.¹⁹⁹ Sin embargo, más allá de un interés teórico, destacamos que la determinación de su naturaleza jurídica permite establecer el alcance-nivel en que esta garantía materializa la protección de los derechos constitucionales, así como su ámbito de acción, de allí la importancia para este estudio.

Otras justificaciones para continuar con el debate de su naturaleza jurídica se encuentran en el funcionamiento, la práctica jurisdiccional que sigue reproduciendo algunas características de las etapas “ya superadas” de su desarrollo histórico, a ello hay que agregar la formación judicial formal, la regulación legal restrictiva; o incluso, la utilización y abuso en la utilización de la garantía. Profundizar en su naturaleza jurídica nos permita evidenciar la necesidad de identificar y superar el origen de estos obstáculos.

Por otro lado, si como dijimos entre las principales finalidades del cambio constitucional de 2008 estaba que todos los derechos constitucionales sean justiciables, no únicamente con carácter preventivo y temporal, sino definitivo, la naturaleza jurídica de la institución debería responder a esta finalidad sustancial que conlleva la eficacia de la garantía.

A pesar de todas las interrogantes, es claro que se buscó superar los criterios determinadores de la procedibilidad que restringían la eficacia del amparo. Estos se refieren a la gravedad e inminencia del daño²⁰⁰ criterios que, al estar sometidos a la evaluación judicial muchas veces imprecisa y subjetiva del nivel de afectación de los derechos, limitaba aún más su protección.

¹⁹⁹ Una detallada y extensa investigación la realiza Rafael Oyarte Martínez, *La acción de amparo constitucional: Jurisprudencia dogmática y doctrina* (Quito: Fundación Andrade y Asociados, 2003), 124.

²⁰⁰ “Art. 46. El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de *acto ilegítimo* de autoridad de la administración pública que *haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable* y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos”. Ecuador, *Ley de Control Constitucional*, Registro Oficial 280, 8 de marzo de 2001; énfasis añadido.

Además, la declaración de la violación del derecho y la reparación integral no eran claramente el objeto del amparo, esta atribución se concedió a la justicia ordinaria y a través de un proceso también ordinario.

2.3.2. Garantía de conocimiento o de fondo, no cautelar

Existen varios cuestionamientos, dudas e imprecisiones, respecto a las notas diferenciadoras, la naturaleza jurídica y las relaciones de tres instituciones íntimamente afines como el amparo, las medidas cautelares y la vigente acción de protección.

Algunos estudios dan por superadas y aclaradas estas diferencias, pero la práctica judicial constitucional no lo hizo, de allí la necesidad de levantar el velo que cubre la naturaleza jurídica de las mismas, para ello nos serviremos de las características diferenciadoras, las normas que las regulan y su funcionamiento. Esta indagación nos permitirá esclarecer si el cambio normativo de la Constitución de 2008 no fue únicamente nominal.

Este propósito provoca algunos cuestionamientos: ¿Cuál es la diferencia central entre el amparo, la acción de protección y las medidas cautelares en cuanto a su naturaleza jurídica? ¿Cuál es la diferencia principal entre procesos de conocimiento y procesos declarativos en el derecho procesal constitucional? ¿Qué relación existe entre un proceso de conocimiento, uno declarativo y uno cautelar?

Las tres garantías tienen, normativamente, un objeto claramente determinado y nombres diferentes. El amparo además de tener como objeto la adopción de medidas urgentes, preventivas, también apaleaba a otra finalidad como es la remediación inmediata de las consecuencias de la vulneración constitucional. Por tanto, actuaba antes y después de la consumación de la violación de derechos. La acción de protección puede denominarse un proceso urgente y compuesto en cuanto su ámbito de actuación o finalidades. Ya que se despliega urgentemente precisamente antes de que se produzca el daño por tanto su finalidad es preventiva; pero también frente a un daño ya producido, para cesar la vigencia de su actuación y remediar los daños. El carácter de la decisión judicial es definitivo.

Sin embargo, el desarrollo normativo del artículo 95 de la Constitución de 1998 es impreciso debido a que en algunos apartados se refiere a medidas preventivas y en otros a medidas reparatorias; en parte de su contenido parece incluir solo amenazas a

derechos, y en otro a actos ya realizados. Este parece ser el origen de la errática jurisprudencia, doctrina y práctica judicial restrictiva como hemos analizado.

Por su parte, las medidas cautelares, actualmente vigentes, son únicamente preventivas ya que su finalidad no es la remediación o reparación, sino únicamente suponen ordenar judicialmente medidas con carácter urgente, frente a dos situaciones: o una violación ya concluida que puede seguir causando daño y por tanto debe cesar, o, para evitar la confirmación de una potencial violación.²⁰¹ Como comprobamos su objeto es también la adopción de medidas urgentes, preventivas, pero no busca la finalidad de remediación. Esta garantía actúa antes y después de la violación de derechos pero con alcances diferentes. Así, las medidas cautelares pueden comprenderse como unidireccionales y urgentes. El carácter de la decisión judicial en este caso es temporal o provisional y esta es otra de sus notas diferenciadoras. Aunque como algunos doctrinarios advierten, la concesión de medidas cautelares, en ciertos casos, ya cumplirían su función reparadora²⁰² de los derechos vulnerados y por tanto es secundaria la aspiración de ser definitivos, otros por el contrario consideran que las medidas cautelares no pueden ser adecuada para garantizar los derechos.²⁰³

En cuanto a la acción de protección, su objeto luce tan completo como el establecido en el amparo ya que busca proteger de manera urgente y preferente los derechos constitucionales, declarar la violación de derechos y el daño, pero establece como su objetivo también la reparación integral que proceda. Esta garantía procede cuando existe una violación de derechos constitucionales consumada, se trata de un proceso urgente, y puede tornarse también compuesto debido a que el juez puede ordenar y las partes pueden solicitar medidas cautelares cuando las crean procedentes en el mismo proceso o independientemente. Por otra parte, es difícil concebir un caso de violación de derechos en los que no sea necesario activar medidas cautelares para cesar —dependiendo de la casuística— que la violación ocurra o continúe ocurriendo.

De la simple descripción normativa encontramos lo siguiente:

²⁰¹ Ecuador, *Constitución de 2008*: “Art. 87. Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.

¹⁹⁶ Ver Alex Valle, *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012).

²⁰³ David Cordero Heredia, “¿Al fin una garantía jurisdiccional que funcional? Análisis de la acción constitucional de protección”, en Autores varios, *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, 241.

Tabla 4
Comparación de la regulación normativa del objeto del amparo, medidas cautelares y acción de protección

Tema	Recurso de Amparo	Medidas cautelares	Acción de protección
Objeto	<p>La adopción de <i>medidas urgentes</i>, destinadas a hacer <i>cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente</i> las consecuencias de un acto...violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales. [...] “y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública”.</p> <p>Conclusión: Urgente, Mixto. Daño grave por producirse para evitarlo y daño producido para cesarlo y remediarlo. Con carácter definitivo. El artículo es impreciso debido a que en algunos apartados se refiere a medidas preventivas e otros a medidas reparatorias, en parte de su contenido parece referirse solo a la amenaza y en otro a actos ya realizados.</p>	<p><i>Evitar o cesar la amenaza o violación</i> de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.</p> <p>Urgente preventivo. Daño por producirse, para evitarlo y daño producido para cesarlo. Con carácter provisional.</p>	<p>Amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos <i>Cuando exista una violación</i> de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.</p> <p>Urgente, Mixto: El juez puede ordenar y las partes pueden solicitar medidas cautelares cuando crean precedente. (Arts. 13.5 y 10.7 LOGJCC) Daño producido para cesarlo y remediarlo. Con carácter definitivo. Las medidas cautelares se transforman en opcionales</p>

Fuente: Constitución de 1998 y LOGJCC.
 Elaboración propia.

La diferencia normativa entre el amparo y la acción de protección no es radical, para que provoque un aporte para la comprensión de las diferencias mutuas; sin embargo, las medidas cautelares son las que pueden establecer importantes pautas teóricas diferenciadoras en cuanto al objeto de protección, su finalidad, requisitos y alcance de la actuación judicial.

El origen de las medidas cautelares en la justicia ordinaria supone preservar una obligación, prueba, documento que goza de fuerza ejecutoria (sentencia, documento ejecutivo en materia ordinaria) según la ley. Por ello se entiende que las medidas cautelares no son de conocimiento porque su finalidad no es declarativa, mientras que la acción de protección si es de conocimiento porque además de declarar la vulneración de derechos el juez declara, decide sobre un asunto de fondo esto es otorgar medidas reparatorias. Por tanto, la diferencia principal entre procesos de conocimiento y procesos

declarativos en derecho procesal constitucional se encuentran identificados en estos procesos.

Es necesario profundizar en los argumentos de algunos teóricos del constitucionalismo ecuatoriano que en la búsqueda de diferenciar entre el amparo la acción de protección y las medidas cautelares, se centran en las características de los procesos de conocimiento frente a los cautelares;²⁰⁴ y, otros consideran importante, diferenciar entre procesos de conocimiento frente a los declarativos en materia de garantías constitucionales y han ubicado a la acción de protección como un proceso de conocimiento no declarativo.²⁰⁵ Rafael Oyarte consideraba al amparo como un proceso cautelar, no de conocimiento ni declarativo.²⁰⁶

Pero ¿qué diferencias sustanciales y qué importancia tienen estas posturas sobre la naturaleza jurídica del amparo, la acción de protección y las medidas cautelares?

El derecho procesal, es la rama del derecho que desarrolla las categorías y principales conceptualizaciones de los diferentes tipos de procesos, estos como hemos advertido se han adaptado o tomado como referencia para diferenciar la naturaleza jurídica de garantías como la acción de protección, el amparo y las medidas cautelares, por ello indispensable revisarlas para tener mayor precisión y claridad en su utilización.

Hernando Devis Echandía²⁰⁷ clasifica a los procesos *en declarativos genéricos o de conocimiento y procesos de ejecución* y diferencia a cada uno con relación a sus distintas funciones. Así, si la finalidad es la declaración de un derecho, responsabilidad o la constitución de una relación jurídica y por tanto la función del juez es determina o declarar quién tiene el derecho, serán procesos declarativos genéricos, de juzgamiento o conocimiento. En este caso hay una pretensión controvertida entre las partes que el juez concluye mediante sentencia.

²⁰⁴ Ramiro Ávila, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos” En Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1998. 94. Ver también. *Los derechos y sus garantías*, Quito CEDEC, CCE, 216. “En la Constitución de 1998 la acción constitucional que tutela derechos humanos era exclusivamente cautelar. [...] La acción de protección no es el amparo ni tampoco es cautelar. La acción de protección es de conocimiento y las medidas cautelares son provisionales. La distinción está en la relación temporal entre violación y la acción judicial.”

²⁰⁵ Ismael Quintana, *La acción de protección* (Quito: CEP, 2016), 67.

²⁰⁶ *Ibíd.*, 168. “Es un proceso de naturaleza eminentemente cautelar, o es un proceso de conocimiento ni declarativo.” “la tutela o protección que se otorga mediante el amparo es de carácter netamente cautelar, es decir, se toman medidas provisionales de defensa o seguridad del derecho, mas no se declara dicho derecho ni se resuelve un asunto de lato conocimiento”.

²⁰⁷ Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso: Aplicable a toda clase de procesos*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Editorial Universidad), 160-71.

Por otro lado, cuando no existe una “pretensión discutida” sino una pretensión clara y determinada pero no cumplida por una parte, el proceso se denomina ejecutivo. Por tanto el juez no decide o resuelve sino ejecuta.

Como vemos para los técnicos del derecho procesal la categoría de procesos declarativos y de cognición se utilizan como sinónimos e implican una actuación judicial para cambiar la situación jurídica de las partes mediante el criterio judicial adquirido y manifestado por el juez en una sentencia. En definitiva, el *proceso de conocimiento* o de cognición es aquel que tiene como finalidad que el juez resuelva una controversia con sus respectivas consecuencias jurídicas para las partes.

Por su parte, el proceso cautelar, en cuanto a su finalidad, no entra en el ámbito de comparación con las dos categorías de procesos descritos (de conocimiento y ejecutivo). La finalidad de prevención de los daños no busca proyección en los derechos o situación jurídica de las otras partes y no tiene por característica ser contencioso es decir no hay una controversia, ni al acudir al juez se busca dirimir un conflicto.

Según Echandía, el proceso cautelar, a su vez en virtud de la finalidad perseguida, se subclasifica en *conservativo e innovativo*. El proceso conservativo buscará precisamente que no se modifique una situación jurídica mientras que el innovativo por el contrario buscará que se produzca un cambio pero de forma provisional. Este último puede ser a su vez un proceso autónomo como uno previo al proceso.

Esta es pues la diferencia central entre estos dos tipos de procedimientos. Mientras que la acción de protección buscará la declaración de un derecho, responsabilidad o la constitución de una relación jurídica, el proceso cautelar buscará o que no se produzca o que si se produzca una situación jurídica, de manera provisional.

Por su parte, el amparo fue considerado en su momento como cautelar y no declarativo y de conocimiento debido a que con el mismo “no se declara la ilegalidad del acto impugnado, no se cuantifica la gravedad del daño, por lo que no indemniza, ni tampoco declara el derecho del peticionario”.²⁰⁸ Esta postura se descubre más que en la norma constitucional que como vimos tiene un contenido más amplio, en la interpretación que de ella ha hecho la doctrina y la práctica jurisdiccional del Tribunal Constitucional de aquella época.

Pero, en efecto no todo es tan pacífico, hay una discusión adicional debido a que algunos autores diferencian entre procesos declarativos y procesos de conocimiento. Y

²⁰⁸ Oyarte, *La acción de amparo constitucional*, 167.

utilizan estos contrastes para diferenciar al amparo de la acción de protección. Ismael Quintana, por ejemplo, indicará que la acción de protección es un proceso de conocimiento y no declarativo, por tanto el juez tendrá competencia de resolver el asunto principal, no declarará ni reconocerá la existencia de un derecho o una situación jurídica.²⁰⁹

Sin embargo, consideramos importante hacer a esta postura una breve reflexión, la “declaración” como bien lo indica Devis Echandía es uno de los principios fundamentales del derecho procesal y su finalidad ya que el derecho procesal es instrumental y sirve de puente para conseguir fines más sustanciales como tutelar, ejecutar, garantizar los derechos, mas no crearlos ya que la creación de los mismos deviene de la ley o, en nuestro caso, de la Constitución.²¹⁰ Por tanto, ninguno, ni en el derecho ordinario, ni en el derecho constitucional busca la declaración de un derecho en el sentido de creación legislativa del mismo.

Otros no se detienen en las diferencias entre proceso declarativo o de conocimiento pero si se centran en diferenciar el proceso de conocimiento de uno cautelar y sostienen que el amparo²¹¹ es un proceso cautelar, no declarativo ni de conocimiento con los siguientes argumentos: 1) La concesión del amparo no implica declarar la ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto, ni se declara el silencio administrativo, sino que se ordena a la autoridad o enmienda la omisión o se pronuncie sobre lo solicitado. 2)

Estos criterios se fundamentan en diferenciar además los diversos tipos de procesos de conocimiento.

El proceso de conocimiento se clasifica en proceso de conocimiento cuyo objeto es una mera declaración, sin prestación de la contraparte o cuyo objeto es una declaración constitutiva o que crea realmente una situación jurídica.

Por el contrario, el *proceso declarativo*, por sus características de provisionalidad, no busca resolver el fondo, *no hay contradicción ni controversia*, ni asunto debatido, tanto así que *no es indispensable la presentación* de pruebas ni notificaciones a las partes. Los jueces no emiten propiamente una sentencia sino dictaminan una medida provisional que tampoco implicará una sanción a una de las partes sino la declaración, suspensión, de una situación jurídica.

²⁰⁹ Quintana, *La acción de protección*, 66.

²¹⁰ *Ibíd.*, 58.

²¹¹ Oyarte, *La acción de amparo constitucional*.

Las medidas cautelares tendrán mayor similitud a un proceso declarativo que a uno de conocimiento.

El Derecho común distingue entre procedimientos de conocimiento de los procedimientos cautelares. La visión clásica del derecho concibe a los procedimientos cautelares como un medio –incidente- para asegurar el resultado -la sentencia- del proceso principal, esto es del procedimiento de conocimiento –principal-. Esto torna a las medidas cautelares en secundarias, instrumentales, y no autónomas respecto de la finalidad principal de cada caso.

Estos alcances de las medidas cautelares en el derecho ordinario, pueden ser el origen de las medidas cautelares constitucionales, más no son asimilados totalmente en esta área especializada del derecho ya que, debido a sus especificidades y finalidades en especial la protección de derechos constitucionales, han tenido una especial giro y enfoque.

Así, podemos encontrar características diferenciadoras entre la garantía de conocimiento o de fondo, frente a una garantía cautelar:

Garantía de conocimiento o de fondo. - Una garantía de conocimiento tendrá como finalidad resolver de modo definitivo la vulneración del derecho constitucional.

Garantía cautelar será provisional y revocable, esto implica que protegerá temporalmente un derecho y cesará únicamente cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos. Sin embargo, en el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano puede ser autónoma o estar vigente mientras se resuelve la garantía de conocimiento o de fondo. Por otro lado una garantía cautelar es urgente, preventiva para evitar la verificación del daño.

Tabla 5
Comparación de los elementos centrales de la regulación normativa del amparo, medidas cautelares y acción de protección

Tema comparado	Recurso de Amparo	Medidas cautelares	Acción de protección
Objeto	Cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de la vulneración de un derecho fundamental.	Evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.	Cuando exista una violación de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial
Tiempo de actuación del juez según el objeto protegido	Antes de que se materialice la vulneración y después cuando el daño sea remediable.	Antes o después de que se materialice la vulneración. Se presentan conjuntamente o autónomamente de la acción de protección. Ordenadas de manera inmediata y urgente desde que recibió la petición.	después de que se materialice la vulneración
Requisitos	Atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable	Hecho que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.	1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.
	Semi autónomo, no subsidiario excepto en caso de que el juez no pueda dejar sin efecto el acto violatorio en ese caso se torna subsidiaria esta garantía frente a la justicia ordinaria.	Independiente o conjuntamente a un proceso de garantías	Autónomo, no subsidiario pero con ese efecto por disposición legal.
Naturaleza procedimental	Mixta, suigéneris: cautelar-preventiva y reparatorio de conformidad con normas Provisional	Provisional, no constituirá prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrán valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos. Si bien es provisional dependiendo del derecho bastará para la total reparación una medida de este tipo.	De conocimiento y Reparatoria= pero en la mayoría de casos debería ser cautelar también. La ley lo deja a criterio del accionante.
Finalidad	La suspensión definitiva del acto u omisión impugnados disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado, sin perjuicio de las que se hayan adoptado en forma preventiva. = existían normativamente medidas cautelares en el amparo.	Deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener , tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto , la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos.	Reparación integral
Tipo de jurisdicción	Jurisdicción mixta constitucional y administrativa respecto de la reparación y al procedimiento que se centró en demostrar la inminencia y gravedad del daño	Jurisdiccional constitucional	Jurisdiccional constitucional excepto la reparación económica
Resuelve a través de	Resolución	Resolución	Sentencia

Fuente y elaboración propias.

En conclusión: el amparo fue mixto en lo normativo pero cautelador en la práctica; la acción de protección es reparatoria pero puede también ser cautelador, por tanto toma lo mejor de las dos posturas.

La contraprestación para la otra parte –Estado– sería la reparación integral o la realización o no de un acto. Pero, podemos decir que no ha existido reparación en las sentencias de amparo.

Actualmente, como es conocido, la acción de protección protege derechos y tiene como finalidades la *declaración* de la vulneración de los derechos, así como la *reparación integral*,²¹² mientras que, las medidas cautelares²¹³ y el amparo constitucional²¹⁴ en su tiempo, buscaba evitar, detener o cesar la amenaza de la violación de los derechos constitucionales.

Con este argumento, se ha intentado equiparar el objeto de las medidas cautelares vigentes en la Constitución de 2008 con la acción de amparo consagrada en la Constitución de 1998.²¹⁵ A partir de una lectura inicial y literal, se podría deducir que su finalidad no radicaba en declarar la vulneración de un derecho, anular un acto administrativo o garantizar una reparación integral, sino en la mera suspensión provisional del acto cuestionado.²¹⁶ Sin embargo, cabe preguntarse: ¿podemos afirmar categóricamente que con el amparo no se protegían derechos, no se reparaba, o que no se juzgaba un acto capaz de vulnerar potencial o realmente un derecho?²¹⁷ Antes de realizar

²¹² Ecuador, LOGJCC, art. 6, inciso 1. Finalidades no aplicables a todas las garantías a excepción de las medidas cautelares.

²¹³ *Ibíd.*, art. 26.

²¹⁴ Ecuador, *Constitución de 1998*. “Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se *requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública*, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, *de modo inminente, amenace con causar un daño grave*. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública”.

²¹⁵ Ver Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos: Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, 95-7; Daniel Uribe, “Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, eds. Juan Montaña y Angélica Porras (Quito: CCE y CEDEC, 2011).

²¹⁶ Ver Oyarte, *La acción de amparo constitucional*, 171 y ss.

²¹⁷ Ver Roberto Euclides Villarreal Cambizaca, “Medidas cautelares: Instrumento de protección de derechos humanos” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009), <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1122>.

una comparación normativa y jurisprudencial de los alcances de estas tres figuras, resulta indispensable analizarlas en detalle para comprender sus diferencias y similitudes.

Ya en 2006, Rafael Oyarte determinaba que el amparo tenía naturaleza cautelar;²¹⁸ sin embargo, como lo evidencian las sentencias del Tribunal Constitucional el tema no era pacífico y existieron criterios contradictorios al respecto. Esta postura se demuestra en sus sentencias. Lo que no estaba en discusión es que el amparo era un proceso autónomo.

Las dudas principales se encuentran en la diferencia entre una medida cautelar y una acción. Además entre las características de un proceso de conocimiento y declarativo de uno cautelar. Aplicar la teoría general del derecho procesal parece no encajar completamente en esta figura, por la especificidad de la materia constitucional regulada.

En este contexto, una medida constitucional de conocimiento resolverá sobre el fondo del asunto —vulneración del derecho y reparación integral que corresponda— mientras que una medida cautelar es siempre temporal ya que no juzga ni da una solución definitiva al problema jurídico de fondo por tanto su carácter preventivo-declarativo.

La falta de determinación de la indemnización y la cuantificación del daño y es un criterio pero no en todos los casos es cuantificable el daño y necesaria una indemnización, tal vez en muchos la reparación sea regresar las cosas al estado anterior o no ejecutar un acto.

Por tanto, el amparo procedía solo excepcionalmente en dos casos, 1) cuando se producía una violación de derechos grave e inminente, por tanto, la garantía era excepcional y actuaba únicamente cuando el juez confirmaba o consideraba la violación de derechos con esta calificación o adjetivación; y 2) cuando la vulneración era inminente, es decir aún no acontecía, pero era una amenaza cierta. Es aquí donde se encuentra el quid del problema de la regulación del amparo: la solución judicial en los dos casos tenía las mismas características de transitoriedad y provisionalidad, tanto si se verificaba la vulneración, como si se confirmaba únicamente la una amenaza de vulneración del derecho. Así, el juez constitucional no cerraba de forma definitiva el asunto debatido. Por tanto, la misma garantía era aplicada para dos casos radicalmente diferentes y los efectos de la resolución judicial eran únicamente cautelares no reparatorios ni definitivos. Por sobre esta resolución provisional se encontraban los jueces de lo contencioso administrativo.

²¹⁸ Oyarte, *La acción de amparo constitucional*, 167-74.

2.3.3. Garantía directa²¹⁹ y efectiva, no residual ni subsidiaria

En este acápite es importante demostrar La constitucionalización de la ampliación del acceso a la acción de protección versus la determinación legal de subsidiariedad.

Algunas posturas teóricas no encuentran diferencias entre la subsidiariedad y la residualidad,²²⁰ otras más acertadas distinguen estos conceptos con claridad, como las de Agustín Grijalva, Ismael Quintana y otros. En efecto los dos conceptos son diferentes y es fundamental identificar estas dos figuras especialmente por el alcance que tiene esta consideración en el mayor o menos acceso a esta garantía y en el respeto de su real naturaleza jurídica. Si la acción de protección es subsidiaria requerirá que se demuestre que *no exista otro mecanismo judicial* para la protección de los derechos, y por tanto la acción de protección se torna en una vía secundaria, indirecta que actúa solo a falta de otra. Mientras que la residualidad implica *agotar la vía judicial* está dentro de este tipo de garantías la acción extraordinaria de protección que requiere precisamente el agotamiento de la vía judicial ya que procede únicamente cuando exista una sentencia o auto definitivo.

La subsidiariedad es un requisito de procedibilidad en materia de garantías como la acción de protección y fue inconstitucionalmente incluida en el artículo 42.4 de la LOGJCC que indica:

La acción de protección de derechos no procede: [...] 2. Cuando el *acto administrativo* pueda ser impugnado en la *vía judicial*, salvo que se demuestre *que la vía no fuere adecuada ni eficaz*.²²¹

La subsidiariedad consiste, como establece la norma, en la obligación o carga al accionante de demostrar que el acto administrativo no puede ser impugnado en la vía judicial o demostrar que la vía judicial que existe no es adecuada ni eficaz. Esto implica

²¹⁹ La primera referencia a esta característica de la naturaleza jurídica de esta garantía la encontramos en el texto de Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, eds. Santiago Andrade Ubidía, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009).

²²⁰ Ver Juan Montaña, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, eds. Juan Montaña y Angélica Porras (Quito: CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición), 113-8.

²²¹ Ecuador, LOGJCC, art. 42, num. 2; énfasis añadido. De la lectura de este artículo se da como consecuencia obvia la subsidiariedad. Así, solo si no se puede activar la vía legal queda habilitada como opción la vía Constitucional.

una desviación en la actuación principal tanto del juez como del accionante. Como indicamos, el objeto de la garantía consiste en proteger derechos constitucionales y por tanto el accionante lo que debe demostrar es la vulneración de un derecho constitucional no la ineficacia del sistema jurídico en el área administrativa.

Otro problema de este requisito de procedibilidad consiste en que no existe ningún acto administrativo que esté excluido y por tanto que no pueda ser impugnado por la vía judicial. Ninguna disposición legal, en el COA, indica esta excepcionalidad. Una interpretación errónea de esta disposición podría resultar, en la práctica, en que ningún acto u omisión administrativa pueda ser impugnada en la vía constitucional.

Lo adecuado es comprender que la intención legislativa era evitar el abuso de esta garantía pero no su restricción peor aún su eliminación. Consideramos que esta disposición tiene por finalidad evitar que a través de la acción de protección se evadan las vías ordinarias cuando ellas sean procedentes. Para llegar a esta interpretación la segunda parte del numeral nos puede dar una solución al considerar que para demostrar que la vía judicial ordinaria no es adecuada ni eficaz se debe demostrar la afectación de un derecho constitucional que tiene una garantía específica como es la acción de protección.

El término subsidiario viene, como la concepción de la reparación integral, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el principio de subsidiariedad se entiende como el reconocimiento de que los Estados son los principales responsables de garantizar y proteger los derechos humanos. Es decir, el sistema internacional actúa únicamente cuando las instancias nacionales no han sido eficaces para brindar justicia o reparación.

El fundamento del principio está en el respeto al principio de soberanía estatal y en el hecho de que los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos no sustituyen a las autoridades nacionales, sino que complementan su labor cuando estas fallan. En la práctica el agotamiento de recursos internos implica que, antes de que un caso sea admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se exige que la víctima haya agotado todos los recursos judiciales disponibles en su país. El sistema observa un rol complementario o directo solo cuando el sistema de justicia interno es ineficaz, inexistente o actúa de forma arbitraria, el SIDH puede intervenir para

garantizar protección efectiva de los derechos.²²² La Corte IDH ha reafirmado este principio en múltiples ocasiones. Por ejemplo, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), señaló que:

"El sistema de protección previsto en la Convención Americana es de carácter subsidiario y complementario con respecto a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes."

Por otra parte se podría comprender que la acción de protección es una vía **no sustitutiva**.²²³ Al respecto, algunas precisiones. Johanna Romero al estudiar las características de la acción por incumplimiento indica que tanto esta acción como la de protección no son vías sustitutivas, e indica que estas no se activan "de primera mano" es decir cuando existen vías ordinarias que persigan el mismo fin. Se entiende por tanto que serían sustitutivas si actuaran a pesar de existir una vía ordinaria. Este enfoque respecto de la sustitución es el sustento de la subsidiariedad de la acción de protección ya que si la vía ordinaria existe y es eficaz no procedería la acción de protección ya que al existir una vía ordinaria adecuada y eficaz no puede ser sustituida por una vía constitucional. Esto es la falta de cumplimiento de estos presupuestos es fundamental para poder activar la vía constitucional. Esto referido a la acción de protección la tornaría una última vía y no una directa como indica la Constitución.

Sin embargo, es necesario aclarar que las vías ordinarias y las constitucionales, tienen fines,²²⁴ materia²²⁵ y competencia judicial claramente diferenciada, en el primer caso se buscará la protección de un derecho de rango legal, a través de jueces de lo contencioso administrativo; y, en el segundo un derecho constitucional mediante la actuación de un juez de garantías constitucionales, por ello el calificativo de vía no sustitutiva debería, en el caso ecuatoriano estar acotado a la consideración de que a cada vulneración corresponde una acción y vía diferente en una suerte de competencia

²²² El principio de subsidiariedad no está expresamente mencionado como tal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pero se desprende del artículo 46, que regula los requisitos de admisibilidad de una petición o comunicación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Convención Americana de Derechos Humanos. "Artículo 46. Requisitos de Admisibilidad. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos"

²²³ Ver, Johana Romero, "La acción por incumplimiento: Garantía de la seguridad jurídica", en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, eds. Juan Montaña y Angélica Porras (Quito: CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición), 235.

²²⁴ El proceso contencioso administrativo buscará según el tipo de acción dos finalidades diferentes.

²²⁵ El Código Orgánico General de Procesos indicará las competencias.

diferenciada y específica. De este modo, ante una vulneración de carácter constitucional, se aplica una garantía constitucional, no una ordinaria; y, frente a un asunto de mera legalidad, se recurre a la vía ordinaria. En consecuencia, la acción de protección como vía constitucional no sustituye a la vía ordinaria, aunque en otras garantías, como la acción extraordinaria de protección, podría desempeñar ese papel.

Ahora bien, es interesante la postura de la autora en ciernes cuando indica que la subsidiariedad implica posibilidad de sustitución de vías. Consecuentemente dice, la subsidiariedad *de origen* implica dos escenarios, uno es *la no subsidiariedad* de la garantía cuando se demuestra que no procede la cuando se llega a determinar que la vía ordinaria para precautelar el derecho *si existe*. Otra, *es la subsidiariedad* de la garantía constitucional cuando si procede la acción de protección al *no existir* la vía ordinaria.

Bajo estas premisas cabe un análisis del escenario uno, y que consideramos aplicable a la naturaleza jurídica de la acción de protección. En efecto es cierto que la acción de protección no es subsidiaria o no “sustituye” a la vía ordinaria cuando esta vía existe para proteger el derecho, pero a esta reflexión cabe un matiz ya que el derecho que sí puede ser protegido es uno de rango legal.²²⁶

Por otro lado, respeto de la subsidiariedad *superviniente*,²²⁷ que se da cuando a pesar de que existe vía ordinaria, esta no es eficaz o más protectora, parece más aceptable, pero también genera ciertas dudas, en primer lugar esta consideración parte de dar mayor importancia, priorización a la vía ordinaria y no a la naturaleza y características especiales

²²⁶ Según la RAE la subsidiariedad tiene varios criterios que en el ámbito jurídico implica la activación de un órgano internacional, siempre y cuando no haya sido posible la actuación estatal. El criterio de subsidiariedad viene del Derecho Internacional de los derechos humanos en el caso concreto de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1. *Gral.* Criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma.

2. *Eur.* Principio regulador del modo de ejercicio de la competencia compartida de la UE para limitar la intervención de las autoridades comunitarias a los supuestos en que una acción normativa común sea necesaria debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la UE, y los Estados por sí solos no puedan ser eficaces. No es título de atribución de competencias ni una técnica de reparto de competencias.

TUE, art. 5.3.

3. *Int. púb.* Principio que rige las relaciones entre la protección de los derechos humanos que deben garantizar los Estados a través de sus ordenamientos internos, y la actuación de control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a la hora de valorar la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por los Estados partes, conforme al cual corresponde en primer lugar a los Estados partes garantizar el respeto de los derechos humanos reconocidos en el CEDH, y con ese fin disfrutan de un margen de apreciación, ya que son las autoridades locales las que mejor conocen las necesidades y condiciones existentes en el plano nacional para hacer efectivos tales derechos, mientras que al TEDH le corresponde llevar a cabo el control de la actuación de las autoridades locales en el cumplimiento del CEDH dentro del margen de apreciación de que disponen.

²²⁷ Ver Romero, “La acción por incumplimiento”, 236-8.

de los derechos protegidos a través de una garantía.²²⁸ En segundo lugar una vía constitucional es siempre más eficaz y protectora de derechos constitucionales que una vía ordinaria, de allí que sea una garantía específica y de rango constitucional.

Por eso, es necesario dar una lectura más profunda de la subsidiariedad y cómo opera en las diferentes instituciones jurídicas, no será por tanto la subsidiariedad un requisito de toda garantía constitucional sino de algunas que por su naturaleza no tienen carácter de amparar directamente los derechos constitucionales, allí justamente cuando ya la obligación estatal de protección de derechos humanos no fue cumplida. Y tampoco podemos importar sin beneficio de inventario la figura de la subsidiariedad en materia de derecho internacional de los derechos humanos.

El agotamiento de la jurisdicción interna como requisito para acceder a la vía internacional se fundamenta, por un lado, en que el Estado, como titular de obligaciones, tiene el deber de garantizar los derechos, lo cual incluye investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Por otro lado, el Estado, como proveedor del mandato, establece que para recurrir a los tribunales internacionales y ceder parte de su soberanía, las personas deben primero agotar los recursos disponibles a nivel interno. En este contexto, resulta esencial distinguir las justificaciones de la subsidiariedad en la protección de los derechos constitucionales y reflexionar sobre la pertinencia de importar conceptos internacionales sin considerar adecuadamente el contexto y alcance específicos de cada uno. Esto evita confusiones y asegura que los principios aplicados respondan al marco jurídico y la realidad nacional.

Como indica el Preámbulo de la Convención Americana, la protección internacional es coadyuvante o complementaria a la jurisdicción nacional y esto la convierte en una jurisdicción de naturaleza eminentemente residual a la justicia interna de los estados miembros.²²⁹

Ahora, incluso esa residualidad en el derecho internacional de los derechos humanos está sometida a un parámetro fundamental como es la idoneidad de la vía de protección de los derechos. Así, los recursos a agotar en la vía interna deben ser adecuados e idóneos y no únicamente formal y normativamente establecidos. Solo

²²⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11.6.

²²⁹ Ver Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos.

superado el requisito de idoneidad de los recursos, estos deben ser agotados previamente, caso contrario no.²³⁰

Para aclarar aún más el tema de la subsidiariedad, Héctor Faúndez Ledesma manifiesta que:

La Corte ha sostenido que, para que tales recursos existan, no basta con que estén previstos por la Constitución o la ley, o con que sean formalmente admisibles, si no que se requiere que sean realmente idóneos para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.²³¹

Entonces, este derecho especializado nos indica que más importante que la existencia formal y normativa de recursos de protección de los derechos es la existencia real y práctica de acceso efectivo a los recursos ordinarios. Por otro lado, como vemos el derecho internacional de los derechos humanos no diferencia la competencia de protección de derechos humanos y la asigna tanto a la justicia ordinaria interna, sin diferenciarla con la Constitucional, como a la justicia internacional.

Por eso, es indispensable hacer algunas consideraciones que permitan distinguir la materia regulada por la justicia internacional y la interna en materia de protección de derechos humanos. En Ecuador, la competencia de resolver la vulneración de derechos constitucionales es exclusiva de la jurisdicción constitucional por ser una materia especial, por tanto, mal puede ponerse como requisito de acceso a la justicia constitucional agotar otra vía como la ordinaria.

En este contexto, no es aplicable la idea de subsidiariedad originada en el derecho internacional de derechos humanos, a la acción de protección, debido a que son contextos, áreas del derecho, entes que participan, características del procedimiento y objetivos diferentes. Además de otros temas relevantes como la materia, el tiempo y su regulación legal.²³²

La acción de protección es una acción que por su objeto, no entra en conflicto ni se superpone con una jurisdicción internacional, además las razones de su existencia si bien son similares, esto es la protección de derechos, las vías son diferenciadas debido a que, en la acción de protección, el órgano que la imparte está dentro de un estado y luego de que su obligación de respeto de los derechos no haya sido cumplida. Si la acción de

²³⁰ Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 29 de julio de 1988”, *Caso Velásquez Rodríguez*.

²³¹ Héctor Faúndez Ledesma, “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH* 46 (2007): 43-122.

²³² Ver Quintana. *La acción de protección*, 82-92.

protección tiene todas estas diferencias claras con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más profundas serán las mismas con el derecho ordinario interno.

En el caso de la acción de protección, la idea de agotar las instancias judiciales ordinarias para acceder a instancias especiales va en franca contradicción con: 1) el mandato constitucional que considera a la acción de protección un amparo directo y por tanto autónomo de otras vías; y, 2) El mandato de inmediatez de la acción de protección. Esto implica, aquí si utilizar adecuadamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y acudir al criterio de idoneidad.

De allí surge otro importante debate que requiere aclaración a través de la jurisprudencia constitucional y consiste en establecer los criterios que permitan determinar, tanto al sujeto activo al proponer la acción de protección como al juez al declararla procedente, por qué se está ante una vulneración de derechos constitucionales o no y, por tanto, por qué una vía constitucional es la idónea.

Este problema es de compleja resolución, dado que los límites y las técnicas para distinguir entre un asunto de mera legalidad y uno que involucra derechos constitucionales aún no están completamente definidos. Esto se debe a que ambos aspectos están estrechamente relacionados, ya que el ordenamiento jurídico, al ser unitario y coherente, encuentra en la Constitución, y particularmente en los derechos constitucionales, su fundamento y validez.

Esta desafortunada determinación legal puede conducir a una posible superposición del ámbito administrativo sobre el constitucional, lo que no contribuye al entendimiento judicial de la verdadera naturaleza de la acción de protección. Como lo han demostrado diversos estudios en la materia, esta confusión es una de las principales causas de inadmisión de esta garantía.²³³

Estamos pues ante un tema que amerita la evaluación legislativa en virtud de este requisito legal la efectividad de la garantía sería nula y autorizaría a los jueces a contradecir el espíritu constitucional con el legal.

Por otro lado, la Corte Constitucional²³⁴ que a pesar de que algunas de sus sentencias se han referido al alcance de los requisitos de procedibilidad,²³⁵ no ha logrado

²³³ Ver Storini y Navas, *La acción de protección en Ecuador*.

²³⁴ Ver Sentencia No. 028-10-SEP-CC, *Caso N 0173-10-EP*, Registro Oficial 290, 30 de septiembre de 2010; también sentencia No. 098-13-SEP-CC, k, Registro Oficial 154, 3 de enero de 2014.

²³⁵ Sentencia que aclara que los requisitos de procedibilidad deben ser resueltos en sentencia y no mediante la admisibilidad.

aclarar la real naturaleza de esta garantía y frenar interpretaciones restrictivas de la misma.

De allí que es fundamental una reforma o por lo menos una aclaración interpretativa con fuerza vinculante que dilucide, con carácter no restrictivo, el alcance de esta disposición legal.

En todo caso, podemos concluir que la subsidiariedad de la acción de protección, es una característica de algunos sistemas de garantías constitucionales²³⁶ pero no del ecuatoriano. En el caso ecuatoriano esta consideración aparece inconstitucionalmente incluida en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.²³⁷

La Constitución de 2008 establece que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. Ninguno de los componentes que definen esta garantía la caracteriza como subsidiaria, secundaria o excepcional.

Debido a los efectos prácticos de la subsidiariedad es importante comprender su alcance. La subsidiariedad implica que la acción *solo se puede interponer cuando no existen otras formas “adecuadas y eficaces” de acceso a la justicia*, se confunde o no se diferencia en esta visión la finalidad de la justicia ordinaria y la constitucional. Este error da como consecuencia equiparar una pretensión de protección de derechos constitucionales que tiene características propias con una pretensión de acceso a la ordinaria de derechos legalmente regulados.

Se podría entender que la vía no es adecuada o eficaz cuando una vez agotada el derecho aún se encuentra insatisfecho. Esta posible consecuencia da origen a una relación de la subsidiariedad con la residualidad que como sabemos son sustancialmente diferentes.

Así, se entiende que una garantía es *residual* cuando para que proceda, *las vías o mecanismos de impugnación judicial se deben agotar*, esto crea una gran anarquía teórica y práctica porque en la práctica se puede llegar a confundir una vía de protección de derechos constitucionales con una de acceso ordinario a la justicia al considerar a esta garantía como una instancia más dentro de un juicio.

En conclusión, el agotamiento de la vía ordinaria es innecesaria ya que esta garantía es una acción jurisdiccional directa y autónoma, y no un recurso o una vía de impugnación dentro de un proceso ordinario. Un proceso constitucional de protección de

²³⁶ *Ibíd.*, 559-535.

²³⁷ Ver Ecuador, LOGJCC, art. 42, inc. 4.

derechos es diferente de un proceso ordinario ya que protegen derechos de diferente naturaleza y por tanto tienen objetivos distintos. Lo que no parecen identificar los jueces es ¿cuándo están ante casos de protección de derechos constitucionales y cuando ante temas que compete resolver a la jurisdicción ordinaria?

De todos los casos de inadmisión de la acción de protección, merece especial atención el inciso 1 del artículo 42 de la LOGJCC, que establece que la improcedencia de la acción ocurre cuando el juez verifica que no existe una violación de derechos constitucionales. Esta disposición es clara y coherente, ya que exige que el juez distinga entre derechos constitucionales y derechos ordinarios. Por ello, es fundamental profundizar en los elementos que permitan realizar esta diferenciación.

Aunque no se desarrollan en profundidad en esta investigación, es importante destacar las características guía que podrían facilitar al juez identificar esta distinción, las cuales resultan esenciales como criterio trascendental de admisibilidad, en consonancia con lo señalado en el artículo 42, inciso 1, de la LOGJCC.²³⁸

Con el antecedente de la importancia del numeral 1 del artículo 42, debemos analizar el numeral cuarto que señala que la garantía es improcedente para la protección contra actos administrativos que puedan ser impugnados vía judicial.²³⁹ Esta limitación nos parece inconstitucional ya que como recordamos la Constitución no excluye a los actos administrativos que puedan ser impugnados en la vía judicial, nuevamente porque de lo que hablamos es de un derecho constitucional y de una vía constitucional, no de derecho administrativo ordinario y una vía administrativa.

La consecuencia de la normativa citada es que no exista posibilidad de activar la acción de protección en actos administrativos, cuando la razón de ser de la garantía es proteger derechos constitucionales que puedan resultar afectados a través de los mismos. Esta es una restricción de la garantía incluida por la ley.

Además, no era necesaria esta disposición ya que, si lo que quería evitar es que se confundan las vías administrativas y las constitucionales bastaba el mencionado numeral 1 del artículo 42 de la LOGJCC.

²³⁸Algunos autores como Ferrajoli diferencian derechos fundamentales de derechos patrimoniales mediante la diferenciación de sus características mientras que los derechos fundamentales son derechos universales, indisponibles, inalienables, intransigibles, de estructura axiológica, se encuentran en la Constitución, e involucran relaciones tanto horizontales como verticales, los derechos patrimoniales solo involucran relaciones horizontales. Luigi Ferrajoli, "Derechos fundamentales y derechos patrimoniales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 30-5.

²³⁹ Improcedencia de la acción. Art. 42, num. 4. "Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz".

El numeral 4 del art. 42 de la LOGJCC ha dado como consecuencia la residualización de la garantía, los jueces aplican masiva y mecánicamente este numeral sin analizar el caso ni la existencia o no de violaciones de derechos, lo cual puede derivar en lo que analizaremos: indefensión de los ciudadanos, falta de seguridad jurídica, negación del estado constitucional, desorientación judicial.

En este contexto, algunos teóricos han desarrollado interesantes advertencias sobre las consecuencias negativas de la eliminación de la residualidad como característica o elemento de procedibilidad de la acción de protección y advierten que su efecto será la ordinarización de la garantía, esto es que la misma sea utilizada para evadir las vías administrativas.²⁴⁰ Justifican esta postura en un antecedente del antiguo amparo en el que en la codificación de la Constitución de 1998 al eliminar la irreparabilidad del daño (agotamiento de cualquier otra vía ordinaria de impugnación previamente) como presupuesto de admisibilidad se generó un abuso de la garantía. Es decir, se plantea que la no residualidad de la garantía da como consecuencia la superposición de competencias, la desnaturalización de la garantía y su mal uso.

Sin embargo, esta postura no se conduce ni con la naturaleza de una medida cautelar (urgencia) ni de la materia que protege una garantía (derechos constitucionales esenciales de la persona o la naturaleza y con características específicas y diferentes a los derechos ordinarios²⁴¹), peor aún de las características de un proceso de garantías: preferente, informal, ágil. En este contexto es claro que preferir la residualización de la garantía como solución a la ordinarización de la misma no es el camino ni más técnico ni más garantista porque se vuelve restrictiva de la misma.

La ordinarización de la garantía estaba lejos de llegar y lo que causó la subsidiaridad en Ecuador fue como analizaremos más adelante, en la práctica, su casi eliminación.

El tema central de preocupación de este y otros estudios es la búsqueda racional de una forma de evitar llevar a la vía constitucional asuntos de mera legalidad. Si esta es la cuestión es indispensable establecer criterios para diferenciar las vías constitucionales

²⁴⁰ Ver Pablo Alarcón, *La ordinarización de la acción de protección*, 20-1. Este autor equipara los significados de los términos subsidiaridad y residualidad. “Por tanto, cuando se dice que una acción es residual o subsidiaria, debe considerarse lo siguiente: a) Cabe interponerse cuando *no existen otras forma o vías de impugnación* (a nuestro criterio: subsidiaridad); b) Cuando las *vías o mecanismos de impugnación se han agotado* (residualidad); c) Cuando no existe *otra vía más idónea* (residualidad); d) No es procedente cuando se han activado de manera simultánea otras acciones con identidad subjetiva y objetiva”. Comentarios y énfasis añadidos.

²⁴¹ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 11.6.

y legales de impugnación de un acto administrativo. Es esta empresa posible? Unas pistas pueden encontrarse primero en la naturaleza de los derechos protegidos que nos llevará a caracterizarlos, luego en la urgencia de protección de todo derecho constitucional que por sus características se diferencian de los ordinarios

La opción elegida por el órgano legislativo fue, lamentablemente, la inclusión de la residualidad para la procedibilidad de la acción, limitando, como se verá en la práctica, no solo la actuación de los jueces y su argumentación como bien lo advertía Pablo Alarcón, sino la utilización perniciosa de esta limitación legal que desemboca en la restricción del acceso a esta garantía.

Por otra parte nos podemos preguntar si ¿la subsidiariedad evita la ordinarización?²⁴² Estamos convencidos de que no, por tanto no se debe preferir la subsidiariedad aunque esta implique restricción de la garantía para evitar la ordinarización y esto fue lo que sucedió en la expedición de la LOGJCC de 2009. Como hemos visto esta conclusión estaba clara durante la vigencia de la Constitución de 1998 que no establecía la subsidiariedad del amparo.²⁴³

La subsidiariedad convierte a los jueces constitucionales en verificadores de legalidad y no de constitucionalidad.

Otra pregunta central es si los jueces revisan el derecho constitucional afectado o no, o solo la legalidad de la acción presentada. Aquí también la contestación es negativa en el sentido de que, verificar la legalidad o no del acto no es competencia del juez constitucional sino del juez ordinario de lo contencioso administrativo.

2.3.4. Garantía tutelar y reparatoria

El más importante aporte de la Constitución de 2008 es que deja de debatir sobre los derechos que deben ser protegidos y por tanto se produce como efecto no solo la ampliación sino la generalización de la protección de los derechos constitucionales.

Si bien la Constitución de 2008 no limitaba literal y directamente los derechos constitucionales protegidos, lo hacía indirectamente al limitar a los legitimarios activos y al exigir que el daño sea grave. Piénsese por ejemplo en el derecho de la naturaleza actualmente protegido en la Constitución, bajo los criterios de admisibilidad y

²⁴² Para Pablo Alarcón, la ordinarización implicaría la desnaturalización de la acción de protección ya que asuntos de mera legalidad serían resueltos mediante esta acción.

²⁴³ Oyarte, *El amparo constitucional*.

legitimación activa de la anterior Constitución, jamás sería garantizado por la acción de protección a pesar de que los efectos de su alteración e irrespeto a sus ciclos repercutan en todos incluso si el hecho violatorio se configura en un lugar del país en el que no se encuentre el sujeto activo que interpone la acción. Sin la existencia de la acción pública en esta garantía simplemente el derecho puede quedar sin garantía.

Interesante resulta la reflexión que Ramiro Ávila realiza sobre este tema cuando señala que la litigación de los derechos colectivos como la salud y educación nunca pudieron ser exigidos vía amparo por este condicionamiento restrictivo.

Contrariamente a esto, como sabemos, la Constitución de 2008 contempla la acción popular sobre cualquier derecho.

La tutela del derecho o su protección es el objeto²⁴⁴ principal de la acción de protección. Por tanto, los derechos consagrados constitucionalmente y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como aquellos que devienen de la dignidad del ser humano dan cuenta de la amplitud de derechos protegidos por esta garantía. Inclusión que se logra de una lectura sistemática de la Constitución que ubica a los instrumentos de derechos humanos, al mismo nivel que la Constitución, formando parte del bloque de constitucionalidad;²⁴⁵ así también, se entienden incorporados los derechos que resulten la dignidad del ser humano, claramente incorporados en el artículo 11.7 de la Constitución ecuatoriana²⁴⁶ que al incluir como fuente de los derechos a la dignidad y a los instrumentos internacionales de derechos humanos amplía drásticamente el ámbito de actuación de esta garantía.

Por otro lado, un tema de trascendental importancia para la admisibilidad de la garantía es la naturaleza constitucional del derecho protegido, más no su proyección legal. Eso no significa que en el desarrollo legal de un derecho constitucional desaparezca su vinculación constitucional más si se excluyen las implicaciones de mera legalidad de este. En este contexto, es indispensable aclarar el objeto de esta garantía en cuanto a los derechos constitucionales que si bien pueden ser regulados y desarrollados por ley no dejan de tener connotaciones constitucionales, este es uno de los temas de más

²⁴⁵ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 425.

²⁴⁶ *Ibíd.* “Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.” Y el artículo 6 de la LOGJCC establece que las finalidades de las garantías, incluida claro está la acción de protección son: “la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.”

complejidad al que se ven enfrentados los jueces constitucionales al momento de admitir de esta garantía.

Este análisis se requiere para comprender la inclusión en algunas legislaciones del objeto de esta garantía a derechos regulados por ley.²⁴⁷ Algunas legislaciones como la peruana y argentina han incluido la posibilidad de que el juez realice control constitucional de una ley para declarar la vulneración o no de un derecho.

Sin embargo, es indispensable aclarar que los derechos sujetos a protección por esta garantía no son todos, están excluidos aquellos derechos que tienen una garantía específica para su protección.²⁴⁸ La subsidiariedad se acepta únicamente en el caso de existir una garantía específica.

2.3.5. Vulneración de derechos constitucionales, vulneración de disposiciones legales y vulneración de derechos constitucionales por normas legales

Este tema que aparenta obviedad reviste complejidad teórica y práctica. ¿Pero qué podemos entender por un asunto de legalidad y qué un asunto de constitucionalidad? Lo importante es determinar los criterios teóricos y normativos que permiten establecer con meridiana claridad los dos ámbitos, asunto que ni la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ni la doctrina constitucional ecuatoriana han resuelto.

Consideramos que, por lo contrario, en la Constitución de 1998 restringía los derechos protegidos constitucionalmente al incluir límites a de acceso a esta garantía a través de la adjetivación de la violación como *grave e inminente*, esto hacía necesario una nueva acción esta vez ordinaria que declare por ejemplo las medidas reparatorias. Claramente expresa Ávila que en virtud de la Constitución de 1998 “cuando el agente

²⁴⁷ Argentina, *Constitución de la Nación Argentina*. “Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva [...]”.

²⁴⁸ Ecuador, *Constitución de 2008*, arts. 88 a 94; art. 39 de la LOGJCC. “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, *que no estén aparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*”; énfasis añadido.

violador es el Estado debía procederse por la vía administrativa”, por tanto se confundían las vías para la protección de derechos constitucionales con la ordinaria.²⁴⁹

La diferencia con la actual Constitución es que la acción de protección procede cuando la violación ya se consumó, y por tanto se requieren medidas reparatorias; mientras que las medidas cautelares actúan con el fin de prevenir o detener la conculcación de derechos, en esta garantía actualmente no importa medir la gravedad del daño y este requisito se trasladó a la acción de protección cuando la vulneración proviene de particulares.²⁵⁰

Por tanto, incluso las medidas cautelares reconocidas por la actual Constitución son diferentes que el amparo de 1998, debido a que en el primero no se exige formalidad procesal, ni la gravedad del daño, ni un procedimiento engorroso que obstruya o desnaturalice el sentido de la acción ya que conculcado el derecho una medida cautelar pierde sentido. Además y fundamentalmente en la Constitución vigente, la acción de protección se amplía a cualquier derecho.

3. Estructura formal-procedimental: Características de la acción de protección

Se analiza la estructura formal del procedimiento que regula la garantía en virtud de su importancia e influencia especialmente en el acceso.

3.1 Legitimación activa ampliada

Existe diferente tratamiento de la legitimación activa para presentar la acción de protección o amparo en la Constitución de 1998 y en la de 2008. Mientras que la Constitución de Sangolquí limita esta titularidad para accionar únicamente al titular del derecho (derecho subjetivo), la Constitución de 2008 permite la acción popular a través de ella cualquier persona o grupo de personas puede interponer o presentar la acción de protección.²⁵¹

²⁴⁹ Ávila, “Las garantías: herramientas para el cumplimiento de los derechos”, 95.

²⁵⁰ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 88: “y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave [...]”.

²⁵¹ *Ibíd.* La acción popular es reconocida en la Sección primera. Principios y normas comunes a las acciones constitucionales. “Art. 87.- En general, las garantías jurisdiccionales se regirán de conformidad con los siguientes principios: 1. Cualquier persona, grupo de personas, nacionalidad o pueblo podrá proponer las acciones previstas en esta Constitución”.

3.1.1. Autoridad competente para su conocimiento

Finalmente, nos interesa analizar la *autoridad competente* para conocer la acción de protección, también aquí se observa con claridad que la Constitución de 2008 soluciona un problema estructural de esta garantía. Como conocemos el amparo se apelaba ante el Tribunal Constitucional y esto ocasionaba la masificación de las apelaciones y en consecuencia la lenta respuesta del órgano constitucional, además la centralización de la justicia constitucional, la superficialidad de la argumentación de sus decisiones, ni que hablar de la inexistencia de un mecanismo que seleccionara los casos aleccionadores y guía.

Actualmente la acción de protección se conoce por un juez constitucional y la apelación se realiza ante la Corte Provincial, mientras que la jurisprudencia relevante es obligación de la Corte Constitucional que luego de un proceso de selección y revisión de las sentencias de garantías, guía la interpretación de los jueces constitucionales. De esta forma se buscó que todos los jueces sean garantes de la Constitución y que la Corte Constitucional sea el órgano de cierre de la justicia constitucional en la esperanza de mejorar la estructura del sistema

3.2. Informalidad y agilidad

3.2.1. Reducción de los requisitos de procedibilidad

En 1998 la procedibilidad indica los requisitos que deben reunirse para que proceda un amparo o acción de protección. Para acceder al amparo se requería la concurrencia de los siguientes requisitos señalados en el artículo 95 de la Constitución: 1) Acto u omisión ilegítima de una autoridad pública; 2) Violación de un derecho constitucional; 3) La inminencia de daño grave. Estos requisitos constitucionales se prestaron para que, en la práctica, los jueces que conocían el amparo interpretaran tanto la gravedad del daño como la inminencia con criterios restrictivos de la admisión de esta acción, así por ejemplo la inminencia se ha medido temporalmente y se ha entendido como inmediatez, tampoco la gravedad ha tenido medida ni guía adecuada para establecerse.

Por el contrario, la Constitución de 2008²⁵² supera estas restricciones de acceso a la garantía y propone como requisito de procedibilidad únicamente la vulneración de derechos, sin importar la gravedad, el tiempo, la autoridad o el tipo de acto violatorio de derechos.

En 2008 respecto del amparo constitucional se enunciaron, por un lado, A) *el cambio de la naturaleza jurídica*: 1a) pasamos de una garantía meramente cautelar a una de conocimiento o de fondo, 2a) la *ampliación de los derechos protegidos*, 3a) la *reparación integral como su finalidad principal*; y, B) Por otro lado, en su *estructura formal-procedimental* se incluyen cambios relacionados con: 1b) la legitimación activa ampliada, 2b) la autoridad competente para su conocimiento, 3b) la reducción de los requisitos de procedibilidad; y, 4b) la informalidad.

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

Tabla 6

Diferenciación histórica entre elementos procesales del amparo y la acción de protección

Tema	Amparo 1997	Amparo 1998	Acción de protección 2008	Diferenciación
Denominación	Amparo	Acción de amparo	Acción de protección	1997. La denominación es expresa en el título del artículo más no en el contenido de la norma. No se diferencia entre recurso o acción. 1998. Se denomina específicamente acción de amparo. 2008 se cambia de denominación.
Legitimación activa	Toda persona	Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante	No lo indica el artículo 86 que define la acción de protección, pero si el procedimiento común a todas las garantías	En 1998 es más específica la legitimación activa, pero es subjetiva.

²⁵² “Art. 88. La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista vulneración de derechos constitucionales, por *actos u omisiones de cualquier autoridad pública* no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provocada no es 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”; énfasis añadido.

		legitimado de una colectividad,	Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.	
Órgano competente	Los órganos de la Función Judicial que la Ley designe	Órgano de la Función Judicial designado por la ley.	No indica, pero si lo hace el art. 86 referente al procedimiento de todas las garantías.	No hay diferencia.
			Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento.	
Características del procedimiento	No indica.	Preferente y sumario.	No indica, en el mismo artículo.	En 1998 se indica las características del procedimiento del amparo en 1997 no
Finalidad	Requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto.	La adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias del acto u omisión.		En 1997 no se incluye la omisión administrativa violatoria de derechos.
Objeto y legitimado pasivo	Acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.	Acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.	Cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad no judicial.	En 1998 no se indica que el daño puede ser "irreparable".
		- Si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad.		No se indica en 1997 los sujetos pasivos: concesionarios o delegatarios y contra particulares.
		- También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.		2008 se incluye la excepción de los actos de autoridades judiciales.
Derechos	Derechos constitucionales.	Derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente.	Derechos constitucionales.	En 1998, se incluyen los derechos consagrados en tratados o convenios internacionales. Los derechos incluidos en tratado o convenios serán protegidos por interpretación integral de la Constitución y se incorporarán específicamente en la LOGJCC.

Procedimiento	No habrá inhibición del juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados. El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinte y cuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado ordenará la suspensión, debiendo en ambos casos, el juez remitir de inmediato el expediente al superior.”	No habrá inhibición del juez todos los días serán hábiles. El juez convocará de inmediato a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.”	Serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. b) Serán hábiles todos los días y horas. c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho. 3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.	En 2008 se regula constitucionalmente el procedimiento de las garantías.
Cumplimiento	No indica.	Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.	4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte	Las sanciones por incumplimiento son mayores, y específicas. La obligación de remitir todas las sentencias de garantías a la Corte Constitucional para el desarrollo de la jurisprudencia y la revisión de los casos pertinentes.

			Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.	
--	--	--	--	--

Fuente: Constitución y LOGJCC
Elaboración propia

Finalmente, en cuanto al procedimiento podemos decir que la Constitución de 2008 prevé un procedimiento oral, rápido, sencillo y eficaz, sin necesidad de abogado, además en la sentencia no solo se suspende —provisionalmente— el acto que provoca la violación, sino que declarando la conculcación del derecho, se debe ordenar la reparación, resolviendo así definitivamente el conflicto. Con relación al producto de la acción de protección, como hemos dicho, en caso de que se determine por el juez que el derecho fue violado la protección de derechos requerirá reparación integral.

Lamentablemente, estas afirmaciones son simples, solo comparan ordenamientos jurídicos y no prácticas judiciales por tanto requieren ser confrontadas. No podemos por tanto aventurarnos a afirmar que en la actualidad el sistema de garantías cumple con los postulados constitucionales debido a que no existe un estudio empírico que así lo demuestre. Lo que hemos encontrado son estudios sobre las garantías, que comparan la práctica judicial ecuatoriana —sin mayor detalle de análisis de sentencias— antes de Montecristi, con las disposiciones constitucionales vigentes,²⁵³ queda claro que el resultado de comparar prácticas judiciales con normas puede resultar impreciso y poco técnico debido a que los parámetros de comparación son diferentes. No es posible medir en abstracto la efectividad y ventajas de un sistema de garantías.

La eficiencia de la acción de protección está vinculada a la concurrencia de las categorías analizadas en esta sección, el incumplimiento de una de ellas conlleva la eliminación de las otras ventajas, especialmente debemos resaltar la importancia del estudio del mandato legal que residualiza a esta garantía.

²⁵³ Ver Ramiro Ávila, “Las garantías: herramientas para el cumplimiento de los derechos”, en *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).

3.3 Procedimiento de la acción de protección: Requisitos de procedibilidad y admisibilidad de la acción de protección

Este tema del derecho procesal compromete por su impacto en los hechos y en la actuación judicial nuestra especial atención. Esta importancia está particular y directamente relacionada con el acceso a la justicia constitucional. En este contexto es pertinente analizar el texto normativo y la jurisprudencia constitucional con relación a las causales de procedibilidad y de admisibilidad.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional vigente desde 2009 regula las causales de procedibilidad de la acción de protección.

Concretamente, el artículo 42 indica que la acción de protección no procede en 7 casos que han sido motivo de largo análisis en la doctrina constitucional ecuatoriana que se transcriben textualmente para tener la fuente directa de estudio.

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.

Cada una de estas causales de improcedencia requieren una ubicación adecuada en el marco de las fases procesales de la garantía. Estas fases procesales por su parte deben corresponder con la naturaleza jurídica claramente descrita en nuestra Constitución. Para lograr este fin debemos ubicar adecuadamente cada uno de los

numerales del artículo 42 de la LOGJCC, y que gracias a la Sentencia n.º 102-13-SEP-CC podemos llegar a aclaraciones relevantes

La sentencia n.º 102-13-SEP-CC es producto del conocimiento por parte de la Corte Constitucional del Ecuador de una acción extraordinaria de protección sobre una sentencia de acción de protección, su relevancia está precisamente en convertirse en una jurisprudencia guía de interpretación del artículo 42 de la LOGJCC. La acción extraordinaria de protección ha sustituido a la competencia de revisión debido a la mínima e insignificante jurisprudencia de revisión emitida por la Corte Constitucional hasta 2018.

Otro dato que permite contextualizar esta sentencia es poco ortodoxo y es que a través de una sentencia de garantía como es la acción extraordinaria de protección la Corte Constitucional, vía jurisprudencial, se atribuye la competencia de realizar control abstracto de constitucionalidad automático en aplicación del numeral 3 del artículo 436 de la Constitución.²⁵⁴ Si bien este numeral autoriza a la Corte a realizar un control automático de normas conexas es básico entender que esta autorización se da en el marco de procesos cuyo objeto es el control constitucional de las normas. Sin embargo, la Corte ha interpretado la frase “en los casos sometidos a su conocimiento” de una forma amplia para justificar la realización de control constitucional incluso cuando resuelve garantías.

Regresando al tema central, la sentencia comentada tiene dos partes trascendentales para este estudio. En la primera parte aclara el alcance de la etapa procesal en la cual el juez puede resolver la procedencia de la acción de protección y en cuál cabe la inadmisibilidad. Por otro lado una segunda parte interpreta el alcance del artículo 40 de la LOGJCC. Ambos temas y los argumentos de la Corte se describen y comentan a continuación, vale adelantar que los criterios de la Corte no dan cuenta del alcance o contenido de cada caso pero sí de la responsabilidad judicial al momento de resolver la improcedencia de la acción de protección: la obligación de mayor argumentación y formación de criterio por parte del juez.

3.3.1. Primera parte: análisis de la etapa procesal en la que cabe aplicar los casos del artículo 42 de la LOGJCC

²⁵⁴ Ecuador, *Constitución de 2008*. Art. 436. 3. “Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”.

Para atribuirse la competencia de realizar un control abstracto de oficio dentro del conocimiento de una acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional utiliza el artículo 436.3 de la Constitución que autoriza a la Corte a realizar un control conexo de normas cuando “en los casos sometidos a su conocimiento la Corte concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”.

Esta interpretación, de mayor actividad y ampliación de sus competencias, según la Corte Constitucional, está de acuerdo con la nueva concepción de la justicia constitucional y en respeto de otros principios constitucionales como la presunción de constitucionalidad, el principio pro legislatore y el de conservación del derecho. Y aunque la corte no llega a desarrollar la incidencia de estos principios en su decisión interpretativa, la consecuencia es que, en el conocimiento de cualquiera de sus competencias, la Corte, podrá realizar control de oficio de normas relacionadas así las mismas no sean dentro de un proceso de control constitucional.

Luego de determinar que tiene competencia para ejecutar control constitucional en este caso la Corte realiza, a través del principio de interpretación conforme, un razonamiento jurídico respecto a las posibles interpretaciones del artículo 42 de la LOGJCC y sus siete numerales.

Así, buscó principalmente determinar si las causales determinadas en el artículo analizado son de admisibilidad o de procedibilidad. Esta determinación resulta fundamental para concluir si las mismas pueden ser resueltas por el juez a través de un auto de admisión y por tanto se deben examinar conjuntamente con los requisitos de la demanda de la garantía.²⁵⁵ Por otra parte la Corte considera que otra interpretación posible es considerar a esta artículo como causales de improcedencia y hace alusión al título del artículo 42 de la Ley “Improcedencia de la acción” y por tanto requieren que se declaren en sentencia y requieren por tanto la respectiva motivación y argumentación de juez sentenciados. Finalmente la Corte consideró una tercera posibilidad argumentativa y consiste en considerar que en este artículo y sus numerales se han incluido numerales con causales de admisión y también de procedibilidad. Esta última será la interpretación por la que se decantará la Corte.

Para lograr su objetivo la Corte realiza un examen del alcance y la profundidad de la actividad procesal, racional, de argumentación, etc. que requiere el juez en cada caso para llegar a tener adecuada convicción sobre su decisión. Adicionalmente, es importante

²⁵⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 10.

señalar, por ser de especial interés para esta investigación, que la Corte para llegar a determinar adecuadamente el alcance de este artículo ha analizado “los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva, la naturaleza tutelar de las garantías jurisdiccionales de los derechos y las características de sencillez, inmediación y eficacia del procedimiento de las garantías jurisdiccionales de los derechos” temas que precisamente son materia de nuestra investigación al ser trascendentales para comprender los errores o aciertos en su funcionamiento.

En efecto, la comprensión y posterior aplicación judicial de estos requisitos legales influye directamente en la eficacia de la garantía, particularmente en el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva; y, adicionalmente en el respeto a la voluntad constituyente sobre su naturaleza jurídica y las características como la sencillez e inmediación del procedimiento, entre otras.

Es por tanto, de trascendental importancia evaluar la aplicación de esta sentencia en los autos y resoluciones judiciales de la acción de protección.

En resumen el alcance del criterio de la Corte es el siguiente. Las causales 1 a 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional son de procedibilidad y de fondo; mientras que, las causales 6 y 7 del mismo artículo son de admisibilidad y por tanto formales.

Veamos detalladamente el razonamiento que lleva a esta conclusión.

Causal 1: “Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales”

Esta causal, es el fundamento de la existencia de la garantía, su objeto, supone que el juez que conoce la garantía debe tener claridad y su criterio debe estar muy bien formado respecto de si existió o no la vulneración de derechos constitucionales, este criterio estará bien formado cuando tenga suficientes argumentos que le permitan decidir al juez. Según la sentencia comentada, al ser un tema tan central y requerir de un análisis argumentativo, debe decidirse en sentencia. Por tanto es una causal de improcedencia y no de inadmisión.

Se puede agregar que para que el juez llegue a la convicción de que existe violación de un derecho constitucional, la vulneración debe ser probada en el proceso y un auto de inadmisión temprano no permitiría precisamente a las partes tanto el derecho a la defensa como el derecho de contradicción y la actuación de la prueba.

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

Esta causal requiere al igual que la primera causal, como lo determina el sentido común y también la sentencia analizada, que se haya practicado la prueba en la que el legitimario pasivo llegue a determinar si el acto o la omisión en contra de la cual se presenta la acción fueron revocados o extinguidos. La necesidad probatoria de esta causal hace indispensable que se sustancie el proceso de la garantía y por tanto no puede ser considerada como una causal de admisibilidad. Consideramos, contrariamente a lo determinado por la Corte, que el juez no requiere mayor razonamiento al respecto en este caso, sin embargo, sí deberá poder acceder primero y luego considerar este elemento probatorio para sentenciar y será determinante para decidir la causa y para ello debe haberse superado la etapa de admisibilidad y prueba dentro del proceso.

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

Este es uno de los temas más complejos de la comprensión del alcance de esta garantía por parte de los jueces, los criterios para determinar la pertinencia de la vía de impugnación del acto u omisión está atado a que los mismos vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales. Pero el mayor problema práctico para los jueces es precisamente diferenciar entre la vulneración de un derecho constitucional que hará procedente esta vía constitucional y la vulneración de un derecho legal que cierra la posibilidad de interponer una acción de protección.

La Corte Constitucional ha intentado, mediante sus sentencias, especialmente las sentencia n.º 055-10-SEP, caso n.º 213-10-EP, de 18 de noviembre del 2010 y Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 0016-13-SEP-CC, caso n.º 1000-12-EP, de 16 de mayo del 2013 establecer esta diferenciación, pero estos criterios no han sido suficientemente claros para guiar la actuación judicial y serán analizados a detalle posteriormente.

Respecto a este numeral la Corte ha determinado que también estamos ante una causal de procedibilidad debido a que el juez realiza este análisis —legalidad vs. Constitucionalidad— luego de conocer los argumentos y hechos del caso que indiquen las partes.

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

Este artículo es otro con serios cuestionamientos en la academia constitucional ecuatoriana, ya que transforma a la garantía en subsidiaria de la justicia ordinaria y la torna indirecta ya que depende de la demostración, no de la existencia de la vulneración de un derecho constitucional, sino de que la justicia ordinaria pueda resolver el caso. Una adecuada lectura de este numeral se obtiene si se lo relaciona con el numeral 3 que hace relación a la diferenciación entre una vía legal y una constitucional. Si la vía legal es posible es porque el derecho que se alega es de mera legalidad y no de relevancia constitucional, y consecuentemente si la vía constitucional es posible es porque se trata de un derecho constitucional y no legal.

Por su parte la Corte ha indicado que el actor al presentar esta acción da por hecho de las vías ordinarias son inadecuadas y por tanto es el juez quien debe descubrir este caso. Además indica la sentencia que incluir este requisito en la demanda de la garantía contraviene el principio de formalidad condicionada. Finalmente indica que es solo a través de la prueba que el juez podrá determinar lo adecuada y eficaz de la vía y por ello se requerirá sustanciar el proceso y esto torna nuevamente a esta causal en una de improcedencia y no de admisibilidad.

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

Este aspecto es adecuadamente explicado por la sentencia in comento al determinar que esta causal tiene relación con la naturaleza tutelar de la acción de protección y su finalidad principal cual es la declaración de la vulneración del derecho no de la existencia del derecho ya que los mismos manifiesta “preexisten”. Esta es una diferencia sustancial con la justicia ordinaria que pretende declarar el derecho y su titularidad. Consideramos que este también es un claro argumento que nos permite diferenciar cuando estamos ante la justicia constitucional y cuándo ante la legal.

Al respecto la corte concluye que el juez requiere la sustanciación del proceso y de pruebas y alegatos para determinar cuál es el real alcance de la pretensión del accionante.

Causal 6. “Cuando se trate de providencias judiciales”

Se trata en efecto de una causal de admisibilidad ya que el juez para determinar la naturaleza del acto u omisión solo requiere de la demanda y en virtud de esta evidencia

directa decidir si es o no la vía adecuada o si en efecto la parte equivocó la vía judicial y debe acudir a otra como la acción extraordinaria de protección.

En este contexto la corte concluyó que la aplicación de esta causal no requiere de mayor estudio, ni sustanciación del proceso por lo que puede analizarse, utilizada y resuelta en la etapa inicial de calificación de la demanda.

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

Según la sentencia de la Corte esta causal debe ser resuelta en la admisibilidad de la causa, junto con los requisitos de la demanda indicados en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y no hace mayor reflexión sobre la inconstitucionalidad de este requisito de admisión que impide la presentación de esta garantía respecto de derechos políticos que pueden resultar vulnerados por los actos u omisiones del Consejo Nacional Electoral.

Esta limitación de la presentación de la acción de protección contra actos u omisiones del Consejo Nacional Electoral no está determinada expresamente en nuestra constitución y tampoco se puede deducir de una interpretación sistemática. Como conocemos la Constitución en su artículo 88 establece un solo límite respecto del órgano y tipo de acto u omisión que puede ser objeto de la acción de protección nos referimos a los actos de las autoridades públicas no judiciales. Así, lo único que indica la Constitución es que la garantía no puede interponerse frente a actos u omisiones de autoridades judiciales, por tanto se entiende que el resto de autoridades públicas están incluidas. La Corte realiza un control de constitucionalidad incompleto del artículo 42 de la LOGJCC al no declarar este numeral como inconstitucional.

Este tema es de gran envergadura ya que se demostrará en la práctica que no existen acciones de protección sobre derechos políticos lo cual es a todas luces restrictivo del derecho al acceso a la justicia en materia constitucional y por otro lado es claramente contrario a lo establecido por el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos que indica con meridiana claridad que las garantías constitucionales no pueden ser limitadas ni siquiera en estado de excepción peor aún mediante una norma de rango legal que se aplica en situaciones de normalidad constitucional.

Artículo 27.- Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las

exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. (Énfasis añadido)

Así también lo determinan las opiniones consultivas. Los principales criterios interpretativos, específicamente en relación con el artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica, fueron desarrollados por la Corte en sus opiniones consultivas: 0C-8/87 y 0C-9/87 y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁵⁶

los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática, y 2. ...que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.²⁵⁷

En conclusión, la Corte considera que no pueden ser ni siquiera suspendidas las garantías como el amparo y el habeas corpus ya que son indispensables para proteger derechos y libertades.

Adicionalmente, es grave porque falla a la seguridad jurídica y al derecho de la motivación la incoherencia de la sentencia respecto de su propio argumento al utilizar un criterio jurídico constitucional diferente en el análisis de un mismo tema y sentencia. La Corte establece que el numeral 3 del artículo 42 requiere para su aplicación un análisis por parte del juez de la prueba y la sustanciación de la causa pues se trata de la determinación del alcance de caso o de legalidad o constitucionalidad sin embargo, al numeral 7 lo cataloga como un asunto que puede ser resuelto mediante auto de admisibilidad, sin considerar que el juez debe también analizar si el caso puede ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral y que el juez también requiere tener suficiente convicción sobre el tipo de derecho vulnerado. Es decir la Corte se contradice

²⁵⁶ Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Yolanda Solís Corrales y Godínez CNZ, Excepciones preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 91 y 92.

²⁵⁷ Ver Opinión Consultiva 0C-9/87, párr. 24.

en su propio criterio al considerar que la determinación de la vía de impugnación –ante el Tribunal Contencioso Electoral– no requiere de análisis de pruebas sustanciación del proceso.

En este contexto la Corte dicta la siguiente regla jurisprudencial:

El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (Énfasis añadido)

3.3.1.1. Análisis del artículo 40 de la LOGJCC

La comentada sentencia realiza además la interpretación del artículo 40 de la LOGJCC respecto de los requisitos para presentar la acción de protección debido a que el mismo guarda relación con el artículo 42 de la ley. Con esta idea la Corte busca indicar que los requisitos para presentar la acción de protección indicados en el artículo 40 deben comprobarse mediante sentencia y luego de la sustanciación del proceso de garantía y mediante sentencia, por tanto no se tratan de requisitos de admisión sino de procedibilidad. Estos requisitos son: “1. Violación de un derecho constitucional. 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.²⁵⁸

Este razonamiento es adecuado debido a que la determinación o no de la violación de un derecho constitucional por acción u omisión de una autoridad pública solo puede ser decidido por el juez luego de la sustanciación del procedimiento de garantías y no tan tempranamente como es el momento de presentación de la demanda.

Aunque se esperaba más de la Corte esta no llega a desarrollar otra inconstitucionalidad, nos referimos a la que consta en el numeral 3 del artículo 40 y en numeral 4 del artículo 42 que no respetan la definición constitucional de la acción de protección y una de sus características fundamentales como es el ser una garantía directa. A lo que se limita la Corte es a señalar que este requisito: “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. Es similar al

²⁵⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 40.

requisito indicado en el numeral 4 del artículo 42: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Por eso, solo pueden ser invocadas por el juez luego de haber sustanciado la prueba y por tanto a través de sentencia.

Textualmente, la sentencia respecto al artículo 40 indica:

Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

3.3.1.2. Efectividad de la acción de protección y su relación con estos elementos diferenciadores

Pocos son los estudios con relación a la efectividad de las garantías y su funcionamiento en la actuación cotidiana de los jueces constitucionales, junto con un sustento teórico profundo, excepto el libro realizado por Claudia Storini y Marco Navas, de más actual data, y el informe de Derechos Humanos emitido por el PADH en el cual Agustín Grijalva realiza un análisis cuantitativo y escueto que deja planteados los temas pero no ahonda en las razones de los datos recolectados.

Así, el informe de derechos humanos realizado por el PADH/UASB determinó que un 80 % de casos de acción de protección –en Pichincha– son inadmitidos en primera instancia. En apelación el tema es aún más grave y registra el 95% de *in admisión* de esta garantía.

Este informe, tiene una tarea pendiente que requiere mayor estudio, los criterios de admisión e inadmisión utilizados por los jueces y la fundamentación de las sentencias así como un estudio comparativo de incidencia en la protección de los derechos. Por ejemplo, de un breve análisis encontramos que el tercer requisito —inconstitucional— referido al agotamiento de la vía ordinaria, es el más utilizado para la *in admisión*, observamos que los jueces de garantías aún priorizan la aplicación de la ley a la Constitución y en caso de conflicto el procedimiento legal al constitucional.

Tampoco se ha estudiado el grado de cumplimiento de la obligación de los jueces de fundamentar sus fallos de garantías, especialmente en la acción de protección. No se conoce los derechos que se benefician de la admisión de la acción de protección.

La jurisprudencia vinculante emitida por la sala de revisión de la Corte no permite que el sistema se complete y la diversidad de tratamiento en la protección de derechos (mayor o menor grado) afecta directamente al principio de igualdad y a la incertidumbre en sentido material.

La superación de los problemas con relación a la jurisprudencia requiere un cambio en la actuación de la Corte Constitucional que rectifique errores, guíe y unifique criterios, solo esto menguará la arbitrariedad. Sin embargo comprobamos que:

- La revisión se ha cumplido parcialmente
- No hay control de la obligación constitucional de los jueces de remitir las sentencias de garantías a la Corte.
- Se plantea la posibilidad de que si no se concreta la jurisprudencia vinculante, la misma puede reconducirse vía acción extraordinaria de protección, asunto que tampoco ha sido analizado menos aun la influencia que estos fallos tienen en el comportamiento de los jueces al momento de decidir garantías como la acción de protección.
- No solo análisis procesal sino que se relaciona con el concepto mismo de Estado constitucional.

3.3.2. La acción de protección en Ecuador: Análisis normativo y teórico

Es necesario advertir que este trabajo no incluirá la evolución de las garantías a nivel internacional, ni su clasificación más si buscará una aproximación a una definición suficientemente clara de sus elementos teóricos y jurídicos fundamentales.

Es bien conocido que una de las características del lenguaje normativo es su gran ambigüedad, sin embargo, es necesario hacer un esfuerzo para precisar el alcance del término *garantía* como dato básico conceptual y previo para que esta investigación tenga un marco de estudio adecuado.

La acepción terminológica de la expresión “garantías” que interesa para este trabajo es aquella asignada en el ámbito jurídico, particularmente del derecho constitucional, que las define como aquellas medidas que permiten el aseguramiento y medios de protección de derechos constitucionales.

3.3.3. La garantía como sinónimo de derecho

Esta asimilación es histórica,²⁵⁹ otras relaciones de este término también herradas son aquellas que la identifican con la *obligación del Estado de proteger los derechos*. Estas dos acepciones tienen especial efecto en la comprensión adecuada del término ya que confunden el término garantía con una obligación negativa del estado -no intervenir o respetar los derechos-, con la *obligación positiva* de adoptar medidas para protegerlos. Por tanto hay que distinguir con claridad los dos términos, la garantía se identifica más claramente con la obligación positiva que con la negativa.²⁶⁰

Sin embargo, la equiparación de los dos conceptos no es baladí, ya que en efecto derechos y garantías tienen una sinergia obvia como bien señala Guastini un derecho requiere para ser considerado *verdadero*, entre otras,²⁶¹ la característica de ser susceptible de tutela jurisdiccional y así condiciona la existencia práctica del derecho por la posibilidad de acceder a la tutela o protección del mismo.

Ferrajoli²⁶² muestra otra importante característica de las garantías y considera que en caso de la existencia de norma que no señale obligados en concreto para satisfacer un derecho, estaríamos ante la existencia de una laguna, mas no a la inexistencia de un derecho y establece que la solución será cumplir la obligación de completar la norma para hacer eficaz al derecho, es decir indicar, crear la garantía, sin embargo el derecho nunca dejo de estar vigente.

Si tomamos este análisis para nuestro objeto de estudio, nos podríamos preguntar si la falta de cumplimiento de la Constitución por los jueces de garantías implica que los derechos constitucionales no existen y aunque la respuesta del autor en estudio es no, porque por ello no se derogan, sin embargo el mal funcionamiento de una garantía en muchos casos revela conculcación y negación de derechos. Este razonamiento negaría que el camino es revelar los errores en el funcionamiento de la garantía para que la existencia de derechos se confirme no solo en el mundo jurídico sino en el social o político.

a. Estado constitucional y las garantías constitucionales

²⁵⁹ Ver Carolina Silva Portero, “Las garantías de los derechos, ¿invención o reconstrucción?”, 54-7.

²⁶⁰ En las constituciones de 1830 a 1998 estos dos términos fueron utilizados como sinónimos.

²⁶¹ Ricardo Guastini, “Estudios de Teoría Constitucional”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=22>.

²⁶² Ferrajoli, *Garantías constitucionales*.

Otro elemento indispensable es el referido al objetivo de las garantías jurisdiccionales: la protección de derechos frente a actos lesivos de autoridad pública no judicial, por tanto su fundamental misión es limitar el poder y eliminar la arbitrariedad, así, el fin de las garantías no es de poca importancia, considerando que de ellas depende el grado de efectividad de los derechos y la existencia de un Estado constitucional.

Pero ¿por qué realizamos esta afirmación?, la explicación está en la siguiente lógica, si por Estado constitucional entendemos aquel que maximiza la protección de derechos constitucionales, esta maximización depende de la existencia de garantías y sobretodo de la efectividad de las mismas. Esto no quiere decir que relacionemos a todo o nada la efectividad de las garantías con la existencia del modelo de Estado constitucional, pero tampoco podemos desconocer que, si el grado de efectividad de las garantías es mínima el concepto de Estado garantista esta en serio cuestionamiento.

b. Intentos de definición: garantías y efectividad

Dos son las características fundamentales que definen el alcance del término “garantías” una es su naturaleza procesal, que la convierte en un instrumento o medio para la consecución de un fin y por tanto justifica su existencia en el reconocimiento de ese fin que lo constituyen la protección y efectividad de los derechos, otra se refiere a como explica Peña Freire, “dar efectividad al ejercicio de los derechos fundamentales”.

La efectividad puede manifestarse dependiendo del tipo de *garantías* y *el momento de realización*. La Constitución de 2008 amplía los tipos de garantías constitucionales, incluye por ejemplo a la garantía de políticas públicas,²⁶³ este es un claro ejemplo de que las garantías constitucionales no solo son eficaces cuando reparan un derecho conculcado. Además de considerar la naturaleza es flexible son de *responsabilidad extendida*, que incluye a todos los actores responsables de la ejecución de los derechos a quienes la Constitución no atribuye competencia jurisdiccional sino política.

Sin embargo, es pertinente referirnos a uno de los tipos de garantías la denominada garantía jurisdiccional que está ligada lógicamente a la actuación judicial.

²⁶³ La Constitución ecuatoriana de 2008 incorpora las garantías de políticas públicas en el art. 85.

Utilizando todos los elementos descritos podemos entender por garantía jurisdiccional²⁶⁴ aquel instrumento o mecanismo jurídico de naturaleza procesal que protege “efectivamente” un derecho.

c. Diferencias de la acción de protección de 2008 con el amparo constitucional de 1998 y relación con el concepto de efectividad

Son dos los ámbitos necesarios para contestar esta relación, primero establecer con claridad los cambios normativos constitucionales de 2008 y definir la expresión “efectividad” con base a la aplicación de estos estándares constitucionales nacionales y de referencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con relación a la efectividad del recurso,²⁶⁵ ya que la falta de efectividad interna de las garantías a los derechos vulneran a su vez el derecho al acceso a la justicia, derecho que está protegido en el Sistema Interamericano.

En la práctica judicial de las garantías constitucionales y particularmente en la acción de protección no se conoce, cómo y cuándo una garantía constitucional actúa efectivamente en la protección de derechos constitucionales. Para ello es necesario estudiar los parámetros de la Corte Interamericana: a) idoneidad de la medida procesal para determinar si existió violación y determinar la medida restitutiva y b) Dar respuestas adecuadas y relacionadas con la vulneración que permitan su reparación.²⁶⁶

La actual Constitución de 2008 define a la acción de protección como una garantía constitucional jurisdiccional que tiene por finalidad el amparo o la protección “directo y eficaz” de los derechos constitucionales. Estas dos finalidades la eficacia y la inmediatez son inherentes, propios de su esencia.

La eficacia tiene diferentes consecuencias procesales y en la actuación del juez. Así, como dijimos tiene una referencia directa con las consecuencias de la medida esperada y adecuada –reparación– para la protección de un derecho constitucional y también relacionada directamente con la ejecución completa e integral de la sentencia que contiene la medida reparatoria. Desde otra perspectiva, la eficacia también implica que el

²⁶⁴ Existen garantías que no se exigen por vía jurisdiccional. Ver Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), 111.

²⁶⁵ Ver arts. 25 y 1 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece como derecho humano la tutela judicial efectiva que implicaría el acceso a recursos rápido, sencillo, efectivo que proteja derechos constitucionales.

²⁶⁶ Sentencia de la CIDH, *Caso Cantoral Benavides*, 18 de agosto de 2000.

juez ha valorado adecuadamente la materia y ha logrado determinar que se trata de un derecho constitucional y por tanto la vía constitucional es la adecuada para la protección del mismo.

La eficacia de la vía de protección del derecho le otorga al juez la posibilidad de dictar una amplia gama de medidas reparatorias que tengan como consecuencia la satisfacción integral en virtud de las implicaciones del derecho amenazado o vulnerado. Luego de emitida la sentencia y como se analizará más adelante, la ejecución de la sentencia por parte del juez es de medular importancia la eficacia perseguida.

La eficacia también está relacionada con una postura garantista del juez que en aplicación de informalidad de esta garantía indague si existe o existió vulneración de derechos constitucionales al punto de admitirse en la inicial del proceso la aplicación del principio *iura novit curia*, en la fase intermedia la ejecución de medidas cautelares cuando se consideren pertinentes para salvaguardar derechos y en la fase final del proceso incluso una sentencia *ultrapetita*.

Por su lado la característica o mejor aún finalidad de constituirse en un amparo directo de derecho implica que el ciudadano tiene un mecanismo jurisdiccional de protección de derechos sin obstáculos procesales, administrativos, políticos, ni de ninguna clase para obtener acceso a la justicia constitucional, entendiéndose para accionar y para acceder a la ejecución de lo decidido. La enunciación de esta finalidad, como se verá en los capítulos siguientes, resulta a primeras luces sencilla pero ha resultado en la práctica como el obstáculo más grande en la eficacia de la garantía y su existencia, más allá de normativa, material.

Capítulo segundo

Evaluación comparativa del funcionamiento del amparo y la acción de protección en Ecuador

Se debe advertir que el afán académico de indagar sobre el funcionamiento de la acción de protección en Ecuador no es novedoso y existen estudios que, con diferentes enfoques, se han ocupado del tema.

En este contexto, este capítulo se dedica a indagar comparativamente los datos y los resultados de las investigaciones que desarrollaron estudios cuantitativos y cualitativos de las sentencias de acción de amparo y de la acción de protección en el Ecuador. Por tanto, este título incluye un estudio comparativo que utiliza fuentes secundarias en búsqueda de nuevas proyecciones e interpretaciones de los datos aportados.

Se han incluido todas las investigaciones debido a que tienen una finalidad común como es desvelar, a través de la comprobación estadística, el funcionamiento de esta garantía en la práctica judicial. Todo esto para poder advertir si la aspiración inicial, del cambio normativo constitucional de 2008 y el legal de 2009, significó un hito positivo para la protección de derechos, la práctica judicial constitucional y también la cultura constitucional ecuatoriana.

En la segunda parte de este capítulo, se realiza un estudio con fuentes principales de las sentencias de acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección presentadas ante la Corte Constitucional en el período comprendido entre 2015 y 2018, etapa en la que no contamos con información estadística sobre el desenvolvimiento de la garantía constitucional en examen. Esta exploración, debido a la especificidad del tema, se incluirá en un acápite específico, ya que examina la interposición de una garantía subsecuente con implicaciones que pueden alterar o influir en la naturaleza jurídica de la acción de protección.

Las conclusiones de todos estos estudios aportan con el objetivo principal de nuestra investigación que consiste en descubrir, en la realidad jurídica ecuatoriana, las partes neurálgicas del funcionamiento de la acción de protección y desnudar los avances o errores legislativos, judiciales, jurisprudenciales y sus posibles soluciones. Se busca indagar qué variables negativas o positivas se mantienen en el tiempo y superan incluso

un cambio constitucional. Es así como este capítulo constituye la parte central de esta investigación.

Con esta aclaración, los estudios examinados son los siguientes:

N.º	Ámbito de tiempo	Ámbito territorial	Número de casos	Autores	Título	Temas analizados
012	1997 – 2004	Inicialmente: 22 provincias	Total: 6394 Muestra real: 481 apeladas ante el TC, luego de seleccionar una muestra representativa de 10% con margen de error mínimo.	Alex Valle	El amparo como garantía constitucional en el Ecuador	-Se analiza el amparo
013	2008-2011	En capitales de provincia: Guayaquil y Cuenca	Total: 5408 Muestra real: 833, luego de aplicación de una fórmula de selección.	Claudia Storini y Marco Navas	La acción de protección en Ecuador. Realidad Jurídica y social	- Se analiza la Acción de protección. -Fundamento: la tutela judicial efectiva vs. Eficacia de la garantía. -Temas analizados: legitimación activa y pasiva, exposición clara de hechos, derechos, requisitos de procedencia, motivación, reparación integral
014	2013	Todo el país	Todas las remitidas durante ese año a la Corte Muestra real: 1.422. Sin fórmula de selección, se incluyen las sentencias y resoluciones ejecutoriadas que fueron remitidas a la CC.	Pamela Aguirre y Dayana Ávila	Garantías jurisdiccionales: análisis cuantitativo de las decisiones de los jueces de instancia y apelación en el año 2013.	Recopilación estadística de sentencias de garantías remitidas por los procesos de selección y revisión en el año 2013. Actualmente en el sistema informático solo hay información desde 2015.
015	2008-2014	Pichincha	Total: 6794. Muestra real: 1775, luego de aplicación de fórmula de selección	José Luis Castro y Luis Santiago Llanos.	La Acción de Protección como mecanismo de garantía de los derechos: configuración institucional, práctica y resultados en la ciudad de Quito.	Parámetros: a) celeridad b) legitimación activa y pasiva c) derechos invocados. d) Resolución de la AP e) Reparación integral

Elaboración propia

De estas investigaciones, advertimos que solo hemos podido identificar una investigación cuantitativa del amparo, nos referimos al análisis realizado por Alex Valle. Sin embargo, si bien existe un estudio de autoría Rafael Oyarte²⁶⁷ sobre el amparo constitucional, en el que también se analizan algunas resoluciones del amparo y las líneas jurisprudencias del Tribunal Constitucional, no se utilizará en esta parte del estudio comparado ya que no incluye en su investigación una medición cuantitativa de los temas que debatimos.

Por otro lado, es importante advertir que las otras tres investigaciones, fuera de la de Alex Valle, se refieren exclusivamente a la acción de protección. En este contexto la investigación del amparo publicada por Valle en 2012 es fundamental ya que analiza la apelación del amparo durante el período de su vigencia 1997 a 2008.

Las categorías de análisis y las principales conclusiones de estos estudios se describen a continuación en un cuadro general.

Texto del autor: Alex Valle.

Finalidad: conocer con mayor certeza; el alcance, limitaciones y demás elementos que en la práctica constitucional procesal han impedido que la acción de amparo tenga la eficacia y celeridad ofrecida en el texto constitucional.

Conclusión: La garantía del amparo, en la práctica, no cumplía con su naturaleza: garantía rápida, informal y eficaz para la protección de derechos. El retraso del Tribunal Constitucional, indica, se debía al formalismo más que al número de causas ingresadas a su conocimiento.

²⁶⁷ Oyarte escribió su libro *El amparo constitucional* en 2006.

Tabla 7
Metodología de la investigación del amparo (Alex Valle)

Metodología	Conclusiones
Variable de tiempo: medido entre la presentación de la apelación y la resolución por parte del TC. En días y luego según el año.	140, 375 días. 5 meses, contraría lo que indicaba la Ley de Control Constitucional (10 días) En 2000 se tardaron en promedio más, 248 días. (8 meses) Caída de Mahuad. En 2004 tardaron menos (94 días). Más retraso cuando más causas se presentó. Se afectó su objetivo de medida garantista de derechos y peor aún si se requiere como medida cautelar. Para Valle, el retraso tiene que ver con el modelo formalista más que con el número de causas ingresadas. Comentario: Para Valle el amparo no siempre era cautelar, existió reparación. La falta de líneas jurisprudenciales claras impidieron al juez identificar adecuadamente el camino de resolución del caso, además la diversidad de criterios para tratar la procedibilidad provocó una inseguridad jurídica alarmante en el amparo.
Origen jurisdiccional. Se busca identificar el juzgado del que proviene el amparo	-La mayoría de los casos apelados provienen de la vía civil y penal. Los administrativos solo han resuelto la sexta parte del total. - Se evade la vía contenciosa administrativa a través de la Constitucional. Hace falta una mejor división institucional del trabajo en la cual los jueces administrativos desempeñan una mejor distribución institucional del trabajo (jueces administrativos son especializados tanto en la constitucionalidad como la legalidad de los actos administrativo particulares) Comentario: el autor diferencia la vía ordinaria de la vía contenciosa y administrativa. El autor indica que al menos el 14% de funcionarios acudía al contencioso y luego al TC, esta era una forma de subsidiariedad luego de agotar la vía ordinaria.
Origen geográfico: 21 provincias.	-Centralización territorial del amparo demostrada por el número de casos resueltos por provincia. 80% de los casos pertenecen a Pichincha, Guayas Manabí El Oro, Loja, y Azuay. El resto de provincias solo el 20%. Comentario: Este es un avance en el acceso a la justicia constitucional innegable en la acción de protección vigente en la actualidad. La especialidad no puede ser regresiva con el acceso a la justicia constitucional
Accionante o legitimado activo: conocer quiénes utilizan con mayor frecuencia la justicia constitucional en Ecuador. Agrupación social, étnica, profesional, vinculación con el Estado, ejercicio profesional.	-La mayoría que presentan la acción son los particulares 32,7% - 31,43 pertenecen a empleados públicos. Empleados públicos más fuerza pública da un total de 41,23. Esto desvirtúa la garantía que es para todos los ciudadanos. ONG, indígenas, gremios y sindicatos tienen una intervención mínima, pese al desarrollo de los derechos colectivos. El modelo de amparo es individualista y margina a titulares colectivos. -Es muy interesante la poca presentación de amparos por grupos, aspecto que, por la nueva tipología de derechos y la legitimación activa ampliada ha sido superado.
Legitimado pasivo: primero analiza la autoridad o persona que generó la violación	Contra la Administración pública central y otros funcionarios del Estado son el 94%. Un 6% es entre particulares. Comentario: aquí se evidencia la mínima interposición de amparos contra particulares que según el autor se debe al modelo procesal que restringe la reclamación de derechos sociales y colectivos.
Tipo de derecho El autor diferencia entre conflictos laborales que considera de carácter administrativo y los derechos netamente laborales.	Conflictos laborales son el 36,26%. 4 de cada 10 amparos se relacionan con problemas laborales o disciplinarios. Derechos económicos 27% Derechos sociales 22%: de estos el 56% son derecho al trabajo (problemas de contratación, despidos intempestivos). Derecho a la salud un 2% Derechos civiles 9%. El más reclamado es el debido proceso, seguido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, luego la vida La suma de derechos colectivos y difusos no llega al 2%. Esto es alarmante y es proporcional al número de legitimados activos titulares y mayor dificultad para acceder. Derechos políticos: 2,42%. El TC ejercía funciones de apelación de resoluciones del T Supremo Electoral, critica: no todo caso electoral es constitucional.

	<p>El autor compara con los resultados de Colombia donde hay más AP en temas de seguridad social y los servicios de salud. En Ecuador, el derecho al trabajo supera a la vivienda, salud y educación.</p> <p>El derecho económico patrimonial de la propiedad tiene el porcentaje más alto que son los segundos derechos más reclamados</p> <p>Comentario: Esto ha cambiado radicalmente en la actualidad y los casos relativos al derecho a la salud se han incrementado.</p>
<p>Número de acciones de amparo concedidas y negadas</p> <p>Los criterios son: no concede, si concede, concede parcialmente, devuelve, inadmite, desistimiento.</p> <p>Busca determinar el éxito o fracaso de las acciones de amparo vía apelación en el número de casos aceptados o negados.</p>	<p>-La cuarta parte de amparos son aceptados.</p> <p>Del total de concedidos: 45,54% administrativos, 22% social, 16,9 económico, 13,3 civil y 1,79 difuso.</p> <p>El año con mayor número de acciones de amparo aceptadas en 1998 con el 19,05%. El año 2002 en el menor en aceptación con un 7,62 (Mahuad)</p> <p>Comentario: Las categorías en el amparo son claras y se diferencia entre concesión del amparo e inadmisión. Diferente a lo que sucedió con la AP actual.</p> <p>No consideramos que es posible medir el éxito o no de una garantía solo en un número de admisiones de la misma debido a que por ejemplo puede ser en efecto una vía que es mal utilizada por los accionantes.</p>
<p>Variable de argumentación jurídica: medición cualitativa.</p> <p>Cuál ha sido la motivación de las resoluciones de amparo en caso de negativa.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Falta de formalidades 2. Formalidades jurídicas no sustanciales 3. Razones de fondo. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Falta de formalidades no subsanables: actos extinguidos, decisiones judiciales, actos ilegales, normas inconstitucionales, actos de naturaleza contractual o bilateral entre particulares. 24% 2. Formalidades jurídicas no sustanciales: que pueden ser subsanadas: competencia del juez, legitimación de una parte, error de identificación de la autoridad que emitió el acto, falta de juramento. 2,64% 3. Razones de fondo: análisis del caso y de la verificación de que el acto u omisión son contrarios a la constitución. Lamentablemente los requisitos indicados por las resoluciones de la Corte Suprema fueron considerados por el Tribunal Constitucional como asuntos indispensables y la falta de uno hacía que se resolviera como inoficioso analizar el fondo. 1. Acto u omisión ilegítimo de autoridad pública, 2. Existencia de daño grave e inminente, 3. Que viole o pueda violar un derecho subjetivo protegido constitucionalmente. Se consideraron esta como razones de fondo. Aceptados 47,25%. <p>Comentario: Es peligroso regresar a la condición de “gravidad” del caso concreto para la procedibilidad de la garantía debido a que la subjetividad de la decisión – como lo demuestra esta experiencia histórica- podría negar la acción por falta de irreversibilidad del daño y falta de frecuencia o intensidad del acto vulneratorio, excluyendo situaciones de vulneración de derechos que estén por fuera de estos criterios.</p>
<p>Ubicación del derecho violado en la argumentación de la Acción de amparo.</p>	<p>11,92 dificultad de identificar el derecho vulnerado: no se expone cuál ha sido el derecho, o enumeración extensa de derechos, o la argumentación es vaga y ambigua</p> <p>88% se identifica los derechos reclamados</p> <p>Comentario: un tema de gravitante interés y que entraña la dificultad central de la procedibilidad de la garantía.</p>
<p>Medidas positivas o negativas para proteger efectivamente el derecho conculcado.</p>	<p>Ninguna, solo suspende el acto violatorio del derecho constitucionalmente reconocido. Por la naturaleza cautelar que se le atribuyó.</p> <p>Tampoco se indica un plazo de cumplimiento para su efectiva ejecución.</p> <p>-un 4,62% ordena medidas positivas.</p> <p>0,44 medidas de inacción</p> <p>-3,08 medidas de suspensión y medidas positivas subsidiarias.</p> <p>10,77 ordena suspender el acto administrativo.</p> <p>43% del total solo concede o niega el amparo, sin medidas= vacío al momento de ejecutarlo. AFECTACIÓN REAL A LA GARANTIA Y SU EFICACIA.</p> <p>Comentario: Los jueces de garantías tienen un importante reto de determinar con claridad el alcance de sus medidas reparatorias, su factibilidad y el plazo para su cumplimiento.</p>

Fuente: Alex Valle, *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*.

Elaboración propia

Texto de los autores: Claudia Storini y Marco Navas.

Finalidad: “Comprobar si la garantía logra su concreción en la realidad material”.²⁶⁸ Para ello, se analiza el alcance de tres términos: la *eficacia*: estudia el alcance del diseño normativo; *eficiencia*: adecuación de los medios normativos y otros para alcanzar el fin de protección de los derechos, a menor costo, y finalmente la *efectividad*: que supone estudiar el cumplimiento de la decisión judicial tanto por parte de los órganos jurisdiccionales como de los obligados.

Conclusión: no hay cambios sustanciales en la realidad jurídica ecuatoriana entre los análisis de Valle (amparo) y Storini (AP) en las variables que comparten en sus análisis.

Tabla 8
Metodología de la investigación de la acción de protección (Claudia Storini y Marco Navas)

Metodología	Conclusiones
Se utiliza una fórmula para establecer la muestra a ser analizada.	Total de causas analizadas 833 en 2 instancias. Comentario: se confunde entre análisis cuantitativo y cualitativo.
Tiempo aproximado de resolución de la causa	-Menos de un día, a 939 días en los extremos. Cuenca 13 días Guayaquil 34 días. -El promedio es de 25 días. La obligación de dictar sentencia en la misma audiencia puede perjudicar un análisis profundo de la violación constitucional producida y para la elaboración de la reparación integral acorde al daño causado. El juez debería poder practicar pruebas cuando no tenga formado el criterio. La parte demandada no tiene tiempo suficiente para la defensa. El cálculo de días es de 4. Comentario: No analiza la AEP sobre Acciones de protección asunto que como estudiaremos incide en la efectividad de la garantía especialmente cuando se hace control de mérito.
Legitimación activa	-0,1% defensoría del pueblo. -grupos 10% -colectivos 1,1% -personas jurídicas 8%. 10 causas del sector público y 156 privado, -Personas naturales 80% (particulares y servidores públicos: obreros: 10%; funcionarios públicos: 29%). -Esto e relaciona con la reivindicación de derechos para estos grupos. Solo 7 de 23 activados por colectivos son declarados procedentes. Comentario: Este porcentaje es mínimo y se requiere activación, según autorización lega, a la Defensoría del Pueblo.
Legitimación pasiva	-0,5% grupos. -colectivos 0,25% -personas jurídicas 47, 2%. 42% del total son del sector público, y del sector privado 4,8%. Empresas mixtas 0,4%. -personas naturales: 52%

²⁶⁸ *Ibíd.*, también Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en Ecuador*, Prólogo de Jorge Benavidez, 12.

Con o sin patrocinio de abogado	- 95,2% patrocinio de abogados. -7,3% directamente. -1,9% Terceros
Derecho invocado	92% identifican con claridad el derecho vulnerado 8% no fue posible identificarlos El 58% de derechos invocados son derechos laborales El 15% son derechos de protección: la mayoría son debido proceso y seguridad jurídica y por servidores públicos. Comentario: Como en la actualidad, el mayor porcentaje de los derechos que se busca proteger siguen siendo los laborales, los derechos de jubilación, propiedad y seguridad social.
Concesión	33.7% Conceden la acción 55,8% inadmiten 10% deniegan -En apelación: 68% confirma la tutela otorgada. 9% declara la concesión revocando sentencia anterior. De estas 22,5% conceden revocando la admisibilidad. -Beneficiados de AP: 49% son funcionarios públicos y 32 son particulares., grupos 11%. Personas jurídicas 7, 5%, 2 de ellas a favor del Estado. 0,5 conforman colectivos.
Reparación integral y su motivación	99% establece reparación. 0,5 solo concede la tutela. Tipos: Reintegro al trabajo, homologación de contratos, definición de jubilación, liquidación de pensiones, anulación de procedimientos y medidas administrativas. Cesación de la vulneración o restitución del derecho es el 89% de casos -1% medida de orden inmaterial. -Sentencias que no determinan el mecanismo de seguimiento de su cumplimiento 92%. Comentario: Es interesante que las medidas de reparación inmaterial no sean consideradas. Y lo más relevante es la inexistencia de mecanismos de seguimiento de las sentencias.
Variable que busca medir la eficacia, eficiencia y efectividad de la acción en la medida de que la sentencia cumple o no con la finalidad de la garantía.	-La regulación legal inadecuada respecto de la legitimación activa y la admisibilidad puede afectar la eficacia. -Se requiere criterios de interpretación La mayoría de jueces no diferencian entre derechos constitucionales y derechos de mera legalidad -Se por una competencia y no convergencia de vías. - Las vías administrativas y laborales no funcionan adecuadamente. -Eficacia limitada por fallas en la declaración de la reparación. -En la mayoría de casos no hay motivación. El método de interpretación es la subsunción. Mal uso de fuentes doctrinarias: amparo ecuatoriano, tutela, o amparo español. No se pide prueba en segunda instancia. -Interpretación simple y restrictiva de los artículos 41.1 y 42.4 de la LGJCC. También relacionados con la competencia por la materia (constitucional vs. legal)

Fuente: Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en Ecuador*
Elaboración propia

Coordinadoras: Pamela Aguirre y Dayana Ávila.

Título: Garantías jurisdiccionales: análisis cuantitativo de las decisiones de los jueces de instancia y apelación en el año 2013.

Finalidad: Es un análisis cuantitativo que se realiza mediante una ficha de relevancia constitucional. “[...] la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la Secretaría Técnica Jurisdiccional (en adelante STJ), emprendió la tarea de presentar al

país un producto que permitiera develar cómo están operando las garantías jurisdiccionales [...] en todo el territorio ecuatoriano y por un periodo completo. [...].²⁶⁹

²⁶⁹ Pamela Aguirre y Dayana Ávila, *Garantías jurisdiccionales: Análisis cuantitativo de las decisiones de los jueces de instancia y apelación en el año 2013*, 15.

Tabla 9
Metodología de la investigación de la acción de protección (Pamela Aguirre y Dayana Ávila)

Metodología	Conclusiones
<p>Busca datos cuantitativos y estadísticos, mediante el método empírico. Utiliza una ficha de relevancia constitucional.</p> <p>No se utilizó fórmula matemática para determinar la muestra de trabajo. Los autores explican que el margen de error sea casi inexistente.</p> <p>Comentario: sin embargo no todos los jueces remiten las sentencias de garantías que emiten a la CC por tanto la muestra si está sujeta a un nivel de inexactitud.</p>	<p>Se enuncia que el nivel de confiabilidad del análisis estadístico se eleva cuando se trabaja metodológicamente con un universo de análisis, es decir, sobre el total de las acciones de garantías jurisdiccionales que fueron remitidas por los jueces de instancia a la Corte Constitucional durante todo el año 2013.</p>
<p>Porcentaje de sentencias de acción de protección con relación a las otras garantías.</p>	<p>807 sentencias sobre acciones de protección, 56,75% del total de sentencias y resoluciones remitidas de todas las garantías.</p>
<p>Acciones aceptadas, negadas, desistimiento.</p>	<p>Acciones de protección negadas 671 casos, lo que representa el 83,15%;</p> <p>Acciones de protección aceptadas 99, 12,27%;</p> <p>Inadmitidas 18 causas, el 2,23%;</p> <p>8 casos de desistimiento, 0,99%;</p> <p>En apelación se admitieron a trámite 6 acciones 0,74%; y, Nulidad en 5, esto es el 0,62%.</p>
<p>En apelación</p>	<p>En 474 casos se ratificó lo resuelto por el juez de primer nivel, es decir, en un 74,88% se negó el recurso de apelación interpuesto y se confirmó la sentencia que rechazó la acción propuesta.</p> <p>En 82 casos, 12,95%, los jueces revocaron la decisión de concesión de la garantía y la rechazaron. En 41 casos los jueces de apelación ratificaron la decisión del juez de primer nivel que aceptó la acción.</p>
<p>Tipo de accionante</p>	<p>Las personas naturales género masculino 409 casos, lo que representa el 50,68%;</p> <p>El género femenino, con 177 casos, lo que corresponde al 21,93%;</p> <p>Conjunto de personas (dos o más), con 112 casos, lo que representa el 13,88%;</p> <p>Personas jurídicas de derecho privado, con 87 casos, esto es 10,78%;</p> <p>Personas jurídicas de derecho público, 21 casos, lo que constituye el 2,60%;</p> <p>Persona LGTBI 1 caso, 0,12%.</p>
<p>Tipo de accionado</p>	<p>Personas jurídicas de derecho público, con 728 casos y un porcentaje de 90,21%;</p> <p>Personas jurídicas de derecho privado, con 58 casos, lo que representa el 7,19%;</p> <p>Conjunto de personas 12 casos, el 1,49%;</p> <p>Mujeres fueron accionadas en 6 casos, es decir, el 0,74%; y, los hombres en 2 casos, configurando el 0,25%.</p> <p>No se accionó en contra de personas LGTBI.</p>
<p>Los jueces que conocen las acciones</p>	<p>Los jueces penales resolvieron 309 casos, el 38,29%;</p> <p>Jueces de lo civil con 269 casos, lo que corresponde al 33,33%;</p> <p>Jueces de lo laboral con 105 casos, lo que constituye el 13,01%.</p> <p>Los jueces multicompetentes conocieron 69 casos, es decir, el 8,55%;</p>

	Jueces que se especializan en familia decidieron 55 casos, siendo este el 6,82% del total.
Derechos alegados	El derecho al trabajo 290 casos, lo que representa el 16,94%; Seguridad jurídica, con 275 casos, lo que corresponde al 16,06%; Derecho al debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso) con 214 casos, es decir, el 12,50%. El derecho a la defensa (debido proceso/defensa), fue alegado en 158 oportunidades, lo que representa el 9,23%; Derecho a la igualdad con 142 casos, esto es el 8,29%; El derecho a la motivación (debido proceso/motivación) con 98 casos, lo que constituye el 5,72% Generalmente los accionantes no alegan la vulneración de un solo derecho, sino de varios.
Derechos alegados por cada tipo de accionante: 1 Accionante jurídico público	Accionante jurídico público: El debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso) fue alegado en 11 ocasiones por las personas jurídicas de derecho público, lo que representa el 36,67%; La seguridad jurídica con 6 casos, lo que constituye el 20,00%. Los otros derechos fueron alegados en menor medida y representan en conjunto el 43,33%.
2 Accionante jurídico privado	Accionante jurídico privado. El derecho a la seguridad jurídica fue alegado por las personas jurídicas de derecho privado en 43 ocasiones, lo que representa el 21,72%; El debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso) con 39 casos, lo que porcentualmente es 19,70%; El derecho al trabajo con 25 ocasiones el 12,63%; la motivación (debido proceso/motivación) se declaró vulnerada en 16 oportunidades y constituye el 8,08%; El Derecho a la defensa (debido proceso/defensa) alegado en 15 oportunidades configura el 7,58%. Otros derechos fueron alegados en menor medida y en conjunto representan el 30,30%.
3 Accionante dos o más personas	El derecho al trabajo fue alegado en 42 ocasiones, lo que representa el 16,73%; El derecho a la igualdad, con 28 ocasiones el, lo que constituye el 11,16%; con 27 casos y la seguridad jurídica 10,76% El derecho a la defensa (debido proceso/defensa) con 24 casos siendo el 9,56%; el debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso), fue invocado en 17 ocasiones, es decir, el 6,77%; La propiedad, en 14 oportunidades, configura el 5,58%; La vida digna con 12 ocasiones y 4,78%; La motivación (debido proceso/motivación), lo que representa el 3,98%. Con 9 casos, el derecho a la participación, con un 3,59%. Otros derechos fueron alegados en menor medida y en conjunto representan el 27,09%.
4 Accionante femenino	Las personas de género femenino alegaron en 66 ocasiones la vulneración al derecho a la seguridad jurídica, lo que representa el 18,38%; luego, con 65 casos, se encuentra el derecho al trabajo, lo que constituye el 18,11%; a continuación, se encuentra el debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso) con 40 ocasiones, siendo el 11,14%; le sigue el derecho a la igualdad invocado como derecho vulnerado en 31 oportunidades, esto es el 8,64%. El derecho a la defensa (debido proceso/defensa) fue alegado en 20 ocasiones, lo que configura el 5,57%; la motivación (debido proceso/ motivación), en 19 casos, teniendo un porcentaje del 5,29%; la seguridad social, con 18 casos, representa el 5,01%; y,

	la propiedad, con 17 ocasiones, tiene el 4,74%. Otros derechos fueron alegados en menor medida y representan el 23,12% 30 en conjunto.
5 Accionante masculino	Las personas naturales del género masculino alegaron en 158 ocasiones la vulneración del derecho al trabajo, lo que representa el 18,14%; le sigue la seguridad jurídica con 133 casos, lo que representa el 15,27%; luego aparece el derecho al debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso) alegado 107 oportunidades, lo que constituye el 12,28%; continúa la defensa (debido proceso/defensa), con 96 ocasiones, es decir, el 11,02%; con 76 casos se encuentra el derecho a la igualdad, lo que representa el 8,73%; le sigue la motivación (debido proceso/motivación) con 52 casos, configurándose el 5,97%. Con 37 casos se encuentra el derecho a la propiedad, lo que representa el 4,25%; le sigue con 30 ocasiones la seguridad social, lo que corresponde al 3,44%; con 18, se encuentra la educación, lo que constituye el 2,07%; con 16 ocasiones se encuentra la tutela efectiva, siendo el 1,84%; con 15 casos se encuentra la vida digna, esto es el 1,72%. La opción no alega derechos 31 fue identificada en 14 casos, configurándose el 1,61%; finalmente, con 11 alegaciones de vulneración se encuentra el parámetro otras normas constitucionales, lo que representa el 1,26%. Otros derechos fueron alegados en menor medida y totalizan el 12,40.
6 Accionante LGTBI	Derechos a ser escuchados (debido proceso/ser escuchado), a la igualdad y a la intimidad personal en una sola ocasión, lo que representa el 33,33% para cada caso.
Derechos vulnerados Accionante femenino Accionante masculino Obligados a cumplir la decisión aceptada	En 32 oportunidades el derecho a la seguridad jurídica fue declarado vulnerado, lo que representa el 16,93%; seguido del derecho al trabajo, con 29 ocasiones, lo que corresponde al 15,34%; a continuación aparece el derecho a la defensa (debido proceso/defensa) con 21 ocasiones, configurando el 11,11%; le sigue el derecho al debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso) declarado vulnerado en 19 oportunidades, es decir, el 10,05%. El derecho a la seguridad social fue declarado vulnerado en 11 ocasiones, lo que representa el 5,82%; y, el derecho a la propiedad, con 10 ocasiones, configura el 5,29%. Otros derechos fueron declarados vulnerados en un 35,45%.
<i>Derechos declarados vulnerados por cada tipo de accionante</i> Accionante jurídico público Accionante jurídico privado Accionante dos o más personas Accionante femenino Accionante masculino	<i>Accionante jurídico público</i> Cuando los accionantes fueron personas jurídicas de derecho público, los jueces declararon, en 2 ocasiones, la vulneración del derecho al debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso), lo que representa el 33,33%; le siguen, en 1 ocasión para cada uno, los derechos a la defensa (debido proceso/defensa), a la propiedad, a la réplica en medios de comunicación y a la seguridad jurídica, lo que configura el 16,67% respectivamente. <i>A las personas jurídicas de derecho privado</i> , se les declaró en 3 ocasiones la vulneración del derecho al debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso), lo que representa el 33,33%; le sigue, con 2 cada uno, los derechos a la defensa (debido proceso/ defensa) y a la seguridad jurídica, configurándose el 22,22%; finalmente, con 1 caso para cada uno, se observa el derecho de petición y el parámetro otras normas constitucionales. <i>Accionante dos o más personas</i> Cuando los accionantes fueron dos o más personas, los jueces declararon la vulneración de los derechos a la defensa (debido proceso/defensa) y al trabajo en 7 ocasiones cada uno, lo que representa el 18,42% respectivamente; le sucede, con 5 ocasiones, el derecho a la seguridad jurídica, lo que corresponde al 13,16%. Otros derechos fueron declarados vulnerados en menor medida y en conjunto suman el 50,00%

	<p><i>Accionante femenino</i> Al presentar esta clase de acciones las personas pertenecientes al género femenino, los jueces declararon la vulneración del derecho a la seguridad jurídica en 8 ocasiones, lo que representa el 16,00%; le sigue el derecho al trabajo en 7 oportunidades con un 14,00%; y los derechos de educación, salud y seguridad social, en 4 ocasiones para cada uno, lo que corresponde el 8,00% respectivamente. Otros derechos fueron declarados vulnerados en menor medida, los cuales en conjunto representan el 46,00%</p> <p><i>Accionante masculino</i> En 16 oportunidades y con un porcentaje del 18,60%, se declaró vulnerado el derecho a la seguridad jurídica, en los casos en los que los accionantes fueron identificados con el género masculino; en 15 ocasiones y con un 17,44% se declaró vulnerado el derecho al trabajo; enseguida, con 10 casos cada uno, se encuentran los derechos al debido proceso en su forma genérica (debido proceso/debido proceso) y el derecho a la defensa (debido proceso/defensa), lo que constituye el 11,63% respectivamente. Otros derechos fueron declarados vulnerados en menor medida, representando en conjunto el 40,70.</p>
Obligados a cumplir la decisión aceptada	De las 807 sentencias de acciones de protección remitidas a la Corte Constitucional en el año 2013, 99 fueron aceptadas por los jueces constitucionales que las conocieron, lo que porcentualmente representa el 12,27% del total de pronunciamientos emitidos. Para estas variables, quienes están obligados a cumplir la decisión jurisdiccional se ubican de la siguiente manera: las personas jurídicas de derecho público quienes fueron conminadas a acatar el fallo en 77 ocasiones, correspondiendo al 77,78%, a continuación se encuentran las personas jurídicas de derecho privado con 20 decisiones a cumplir, siendo este el 20,20%; finalmente se tiene con igual porcentaje al conjunto de personas (dos o más personas) y al género masculino con 1 caso y un porcentaje del 1,01%, respectivamente.

Fuente: Pamela Aguirre y Dayana Ávila, *Garantías jurisdiccionales: Análisis cuantitativo de las decisiones de los jueces de instancia y apelación en el año 2013*, Elaboración propia

Texto de los autores: José Luis Castro y Luis Santiago Llanos.

Título: La Acción de Protección como mecanismo de garantía de los derechos: configuración institucional, práctica y resultado en la ciudad de Quito.

Finalidad: “Analizar el funcionamiento de la acción de protección, realizado un balance de la práctica judicial de esta garantía en Ecuador con el objeto de establecer si el cambio normativo significó la transformación de la cultura jurídica y de las prácticas judiciales”

Conclusión: “[...] lo que convierte a la AP, al menos desde la perspectiva cuantitativa, en institución jurídica fallida.”

Tabla 10

Metodologías de la investigación en garantías (José Luis Castro y Luis Santiago Llanos)

Metodología	Conclusiones
<p>a) Celeridad: medida desde el momento de presentación de demanda y la resolución. Se buscó una media de resolución global. Se realizó un intervalo de clase: (0-10días), (11-28), (29-60), (61-100), (más de 100) días</p> <p>-La segunda instancia dura 32.5 días promedio.</p> <p>-Compara con la duración del amparo de 5 meses: 140 días.</p> <p>-Se comprueba la evolución del tiempo hacia los 72,80 días entre primera y segunda instancia. En 2013 ya supera el promedio del amparo anterior</p>	<p>a) Celeridad. El sistema informático confunde presentación de la demanda con conocimiento por parte de los jueces. Solo se registra fecha en la que se avoca conocimiento.</p> <p>El promedio es de 28 días (53%), pero los más de 100 días tienen un alto porcentaje (16%).</p> <p>Esto se incrementa, en el transcurso del tiempo hasta superar al promedio de demora del amparo 165 días promedio.</p> <p>La AP no se resuelve con celeridad.</p> <p>Se afecta su objetivo</p> <p>El rendimiento judicial depende de la carga procesal. Comentario: pero no se fundamenta en un análisis comparativo entre número de causas ordinarias y constitucionales.</p> <p>. Comentario: La temporalidad no es el único criterio para medir eficacia. Aunque este comentario sin contexto adecuado puede dar puerta abierta a un uso inadecuado del tiempo por parte del juez, pero también con la consideración de urgencia de protección por tanto es indispensable presentar la garantía junto con medidas cautelares.</p>
<p>b) Se clasifican en 6 grupos: personas naturales privadas, personas jurídicas de ámbito privado, grupos, colectivos, entidad pública, funcionarios públicos</p>	<p>b) Legitimación activa y pasiva</p> <p>El mayor porcentaje 74,66% son personas naturales (privados 38,41 y funcionarios públicos 38,41).</p> <p>Comentario: El porcentaje de funcionarios públicos que presentan acción de protección debe medirse en comparación con los casos en los que se alega vulneración de derechos laborales</p> <p>Se resalta el 11,91 de personas jurídicas de ámbito privado.</p> <p>Comentario: Tema que puede analizarse con los derechos que se alegan vulnerados.</p> <p>Los colectivos son un porcentaje marginal 9%.</p> <p>El estado participa en el 0,47%.</p>
<p>b1) Legitimación pasiva: Persona natural privada Persona jurídica privada Colectivo Grupo Entidad pública Funcionario público: que representan a una entidad pública y que no representan a una institución pública.</p>	<p>b1) Legitimación pasiva</p> <p>El Estado y sus entidades y personeros es el 91.3% y el 5,27 a funcionarios públicos. La participación como sujetos pasivos de las personas naturales y jurídicas privadas es mínimo (0,85% y 3,72% respectivamente).</p>
<p>c) Derechos invocados. Busca diferenciar entre la vía constitucional y la administrativa o contenciosa administrativa. Y evidenciar cuál es el derecho que más se invoca</p>	<p>c) derechos invocados conclusión de los más altos:</p> <p>Derecho al trabajo: 33,52%</p> <p>Derechos de protección: 24%</p> <p>Igualdad y no discriminación 7,66%</p> <p>Derecho de propiedad: 4,28%</p> <p>Concluye que el gran porcentaje de garantías invocadas en temas laborales se da por la superposición de la vía ordinaria a la vía constitucional.</p> <p>Comentario: Se requiere una diferenciación de las vías que no solo se refiera al criterio de derechos patrimoniales frente a constitucionales.</p>
<p>d) Tipo de patrocinio Público Privado Sin patrocinio</p>	<p>d) Tipo de patrocinio</p> <p>Patrocinio privado tiene un 83%</p> <p>Patrocinio público 2,31%</p> <p>Sin patrocinio 1,8%</p> <p>Las 32 presentadas sin patrocinio fueron negadas.</p>
<p>e) Resolución: Aceptación total Aceptación parcial</p>	<p>e) Resolución de la AP</p> <p>Denegadas el 80, 15%</p> <p>Impugnación: el 61.23% fueron impugnadas.</p>

Denegación Inadmisión	Se analiza además el comportamiento de los jueces provinciales en la apelación. Así el porcentaje de confirmación de la sentencia de denegación de la AP es mayor y solamente en pocos casos se da aceptación en primera y segunda instancia. La mayoría de improcedencias se da por auto.
f) Reparación integral Todos los tipos de reparación en las acciones aceptadas.	f) Reparación integral Alarmante. Solo se dictan medidas reparatorias en el 6,35%, el 79% no las otorga al no concretarlas solo lo hace descriptivamente. Comentario: la finalidad de la garantía no se cumple en ningún aspecto ni en el acceso a la justicia constitucional (subsidiariedad decidida en la etapa de admisión) ni en la sentencia debido a que no se indica la reparación integral. Esto torna a la garantía en un auténtico retroceso frente al amparo que al menos concedía una medida cautelar.

Elaboración propia.

Otra relevante fuente de información y que incluimos son los datos que el sistema informático creado para la revisión y selección de sentencias expuesta en la página web de la Corte Constitucional.²⁷⁰ La ventaja de esta información es su actualización constante, además la información incluida inicia desde 2015 hasta la actualidad. Estos datos complementan los que tenemos de otros estudios, aunque no incluye un análisis cualitativo de los porcentajes. Esta información evidencia que la acción de protección se ha presentado acciones extraordinarias de protección sobre sentencias de acción de protección, acciones de incumplimiento de acciones de protección y que las menciones a la acción de protección en sentencias de la Corte Constitucional son elevadas

²⁷⁰ Ver, <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx?opcion=relatoria>.

Metodología	Conclusiones
<p>Clasifica las causas en virtud de las competencias de la Corte Constitucional.</p> <p>También se incluye al “recurso” de amparo.</p> <p>Se pueden realizar búsquedas generales o específicas.</p> <p>Los resultados son numéricos y se puede tener acceso tanto a la ficha de relatoría como a las sentencias.</p>	<p>Se pueden evidenciar referencias a la acción de protección tanto en causas relativas a acciones extraordinarias de protección, en acciones de incumplimiento así como en precedentes jurisprudenciales obligatorios</p> <p>De 3451 casos resueltos por la Corte Constitucional, 1109 hacen referencia a los términos “acción de protección”</p> <p>Del total de 9 precedentes jurisprudenciales obligatorios, 3 se refieren a la acción de protección.</p> <p>Del total de 370 casos de acciones de incumplimiento, 191 se refieren a sentencias de acción de protección</p> <p>Del total de 2185 de acciones extraordinarias de protección, 856 se refieren a acciones de protección.</p> <p>Del total de causas 19 son del recurso de amparo.</p>

Las categorías o variables de evaluación de las investigaciones estudiadas se describen en la Tabla 11.

Tabla 11

Variables utilizadas en la investigación cualitativa de la acción de protección en Ecuador

Autor	Garantía	Categorías de análisis
Alex Valle	Amparo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Variable de tiempo: medido entre la presentación de la apelación y la resolución por parte del TC. En días y luego según el año. 2. Origen jurisdiccional. Se busca identificar el juzgado del que proviene el amparo 3. Origen geográfico: 21 provincias. 4. Accionante o legitimado activo 5. Legitimado pasivo 6. Tipo de derecho 7. Número de acciones de amparo concedidas y negadas. Los criterios son: no concede, si concede, concede parcialmente, devuelve, inadmite, desistimiento. 8. Variable de argumentación jurídica: medición cualitativa. 9. Cuál ha sido la motivación de las resoluciones de amparo en caso de negativa. 10. Falta de formalidades 11. 2. Formalidades jurídicas no sustanciales 12. Razones de fondo. 13. Ubicación del derecho violado en la argumentación de la Acción de amparo. 14. Medidas positivas o negativas para proteger efectivamente el derecho conculcado.
Claudia Storini y Marco Navas	Acción de protección	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tiempo aproximado de resolución de la causa 2. Legitimación activa 3. Legitimación pasiva 4. Con o sin patrocinio de abogado 5. Derecho invocado 6. Concesión, inadmiten, deniegan 7. En apelación 8. Valoración de la prueba y su pertinencia 9. Reparación integral y su motivación. Variable que busca medir la eficacia, eficiencia y efectividad de la acción en la medida de que la sentencia cumple o no con la finalidad de la garantía

Pamela Aguirre y Dayana Ávila	Acción de protección	<ol style="list-style-type: none"> 1. Porcentaje de sentencias de acción de protección con relación a las otras garantías. 2. Acciones aceptadas, negadas, desistimiento 3. En apelación 4. Tipo de accionante 5. Tipo de accionado 6. Los jueces que conocen las acciones 7. Derechos alegados 8. Derechos alegados por cada tipo de accionante <ol style="list-style-type: none"> a. Accionante jurídico público b. Accionante jurídico privado c. Accionante dos o más personas d. Accionante femenino e. Accionante masculino f. Accionante LGTBI 9. Derechos vulnerados 10. Derechos declarados vulnerados por cada tipo de accionante <ol style="list-style-type: none"> a. Accionante jurídico público b. Accionante jurídico privado c. Accionante dos o más personas d. Accionante femenino e. Accionante masculino f. Obligados a cumplir la decisión aceptada
José Luis Castro y Luis Santiago Llanos.	Acción de protección	<ol style="list-style-type: none"> 1. Celeridad 2. Legitimidad activa: <ol style="list-style-type: none"> a. personas naturales privadas, b. personas jurídicas de ámbito privado, c. grupos, d. colectivos, e. entidad pública, f. funcionarios públicos 3. Legitimación pasiva: <ol style="list-style-type: none"> a. Persona natural privada b. Persona jurídica privada c. Colectivo d. Grupo e. Entidad pública f. Funcionario público: que representan a una entidad pública y que no representan a una institución pública 4. Derechos invocados. 5. Tipo de patrocinio <ol style="list-style-type: none"> a. Público b. Privado c. Sin patrocinio 6. Resolución: <ol style="list-style-type: none"> a. Aceptación total b. Aceptación parcial c. Denegación d. Inadmisión 7. Reparación integral

Elaboración propia

Nótese que, si bien el enfoque de cada estudio es diferente, existen categorías análogas y relevantes que nos permiten construir una matriz de análisis comparativo. Estas categorías se describen a continuación:

Categorías de análisis
Acciones admitidas, rechazadas, aceptadas, negadas, desistidas.
Derechos invocados vs. protegidos
Legitimado activo
Legitimado pasivo
Tiempo de resolución
Medidas de reparación
Variable de argumentación jurídica
Interposición de garantía subsecuente: acción extraordinaria de protección o acción de incumplimiento

1. Explicación metodológica

En el contexto de lo indicado, es indispensable para aprovechar los datos obtenidos, proponer una nueva metodología que permita reafirmar o rebatir las conclusiones ya alcanzadas por los anteriores estudios pero además proponer nuevas visiones y desafíos en las propuestas de solución a lo observado.

Es con esa finalidad que se han elaborado cuadros que contiene el porcentaje con cada una de las variables elegidas y un breve análisis de lo que se observa de cada uno. Se advierte que las categorías son en ocasiones utilizadas con diversa terminología o no advierten de diferencias técnicas en el tratamiento terminológico que los investigadores y en algunas ocasiones jueces atribuyen a cada una. Por ello se diferenciará entre criterios emitidos por la ley, la doctrina, y las sentencias.

1.1. Número de acciones admitidas, rechazadas, aceptadas, negadas, desistidas

Este título es un claro ejemplo de la diversidad terminológica y de contenido utilizada en los diferentes estudios. Esta variedad puede evidenciar la falta de claridad tanto de los investigadores como de los jueces al momento de emitir una resolución o una sentencia en materia de garantías.

Si bien una de las características del derecho es precisamente la ambigüedad y amplitud de significados o terminológica, es indispensable que, para una mejor

comprensión de los resultados, se aclarare el alcance de cada término utilizado en cada estudio.

En el primer capítulo de esta investigación se ha indicado que la admisión y la procedencia son términos disímiles. Y su utilización es la más adecuada de conformidad a los términos de la sentencia. Ya que la procedencia decide el fondo del caso y solo se resuelve en sentencia y la inadmisión se refiere a requisitos que no ameritan un juzgamiento de fondo del juez y que él tampoco puede solventar.

Así, por ejemplo, Castro y Llanos utilizan los términos *aceptación total*, *aceptación parcial*, *denegación*, *inadmisión*. Las sentencias favorables es decir, que admiten total o parcialmente la acción llega a un total de 23,81%. Este porcentaje resulta de la suma de resoluciones de aceptación total 11,23 más las de aceptación parcial 1,35%. No diferencian los autores entre aceptación y procedencia por tanto entendemos que se los considera sinónimos y son emitidos mediante sentencia.

La denegación e inadmisión se engloban dentro de sentencias no favorables y representa un 80,15% del total de decisiones. De ellas el 44% son consideradas denegadas y 36,15 inadmitidas. En esta tipificación no se diferencian las acciones que son rechazadas de aquellas que son improcedentes. Es más, es relevante indicar que este estudio hace un aporte para la reflexión de la actuación judicial al indicar que la inadmisión es declarada indistintamente o mediante auto o mediante sentencia. (89 casos mediante auto) y (339 casos mediante sentencia). Esto da clara cuenta de que los jueces están resolviendo la admisión o inadmisión mediante sentencia y no mediante auto

Por su parte para Ramiro Ávila advertía que la inadmisión de la apelación del amparo se resolvía también mediante sentencia. Este autor explica que a causa de la inadmisión mediante sentencia está en que los jueces admitían todas las acciones de amparo, por tanto no tenían filtro, no pasaban por un examen adecuado de las causales de rechazo de la acción. Esto nos permite concluir que al igual que en la actualidad, cuando regía el amparo, existía igual confusión de empleo terminológico y también diversidad de comprensión de las etapas procesales por parte de los jueces de garantías.

Se debe resaltar que el estudio de Storini y Navas da cuenta clara de esta preocupación y profundiza en un aspecto que servirá posteriormente de fundamento a la sentencia constitucional n.º 102-13-SEP-CC, CASO N° 0380-10-EP de 04 de diciembre del 2013 mediante la cual se establecen las etapas del proceso de acción de protección y la obligación de los jueces de decidir mediante sentencia ciertas causales que no pueden

ser decididos a través de un auto de admisibilidad o rechazo de la acción. Concretamente nos referimos a los numerales 1 a 5 del artículo 42 de la LOGJCC.

La necesidad aclaratoria surge del contenido del último inciso del artículo 42 de la ley en análisis que utiliza el término inadmisibile e incluye en el mismo causales de improcedencia y de inadmisibilidad, textualmente el inciso indica:

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, *mediante auto*, declarará *inadmisibile* la acción y especificará la causa por la *no procede* la misma.

Esta disposición jurídica claramente no diferencia entre un requisito de admisión de un requisito de procedibilidad, tampoco encontramos en el resto del articulado una diferenciación entre estos dos términos debido a que no se incluye en un articulado independiente las causales de inadmisión de la acción.

Finalmente se observa que como consecuencia del mandato legislativo errado se ordena al juez a resolver tanto las causales de inadmisión como de improcedencia mediante auto. Este asunto técnico también es corregido con la sentencia de la Corte Constitucional que comentamos.

Al igual que en el artículo 42, el artículo 41 desarrolla los casos de procedencia y legitimación pasiva de la acción de protección mas no se incluye un procedimiento para la inadmisión o el rechazo de la acción en la Ley incluso en el procedimiento común a todas las garantías denominado Normas Comunes no se incluye esta fase procesal.

Es más la influencia de este trabajo es tal que la Corte Constitucional plantea el siguiente problema jurídico: ¿Existe vulneración a los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva y debido proceso cuando en el auto de inadmisión a trámite no se ha observado el procedimiento constitucional para sustanciar una acción de protección?

Para mayor claridad, se transcribe la conclusión o regla emitida por la Corte Constitucional al respecto. En virtud de las competencias establecidas en el artículo 436, numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional realiza la interpretación conforme y condicionada, con efectos *erga omnes*, del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en los siguientes términos:

El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia

motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El desarrollo doctrinal pero especialmente la jurisprudencia constitucional debe ser medido en el número de sentencias inadmitidas (admisión) o negadas (procedibilidad). La explicación del descenso de acciones de protección inadmitidas frente a negadas puede encontrarse en esta jurisprudencia constitucional más lamentablemente no tenemos datos cuantitativos sobre estos criterios argumentativos.

Tabla 12

Cuadro comparativo general de la investigación del amparo y la acción de protección

Categorías de evaluación	Valle	Storini y Navas	Aguirre y Avila	Castro y Luis Llanos
Garantía	Apelación del amparo	Acción de protección	Acción de protección	Acción de protección
Ámbito temporal (Año(s) de análisis)	1997-2004	2008-2011	2013	2008-2014
Ámbito geográfico	22 provincias	Capitales de provincia: Guayaquil y Cuenca	Todo el país	Pichincha
Admitidas, aceptadas	Concedidas 23,39%,	No se indica	Aceptadas 12,27%;	Aceptadas 11,11,23
Aceptación parcial	1,56%,	No se indica	No se indica	1,31,35
Devolución del expediente por incumplimiento de requisitos de forma	2,67	No se indica	No se indica	No se indica
Inadmisión declarada por auto o sentencia	8,24%	55,8%	1,69%.	36,15%
Porcentaje de acciones negadas	63,92%.	Inadmitidas 55,8%	69,62%;	44 %
Porcentaje de acciones desistidas	0,22%.	No se indica	0,77%;	No se indica
Admitidas, aceptadas	Concedidas 23,39%,	No se indica	Aceptadas 26,44%;	Aceptadas 11,23%
Aceptación parcial	1,56%,	No se indica	No se indica	1,35%

Elaboración propia

Derechos invocados

Para evaluar los derechos más invocados se ha incluido en la tabla los porcentajes alcanzados en los tres estudios. Se debe resaltar que el derecho al trabajo es el más invocado. Los tres estudios señalan que los legitimarios activos que más interponen acciones de protección son los funcionarios públicos sobre derechos laborales, se interpreta este fenómeno como una desnaturalización de la vía constitucional para reclamar derechos por parte de los funcionarios públicos. Tema que se creía se superaría con la inclusión de reformas constitucionales de 2008 y la incorporación de la acción de protección en lugar del amparo, pero como se visualiza en los cuadros comparativos el estado de cosas en cuanto a derechos y legitimarios activos no ha variado.

El estudio de Claudia Storini y Marco Navas (82) da cuenta de una idea relevante, los derechos laborales invocados por los funcionarios públicos fueron también parte de otros derechos como la seguridad social, jubilación y relacionados centralmente como la igualdad y dignidad en materia laboral.

Por tanto, es difícil de establecer un solo derecho como el invocado ya que, como lo demuestra este estudio, de 1926 casos identificados existen 2256 invocaciones de derechos lo cual implica que en algunos casos es invocado más de un derecho; además, existe un alto porcentaje de derechos no identificados 8%. En el estudio referido se incluyen derechos como la jubilación y la seguridad social dentro del derecho al trabajo que también puede ser una causa adicional del abultado porcentaje de invocaciones del derecho al trabajo que demuestra este estudio y que supera el 50%.

Sin embargo, como se puede observar de los datos porcentuales tanto en el estudio de Valle, Storini y Navas, como en el de Castro y Llanos, el porcentaje de alegación de un derecho laboral bordea el 36 %.

Según la Corte Constitucional colombiana,²⁷¹ de 168.003 tutelas radicadas en el primer semestre de 2019; 5.581 causas son interpuestas por vulneración del derecho a la seguridad social (calificación de la pérdida de capacidad laboral 36,2 %; pensión de sobreviviente 6,8 %; pago de aportes 6,8 %), y 2.105 por vulneración del derecho al trabajo y la estabilidad laboral (estabilidad laboral 35,9 %; contrato por ganancia de concurso 23,6 %; disponibilidad de medios para cumplir labor 11,8 %; reubicación de vendedor ambulante por confianza legítima 6,4 %; traslado por razones de salud 6,3 %.

²⁷¹ Colombia Corte Constitucional, ver <http://www.corteconstitucional.gov.co/>.

Por tanto, la invocación de derechos relativos al trabajo es considerable también en otros países cercanos.

La Tabla 13 resume lo que hemos indicado:

Tabla 13
**Resultados cuantitativos generales del amparo y la acción de protección en Ecuador:
derechos**

Garantía	Amparo	Acción de protección	Acción de protección	Acción de protección
Categorías de evaluación/ derecho invocado	Valle ²⁷²	Storini y Navas ²⁷³	Aguirre y Ávila	Castro y Llanos
Ámbito temporal (Año(s) de análisis)	1997-2004	2008-2011	2013	2008-2014
Trabajo	36,26 ²⁷⁴	54,1	16,94	34,97
Derechos del debido proceso	2,64 ²⁷⁵	14,8	46,49 ²⁷⁶	21,03
Igualdad y no discriminación	Sin datos	2	8,29	
Derecho de propiedad	20	6,9	4,61	
Seguridad social ²⁷⁷		12,1 ²⁷⁸	3,15	4,73 ²⁷⁹
Derecho a la educación	1,32	1,6	1,99	
Libertad económica	6,59	1,2	0,70	
Libertad de asociación		1,2		
Salud	0,44	2,6	1,11	
Honor	28,57	0,8	0,58	
Vida/ vida digna	4,76	Sin datos	2,39	Sin datos
Derechos no identificados/indicados/ Alegados		8	1,40	9,29

Elaboración propia

²⁷² El autor analiza los derechos invocados en la apelación del amparo desde la clasificación tradicional de los derechos vigente en la Constitución de 1998. Entre ellas: derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos sociales y culturales, derechos difusos, derechos colectivos. Los laborales de los funcionarios públicos los denomina derechos administrativos.

²⁷³ Esta investigación incluye porcentajes de 2 derechos más invocados: 58 % derecho al trabajo y la estabilidad laboral y los derechos de protección con 15 % e incluyen derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica invocados también por trabajadores públicos.

²⁷⁴ Los casos identificados por el autor se relacionan a temas laborales o disciplinarios de funcionarios públicos.

²⁷⁵ Entre los derechos civiles se incluyen los indicados en el art. 23 de la Constitución de 1998: libertad personal, libertad de expresión, libertad de asociación, derecho a la vida, derecho al debido proceso.

²⁷⁶ Hemos sumado en esta variable todos los porcentajes de diversos derechos que pertenecen a la categoría constitucional de los derechos de protección que incluye los derechos: seguridad jurídica, 16,06 %; derecho al debido proceso 12,50 %, a la defensa 9,23; la motivación 5,72 %; tutela efectiva 2,10 %; presunción de inocencia 0,88.

²⁷⁷ En el estudio de Valle, la seguridad social se enuncia pero no se da un porcentaje. El referido estudio incluye a la seguridad social en el 22,2 % correspondiente a los derechos sociales.

²⁷⁸ Incluye el derecho a la jubilación (7 %) y la seguridad social (5,1 %)

²⁷⁹ Se ha incluido dentro del derecho a la seguridad social (2,11 %) el derecho a la jubilación 2,62 %.

Derechos invocados por categoría general

Como es conocido la Constitución de 2008 cambió la tradicional clasificación de los derechos en siete categorías. Esta nueva clasificación nos obliga a comparar las categorías tradicionales de derechos incluida en la Constitución de 1998 con el fin de poder confrontar adecuadamente las categorías estudiadas y alcanzar una visión completa y general de los derechos invocados por categoría.

Este cuadro nos permite evidenciar de manera clara y sencilla, los derechos que derechos invocados en el amparo y en la acción de protección.

Categoría de derechos Constitución de 1998 ²⁸⁰	Categoría de derechos Constitución de 2008 ²⁸¹	Amparo
Derechos civiles	Derechos de libertad	9,23
Derechos sociales	Derechos del buen vivir	22,47
Derechos económicos, sociales y culturales	Derechos del buen vivir	27,47
Derechos colectivos y difusos		0,88
Derechos difusos		0,44
Derechos políticos	Derechos políticos	3,08
Asuntos administrativos		36,26 ²⁸²

Elaboración propia

Tipo de resolución: Admisión, rechazo, aceptación, negación, desistimiento

Como se evidencia del título de este acápite son múltiples y disímiles los tipos de resolución que se encuentran en la práctica de la acción de protección y también en los estudios realizados al respecto, por ello es indispensable diferenciar y utilizar la terminología técnica para catalogar cada decisión. La fuente de la confusión se encuentra en la LOGJCC que no determina con claridad terminológica las formas de resolver la

²⁸⁰ Aplicable al amparo.

²⁸¹ Aplicable a la acción de protección.

²⁸² En el estudio del amparo que analizamos se evidencian diferencias de porcentajes en dos categorías: 1) asuntos administrativos —que incluyen a temas laborales o disciplinarios de funcionarios públicos— que de la muestra total de amparo que el mismo tema/derecho llega a un 40,18 % (p. 39); frente al 36,26 %, indicado el cuadro del ampro por derechos (pp. 37 y 69). Otro dato interesante es que cuando se realiza el desglose de derechos sociales, aparece el derecho al trabajo con 12,31 % de la muestra total de amparos que el autor considera “netamente” laborales, por tanto realmente laborales. Entendemos que el porcentaje de 40,18 % se refiere a los legitimarios activos —funcionarios públicos— que presentan amparos para la proteger temas de mera legalidad o simplemente administrativos en el área laboral. Por tanto, a nuestro parecer el autor interpreta que los funcionarios públicos que presentan amparos sobre temas laborales abusan de la garantía y la desnaturalizan, en casi todos los casos, excepcionalmente el amparo ha sido adecuadamente interpuesto en temas realmente laborales en un 12,31 %.

garantía en las diferentes etapas procesales, pero una adecuada interpretación legal y utilización de la jurisprudencia constitucional²⁸³ nos permiten determinar que las categorías correctas son: la admisión, la inadmisión, la procedencia, la improcedencia y el desistimiento.

El estudio de Valle analiza las acciones de amparo que fueron concedidas o negadas en el período comprendido entre 1997 y el año 2004 y concluye que se concedieron 23,39 % acciones mientras que se negaron el 63,92 %. El año con el mayor número de acciones de amparo aceptadas es 1998 con un 19,05 %. El año 2000 es el más bajo con un 7,62 %.

Este estudio incorpora otras categorías: aceptación parcial 1,56 %, la devolución del expediente por incumplimiento de requisitos de forma 2,67 %; la inadmisión de la acción por improcedente 8,24 % y los casos de desistimiento con un 0,22 %.

Para obtener datos más completos, sumamos la aceptación parcial al porcentaje de acciones concedidas y obtenemos un 24,95 % de resoluciones favorables; y, si sumamos a las acciones negadas la devolución por incumplimiento de requisitos de forma y la inadmisión por improcedente tenemos un total de 74,83 %.

En una realidad más cercana a la nuestra, los resultados del estudio de Castro y Llanos demuestran que las AP negadas e inadmitidas representan el 80,15 %, porcentaje alarmante frente a los objetivos garantistas que dan como resultado que apenas el 18,5 % son sentencias favorables.

Por su parte, Storini y Navas indican que el 55,8 % de acciones se inadmiten, pero no indican el porcentaje de causas aceptadas, aceptadas parcialmente, denegadas y desistidas.

Por su parte, Aguirre y Ávila determinan que en 2013 el porcentaje de acciones negadas representa el 69,62 %; las acciones aceptadas constituyen el 26,44 %; las inadmitidas constituye el 1,69 % y el 0,77 % corresponde a desistimiento de la acción.

Como se puede colegir de los datos expuestos, no hay una variación sustancial entre las cifras de aceptación de la garantía en la actualidad con las del amparo, al contrario el porcentaje de improcedencia es cercano al 75 %.

Por tanto, el tipo de resolución den las acciones de protección frente al amparo tampoco ha variado y su espectro de negación /aceptación es de 70/30.

²⁸³ Ecuador, *Sentencia No. 0102-13-SEP-CC*, 4 de diciembre de 2013.

Tabla 14
Resultados cuantitativos del amparo y la acción de protección en Ecuador: Tipos de resolución

Categorías de evaluación	Valle	Storini y Navas	Aguirre y Ávila	Castro y Luis Llanos
Admitidas, aceptadas	Concedidas 23,39%	No se indica	Aceptadas 12,27%	Aceptadas 11,23%
Aceptación parcial	1,56%	No se indica	No se indica	1,35%
Devolución del expediente por incumplimiento de requisitos de forma	2,67	No se indica	No se indica	No se indica
Inadmisión declarada por auto o sentencia	8,24%	55,8%	1,69%	36,15%
Porcentaje de acciones negadas	63,92%	Inadmitidas 55,8%	83,15%	44%
Porcentaje de acciones desistidas	0,22%	No se indica	0,99%	No se indica

Elaboración propia

Legitimado activo

Los resultados demuestran una coincidencia en cuanto a los legitimados activos que más impulsan acciones de protección. Se puede concluir que las personas naturales son quienes mayor número de amparos y acciones de protección interpusieron.

Algunos estudios acertadamente incluyen una subclasificación de personas naturales que interponen la acción, lo que nos permite comprobar que la mayoría de acciones propuestas por personas naturales correspondía y sigue correspondiendo a funcionarios públicos. Así, el estudio cuantitativo del amparo (Valle) un 31,43 % de personas naturales que lo interponen son empleados públicos, si a ellos le añadimos a la fuerza policial y militar el porcentaje se incrementa estrepitosamente a un 41,23 %, lo cual no era el estándar teórico jurídico adecuado. Por su parte, el más reciente estudio de la acción de protección (Castro y Llanos) indica que las personas naturales son quienes mayores acciones de protección presentan, 76,51 %, de ellas son los funcionarios públicos, nuevamente quienes alcanzan un mayor porcentaje con el 30,9 % del total de accionantes.

El estudio de Storini y Navas proyecta porcentajes igual de alarmantes ya que si bien los particulares, como es previsible, tienen un 41% del total de acciones de protección presentadas, los servidores públicos están muy cerca con un 39% de la totalidad de acciones de protección.

En este contexto, se puede concluir que el promedio de funcionarios públicos que interponían e interponen el amparo y la acción de protección respectivamente en nuestro país es del 40 %.

Por su parte, el estudio de Aguirre y Ávila no da cuenta del porcentaje de funcionarios públicos que activan la acción de protección, de todas formas el porcentaje de mayor presentación de acciones de protección corresponde, igualmente a las personas naturales.

Otro de los temas que es imperativo resaltar es que el porcentaje de legitimados activos colectivos²⁸⁴ o por grupos²⁸⁵ se mantiene bajo. Valle²⁸⁶ ya advertía que el amparo era presentado en un porcentaje mínimo por grupos (0,44 %) y colectivos (Gremios: 5,71, Sindicatos: 2,64 y ONG: 1,32), admira comprobar que en el estudio más reciente (Castro y Llanos) apenas el 9,38 corresponde a colectivos y solo el 0,17 a grupos que continúan siendo una fracción muy marginal de accionantes.

Por otra parte, las entidades del estado son los nuevos legitimados activos de la acción de protección que como vemos, a pesar de su bajo porcentaje de intervención, va en aumento e inicia con la vigencia de la Constitución de 2008. Valle, no ha medido la intervención de entidades del Estado precisamente porque la Ley de Control Constitucional en su artículo 48²⁸⁷ fue mejor interpretada por los jueces y las entidades públicas.

Así, en 2012 la interposición como accionantes de personas jurídicas del sector público es del 0,48 %, mientras que en 2014 se ha determinado que un 0,59 % de acciones de protección fueron presentadas por entidades públicas.

Los resultados por categoría de análisis es el siguiente:

²⁸⁴ Colectivos: conjunto de personas que persiguen un objetivo en común o se identifican como titulares de un determinado derecho por su pertenencia a un conglomerado humano específico.

²⁸⁵ Grupos: grupos de persona vinculadas por una pertenencia a nacionalidad, pueblo, motivos culturales o étnicos. Ambas definiciones utilizadas por el estudio realizado por Castro y Llanos.

²⁸⁶ Alex Valle, *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*.

²⁸⁷ Ecuador, *Ley de Control Constitucional y Garantías Jurisdiccionales*, art. 48: “podrán interponer el recurso de amparo, tanto el ofendido como el perjudicado, por sí mismos, por intermedio de apoderado o a través de agente oficioso que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique posteriormente su decisión en el término de tres días, el Defensor del Pueblo, sus adjuntos y comisionados en los casos señalados en la Constitución y la ley o cualquier persona, natural o jurídica, cuando se trata de la protección del medio ambiente.”

Tabla 15
Resultados cuantitativos del amparo y la acción de protección en Ecuador: Legitimado activo

Categorías de evaluación	Valle	Storini y Navas	Aguirre y Ávila	Castro y Luis Llanos
Persona natural	Particulares 32,7% y de ellos, 31,43 pertenecen a empleados públicos. La burocracia y los miembros de la Fuerza Pública alcanzan el 41,23%. Empresario persona natural: 3,74	80% Particulares: 41% Servidores públicos: 39%	-Género masculino 409 casos, lo que representa el 50,68%; El género femenino, con 177 casos, lo que corresponde al 21,93%; Persona LGTBI 1 caso, 0,12%	43.75% (primera instancia) Funcionario Público: 30,91
Persona jurídica	empresario: 13,19	8%	Personas jurídicas de derecho privado, con 87 casos, = 10,78%; Personas jurídicas de derecho público, 21 casos, = el 2,60%;	10,31 Entidad pública: 0,59
Colectivo	0,44 indígenas	1,11%		10,14
Grupo	Gremios: 5,71 Sindicatos: 2,64 ONG: 1,32	10%	Conjunto de personas (dos o más), con 112 casos, = 13,88%;	0,17
Defensor del pueblo	No hay datos.	0,1%	No hay datos	No hay datos

Elaboración propia

Legitimado pasivo/ tipo de accionado

Los análisis del legitimado pasivo en el Ecuador optan por dos caminos: o una clasificación amplia en la que se encuentra la categoría de sector público y privado y otra más detallada que ubicará dentro de la categoría de sector público a las personas jurídicas públicas, entidad pública, funcionario público y otra que ubica dentro del sector privado a los siguientes sujetos: Persona natural privada, persona jurídica privada.

Con el afán de buscar resultados más generales hemos incluido una suma de porcentaje por sector público y privado.

Tabla 16
Resultados cuantitativos del amparo y la acción de protección en Ecuador: Tipo de accionado

Sector	Categorías de evaluación	Valle	Storini y Navas	Aguirre & Avila ²⁸⁸	Castro & Llanos ²⁸⁹
Privado/particulares	Total General	6	7,6		
	Persona natural privada			1,6	1,69
	Persona jurídica privada			7,19	3,88
	Colectivo				3,88
	Grupo			1,49 ²⁹⁰	0,17
	Colectivo				3,88
Público/administración Pública	Persona jurídica pública	94	5,6	90,21	
	Entidad pública				83,27
	Funcionario Público				6,59

Elaboración propia

Variable tiempo de resolución

El tiempo que utilizan los jueces para resolver permite determinar el cumplimiento de la celeridad de la actuación judicial que está debidamente exigida por la Constitución en materia de garantías. El tiempo es una variable que debe ser medida y que finalmente develará la realidad judicial, procesal y cultura constitucional de los jueces.

Por ello se han incluido la medición del tiempo del amparo que comprende el tiempo transcurrido entre la apelación de las acciones de amparo y su resolución definitiva y el tiempo que transcurre entre la presentación de la demanda y la fecha de emisión de la sentencia por parte de los jueces de primera instancia. Por esta ocasión y para efectos de una medición lo más real posible se incluyen los datos del tiempo transcurrido entre la presentación de la apelación y la resolución.

Se debe advertir que se realizará la medición del tiempo que le toma a la Corte Constitucional el resolver acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección, cuando realicemos la evaluación de este tema en el subsiguiente acápite.

²⁸⁸ La investigación utiliza solo dos categorías: sector público y sector privado. El mayor detalle respecto al legitimado pasivo está el resultado: concesión, denegación, inadmisión, etc. Este estudio incluye una evaluación de los sujetos pasivos que están obligados a cumplir las sentencias favorables (12,27 %) las personas jurídicas de derecho público quienes fueron conminadas a acatar el fallo en 77 ocasiones, correspondiendo al 77,78 %, a continuación se encuentran las personas jurídicas de derecho privado con 20 decisiones a cumplir, siendo este el 20,20%; finalmente se tiene con igual porcentaje al conjunto de personas (dos o más personas) y al género masculino con 1 caso y un porcentaje del 1,01 %, respectivamente.

²⁸⁹ Este análisis utiliza el indicador empresa pública para indicar a la persona jurídica de derecho público.

²⁹⁰ Conjunto de personas.

Para realizar dicha medición se ha procedido a calcular el promedio de tiempo que tardan en resolverse las acciones de amparo en número de días y luego se los ha clasificado según el año al que corresponde cada expediente.

En el cuadro que se describe a continuación se evidencia que el tiempo utilizado para resolver la acción de protección se incrementa constantemente y supera el estándar prudente y legalmente indicado de duración.

Será el examen de las causas de esta dilación lo que nos permitirá comprender la frialdad de los números. El grave incremento del tiempo en muchos casos concluirá en la auténtica denegación de acceso a la justicia a la garantía, a los derechos. De allí que sea importante investigar cómo han reaccionado los actores judiciales frente a esta realidad jurídica, una de las respuestas posibles es precisamente regresar al amparo (actuales medidas cautelares)

En el estudio del amparo en la apelación (todos los años) el tiempo de duración del proceso es de 140,375 días es decir 5 meses. Si comparamos los datos del amparo con los actuales, de 2008 a 2015 podemos anotar que, por un lado el tiempo de duración del amparo va reduciéndose hasta alcanzar en menor número en 2004; mientras que, el tiempo de la acción de protección va aumentando.²⁹¹

El promedio de días entre la primera instancia y la apelación en el estudio de Castro y Llanos es de 59,5 días, es decir 2 meses. También se indica que solo el 7 % de casos son resueltos en el tiempo indicado en la ley.

Por su parte Storini y Navas indican que el 50% de acciones de protección se resuelven hasta en 25 días mientras que el 50% restante en más de 26 días. A este número de días se debe sumar el promedio en apelación que es de 50 días en promedio, este varía de acuerdo con la provincia analizada. Lo alarmante es que se han identificado procesos que duran hasta 939 días que es el tope del 50%: 31 meses.

Tampoco se incluye el trabajo de Aguirre y Ávila ya que no consideran la variable tiempo.

Para realizar la comparación de datos el tiempo es medido en días y por año de análisis.

²⁹¹ Esta reflexión se puede evidenciar en los datos subrayados en el cuadro (años 2004 y 2014).

Tabla 17
**Resultados cuantitativos del amparo y la acción de protección en Ecuador:
 Tiempo de resolución medido en días**

Categorías de evaluación/ año	Valle Días para resolución del amparo	Castro & Llanos Días para resolver
1997	101	-
1998	92	-
1999	217	-
2000	248	-
2001	151	-
2002	100	-
2003	120	-
2004	94	-
2008	-	18,86
2009	-	40,16
2010	-	52,13
2011	-	72,08
2012	-	79,82
2013	-	133,04
2014	-	165

Elaboración propia

Medidas de reparación

El mandato constitucional dirigido a los jueces de garantías de ordenar la reparación integral material e inmaterial en caso de vulneración de derechos es taxativo, imperativo.²⁹²

También la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece como la finalidad principal de las garantías dos específicamente:

- 1) La protección *eficaz e inmediata* de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos
- 2) La *declaración de la violación* de uno o varios derechos
- 3) La *reparación integral* de los daños causados por su violación.

Por el momento, las dos primeras finalidades de las garantías han sido evaluadas en las variables anteriores.

Es pertinente ocuparnos de la tercera, la reparación integral, para ello es necesario enfatizar en su importancia ya que una de las razones de la existencia de esta garantía, para evaluar su efectividad, depende de la determinación de la protección o no del derecho y concretamente de las medidas de reparación, caso contrario, la simple declaración de vulneración sería nimia, vacía, inoficiosa y daría como consecuencia su desnaturalización

²⁹² Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 86, num. 3, último párrafo.

y su regreso al efecto que se dio inconstitucionalmente al amparo en la práctica jurisdiccional ecuatoriana. Conocemos que la reparación integral es un concepto adoptado y adaptado de los desarrollos normativos y jurisprudenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que fue incluido constitucional y legalmente en las garantías constitucionales en el Ecuador.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional vigente, también regula, con relativa precisión terminológica, el alcance de la reparación integral en el artículo 18 ubicado dentro del procedimiento general establecido para todas las garantías. En este artículo se indica que, en todos los casos en los que se declara la vulneración del derecho, se debe ordenar la reparación integral tanto material como inmaterial, esto dependerá del daño producido.

El artículo 18 desarrolla uno de los elementos fundamentales de una resolución de las garantías²⁹³ y que se indican en el artículo 17.4 de la ley, nos referimos a que en la parte resolutive de una sentencia de garantías el juzgador debe incluir la violación del derecho, las normas constitucionales violadas, el daño y, –la materia que nos interesa– la reparación integral, así como el inicio del juicio para determinar el monto de la reparación económica.

El artículo 18 genera confusión respecto a los distintos tipos de reparación, por lo que resulta necesario precisar las categorías legalmente descritas y aquellas consideradas pertinentes en cada caso.

En este sentido, la ley establece, a manera de ejemplificación –sin tratarse de una lista excluyente ni cerrada–, que la reparación puede incluir: la restitución del derecho vulnerado, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de no repetición, la obligación de remitir el caso a la autoridad competente para su investigación y sanción, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos y la atención en materia de salud.

Mientras que, en el inciso segundo se desarrolla cada medida reparatoria. La reparación material comprende la compensación económica, nos indica el artículo, sin embargo, utiliza el término compensación para determinar los componentes del daño inmaterial.

En concreto, la protección eficaz e inmediata de un derecho constitucional implica no solo una mera declaración de vulneración del derecho sino obligatoriamente la orden

²⁹³ A excepción de las medidas cautelares.

de reparación del mismo, reparación que tiene diversas medidas que deberán utilizarse en razón del daño invocado.

Solo asumir esta responsabilidad y la determinación de la pertinencia de la medida preparatoria ya constituye un reto para muchos jueces.

Respecto a este tema, la verdad de las cifras nuevamente es decepcionante y describen una realidad desesperanzadora. Por ejemplo, el estudio que Castro y Llanos realizan tanto de la primera como en la segunda instancia nos revela que en casi el 80 % de casos no se disponen medidas reparatorias. Estos resultados si se comparan con el amparo que si incluía medidas reparatorias en el 37,7 % de los casos, dan como resultado una justificada reflexión del estado actual del diseño procesal de la acción de protección pero especialmente de la actuación judicial.

Los datos del estudio realizado por Storini y Navas dan un resultado radicalmente diferente. Así, en este estudio el 99,5 % de las sentencias prevén una forma de reparación y solo el 0,5 % se limitan a conceder la tutela. Mientras que en segunda instancia el 46 % de resoluciones si se refiere a la reparación, el restante 66 % se limitan a declarar la vulneración y conceder la acción. Consideramos que la explicación de estos altos porcentajes se explica en la siguiente afirmación de los investigadores: “La generalidad de los fallos o no refieren nada acerca de la reparación o se limitan a reparar “integralmente” sin dar ningún contenido a esta afirmación”.²⁹⁴

Por tanto, ese alto porcentaje da cuenta de una realidad también de una negativa conclusión, la simple determinación nominal pero sin contenido concreto por tanto la sola enunciación no puede ser consideradas como medidas reparatorias.

Para abundar, los autores advierten que las medidas reparatorias se limitan a una restitución al estado anterior al momento de la vulneración –reintegro laboral–,²⁹⁵ lo cual quiere decir que los jueces de garantías han mantenido sus prácticas sobre el tipo de medidas reparatorias que resuelven.

Las medidas reparatorias, en el amparo concebido como una garantía cautelar, se pueden considerar inadecuadas en la mayoría de visiones doctrinarias, prácticamente una herejía, sin embargo, los datos que nos proporciona Valle, rompen esta percepción. Nos referimos a la existencia de un porcentaje interesante de sentencias que si conceden medidas reparatorias de casi el 50 %.

²⁹⁴ Storini y Navas, *La acción de protección en Ecuador*, 178.

²⁹⁵ Los autores consideran que no se pueden considerar estas medidas como reparación integral.

Se puede discutir que las medidas; positivas, de inacción, de suspensión del acto administrativo, o las medidas positivas subsidiarias, no constituyen realmente reparación integral pero esto es debatible y se debe analizar, para ello, los casos específicos.

Los datos son los siguientes: del 24,84 % de sentencias que aceptan el amparo el 4,62 % ordena en su parte resolutive, *medidas positivas* de acción referentes al derecho solicitado, el 0,44 % de las resoluciones ordena *medidas de inacción*, y el 3,08% contenía *medidas de suspensión del acto administrativo y medidas positivas subsidiarias*. El 10,77 % de las resoluciones, ordena *suspender el acto administrativo*. El 43,30 % del total de los casos resueltos solo niega o concede el amparo, sin imponer una medida. Como bien indica Alex Valle,²⁹⁶ esto creó un vacío al momento de ejecutar la resolución, lo cual evidentemente afecta a los derechos del peticionario y a la eficacia del amparo.

No se incluyen datos del estudio de Aguirre y Ávila debido a que no incluyen esta categoría y por ello se incluyen los datos que brinda la web de la Corte Constitucional.

Los datos relevantes se detallan a continuación y hemos incluido los porcentajes:

Tabla 18
Resultados cuantitativos del amparo y la acción de protección en Ecuador: Medidas de reparación

Categorías de evaluación	Valle	Storini y Navas	Castro y Llanos
Ámbito temporal (Año(s) de análisis)	1997 – 2004	2008-2011	2008-2014
Si dispone medidas reparatorias	34,7	99,5% ²⁹⁷	6,37
No dispone medidas reparatorias	43,3	0,5%	79,77
Sin información			13,86

Elaboración propia.

Variable de argumentación jurídica

En este acápite no profundizaremos en la definición teórica de argumentación jurídica que ya fue abordada en el capítulo primero de esta investigación. Solo tomaremos las principales líneas para la comprensión de su alcance.

Como parte del derecho a la motivación se encuentra la argumentación jurídica.

²⁹⁶ Valle, *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*, 56.

²⁹⁷ Storini y Navas, *La acción de protección en Ecuador*, 173.

Uno de los temas medulares de la argumentación jurídica es llegar a identificar las razones por las que el juez emite inicialmente su resolución de admisión o rechazo de la acción y posteriormente de procedencia o no del fondo de lo debatido.

Lamentablemente no hay datos que nos permitan evidenciar la actuación del juez en esta variable, sin embargo; tanto en los estudios de Storini y Navas como en el de Valle la variable de la argumentación es referida dentro de la categoría de reparación integral o en la de tipo de resolución (admisión, rechazo, procedencia o improcedencia). Es claro que cuando una resolución se limita a conceder o negar el amparo que en el caso de Valle del 43,3%, además de imposibilitar la ejecución de la sentencia, este efecto negativo proviene de una sentencia sin argumento suficiente respecto de los derechos vulnerados y de la pretensión de los actores.

Por otra parte Storini y Navas se detienen en las causales utilizadas por los jueces para la resolver las causas vía inadmisión que son el 55,8% de los casos, estas inadmisiones son dictadas mediante sentencia y no mediante auto en la primera etapa que corresponde a la calificación de la acción, y más grave aún en estas decisiones se utilizan causales de improcedencia y los jueces utilizan el contenido del artículo 42 de la LOGJCC para sustentar su decisión en un porcentaje de 62,1 % de resoluciones de inadmisión.

Se debe resaltar que la mayoría de casos (192 de 499) se refieren a la cuarta causal de improcedencia del artículo 42 de la LOGJCC: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. También la causal 1: “Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales” (106 casos). A estas dos causales, le sigue la tercera que indica que no procede cuando la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, “que no conlleven la violación de derecho” (72 casos). Finalmente, la última causal más utilizada es la que hace referencia a que la pretensión del accionante sea la declaración del derecho (46 casos).²⁹⁸

Como se puede notar todas estas causales tienen una vinculación con la justificación del derecho vulnerado y la determinación de la pretensión del actor. La interpretación judicial que busca determinar si se está ante un derecho de mera legalidad o uno de constitucionalidad es coincidentemente el principal fundamento en la causal primera, tercera, cuarta y a la vez las más utilizadas para la negación de la acción

²⁹⁸ *Ibíd.*, 110-2.

Este resultado estadístico debería ser analizado luego de la entrada en vigencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que indica que el artículo 42 tiene causales de improcedencia que deben ser decididas únicamente con un examen de fondo y por tanto en sentencia.

A modo de conclusión preliminar se puede indicar que, si bien la apelación de amparos ante el Tribunal Constitucional tuvo en su momento profundos problemas, que dieron como consecuencia la acumulación geométrica de casos en el Tribunal Constitucional, desnaturalización de la garantía, ineficacia en conseguir sus finalidades, reducido tipo de derechos protegidos, rémora en su resolución, centralización, afectación al derecho de acceso a la justicia, formalización de la garantía; no podemos decir que, el nuevo diseño procesal de la garantía o su realidad práctica haya cambiado luego de la reforma constitucional de 2008.

La garantía sigue siendo utilizada por empleados y funcionarios públicos, los derechos invocados siguen siendo los laborales, el tiempo de resolución está en franco incremento e incluso supera al amparo, los legitimarios activos que actúan son los tradicionales.

Interposición de una garantía subsecuente: la acción extraordinaria de protección y acción de incumplimiento

La acción de protección no solamente tiene obstáculos en su inadecuada implementación debido a fallas en la concepción de su naturaleza jurídica traducida en yerros legislativos, inadecuada aplicación por de los actores judiciales (jueces) como de los abogados litigantes y particulares; sino además, por la incorrecta estructura de otras garantías jurisdiccionales como son la acción extraordinaria de protección y la acción de incumplimiento. Estas garantías afectan directamente a la fase final de la garantía: su cumplimiento.

Esta afirmación se sustenta en la posibilidad procesal de interponer una acción extraordinaria de protección sobre una sentencia de acción de protección genera no solo problemas de acumulación de causas en la Corte Constitucional y por tanto nuevamente la centralización y rémora en las decisiones –que dicho de paso fue uno de los fundamentos de la reforma de esta garantía en la Constitución de 2008–, sino además la desnaturalización de la acción de protección y la afectación de su principal característica: ser una garantía directa y eficaz para la protección de derechos constitucionales.

La garantía transitó, por disposición legal, de ser directa, a subsidiaria esto es que procede siempre y cuando se demuestre o el juez considere que no haya un mecanismo judicial ordinario de defensa, a ser posiblemente un proceso atado a otros tanto para determinación de la compensación económica dentro de la reparación integral, como para la ejecución de la sentencia a través de la acción de incumplimiento y a la acción extraordinaria de protección en caso de que se consideren vulnerados derechos constitucionales mediante un sentencia o auto definitivo del juez que resuelve garantías.

Entonces, acceder eficazmente a la garantía de la acción de protección en el Ecuador requerirá la superación de obstáculos: 1) previos a su conocimiento y resolución (subsidiariedad); así como, 2) procesos posteriores a la misma como la acción de incumplimiento y la acción extraordinaria de protección

En este contexto, es necesario evidenciar objetivamente el número de casos de acciones extraordinarias de protección y acciones de incumplimiento sobre sentencias de acciones de protección, pero además, indagar en los argumentos de su admisión y procedibilidad.

Si bien nuestro afán es lejano a una postura restrictiva y regresiva en materia de garantías, pero si busca determinar los efectos del actual funcionamiento de esta garantía y las posibles consecuencias negativas de estas interacciones entre garantías para poder identificarlas y superarlas.

Esta demora y dificultad de ejecución del fallo va en contra de lo establecido constitucionalmente pero además de lo regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos²⁹⁹ en la cual el derecho de acceder a protección judicial es determinado como el derecho a la protección judicial e incluye: 1) el acceso a la justicia sobre derechos constitucionales, procedimiento al que se le otorga características especiales referidas a la rapidez, sencillez y efectividad. Por su parte, esta obligación de los estados incluye a) el derecho al juez natural; 2) La determinación de condiciones de

²⁹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica el 7 al 22 de noviembre de 1969. "Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

procedibilidad que no obstaculicen el acceso al recurso; y, 3) la garantía del cumplimiento de las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales.

Esta última obligación es de interés ya que denota la importancia de la existencia de una garantía de derechos constitucionales que observe, no solo en la fase de acceso al procedimiento, sino también en la fase de cumplimiento de la sentencia las características específicas de rapidez y efectividad. Como hemos indicado también constitucionalmente se han previsto estas características del procedimiento de acceso a la justicia constitucional en el artículo 86.2.a) en el que las características de sencillez, rapidez y eficacia deben ser observadas en todas las fases e instancias del proceso, incluida, obviamente, la fase de ejecución de la sentencia.

Como resulta lógico, la normativa colombiana y su jurisprudencia³⁰⁰ han indicado que el fallo de tutela debe ser cumplido de manera rápida y el juez que emitió la sentencia mantiene su competencia mientras no haya verificado el cumplimiento del fallo. La Corte Constitucional colombiana tiene, frente a la tutela, únicamente la competencia de verificar el cumplimiento de sus fallos de revisión. La atribución de la Corte solo se radica respecto de las sentencias que ella haya proferido.

Consideramos también adecuada la solución que sobre el cumplimiento eficaz de la garantía y por tanto de la sentencia dio la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana para la ejecución del fallo de garantías, el juez no solo mantiene su responsabilidad hasta verificar su total cumplimiento sino que debe revalorar continuamente las medidas reparatorias dispuestas. El cambio de las medidas reparatorias y el alcance de su sentencia se darán siempre respetando el principio de la cosa juzgada constitucional y las reglas jurisprudenciales y cuando esta modificación permita la protección plena de los derechos constitucionales. La Corte Constitucional ha indicado condiciones que permiten que el juez realice un seguimiento del cumplimiento de su sentencia. A nuestro criterio esto implica un mayor compromiso judicial y aporta de manera directa y radical en la finalidad de la garantía, especialmente en la reparación integral de los derechos constitucionales. El juez responsable de esta reevaluación de los efectos de las sentencias debe considerar criterios como los siguientes:³⁰¹

³⁰⁰ Catalina Botero, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, 155. Ver el Decreto 2591 de 1991, art. 27.

³⁰¹ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia T-086/03*.

La modificación de la orden impartida por el juez no puede tener lugar en cualquier caso. Este debe corroborar previamente que se reúnen ciertas condiciones de hecho que conducirán a que dadas las particularidades del caso, *el derecho amparado no vaya a ser realmente disfrutado por el interesado o que se esté afectando gravemente el interés público*. Esto puede suceder en varias hipótesis: (a) cuando la orden por los términos en que fue proferida *nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane*; (b) en aquellos casos en que su cumplimiento no es exigible porque *se trata de una obligación imposible o porque implica sacrificar de forma grave, directa, cierta manifiesta e inminente el interés público*; y (c) cuando *es evidente que siempre será imposible cumplir la orden*. En segundo lugar, el principal límite que la normatividad le fija al ejercicio de la facultad del juez de tutela de modificar la orden o las órdenes es la finalidad buscada, a saber, las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo. En tercer lugar, el alcance de las modificaciones que le es posible introducir al juez de tutela a la orden proferida inicialmente, como se dijo, no puede implicar un cambio absoluto de la orden impartida originalmente. Nuevamente los límites están dados por la misma finalidad de la acción de tutela: garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales. Por eso, al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad. Pero el juez no puede modificar el contenido esencial de la orden. En cuarto lugar, cuando el juez de tutela se ve obligado a modificar aspectos accidentales de su orden por cuanto resulta necesario evitar que se afecten de manera grave, directa, manifiesta, cierta e inminente el interés público es probable que la alteración de la medida adoptada conlleve disminuir el grado de protección concedido originalmente. El juez de tutela *debe elegir entre todas las modificaciones que pueda adoptar, aquella que represente la menor disminución del goce del derecho tutelado*, pero que a la vez, evite la afectación del interés público de relevancia constitucional que justificó la modificación de la orden.

El efecto inmediato de esta revaloración excepcional incluye beneficios de economía procesal tanto para el sistema procesal en general (intervención de otros jueces y funcionarios judiciales si se inicia otro caso), en los derechos de la persona afectada y en el caso del Ecuador en el trabajo de la Corte Constitucional que deberá conocer la acción de incumplimiento de la sentencia o una de acción extraordinaria de protección.

Finalmente, la normativa y jurisprudencia colombiana, para el cumplimiento de la sentencia el juez constitucional, dispone de medidas como el incidente de desacato que también ha sido establecido en nuestra constitución en los siguientes términos:

Artículo 84 4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

Estudio cualitativo y cuantitativo de las sentencias de acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección: aplicación de bases teóricas y criterios de efectividad (2008-2018)

La acción extraordinaria de protección es una garantía constitucional incorporada en la Constitución de 2008. Pese a las voces que advertían de la problemática que podía suscitar su puesta en práctica -la posible superposición de vías constitucionales y ordinarias, seguridad jurídica y cosa juzgada afectada, independencia judicial cuestionada- la voluntad constituyente mantuvo su visión de constitucionalizar el sistema judicial a través del sometimiento a los derechos constitucionales de todos los actores públicos, entre ellos, también los judiciales.

La problemática sobre el funcionamiento de la acción extraordinaria de protección en nuestro país es evidente y se comprueba, tanto en la acumulación exponencial de causas como en los problemas prácticos para determinar su alcance y algo aún más grave, en los derechos constitucionales, especialmente la seguridad jurídica, de los ecuatorianos.

Estas y otras dificultades se han advertido en minuciosos estudios como el realizado por el Dr. Rafael Oyarte en 2017³⁰² y tema al que también se han dedicado infinidad de teóricos. A pesar de ello, pocas soluciones se proponen para superar su complejo funcionamiento que también trastoca, como hemos indicado, otras garantías como la acción de protección e incluso el funcionamiento de la justicia ordinaria.

Aunque la solución más sencilla es la eliminación de esta garantía, el carácter restrictivo de una propuesta como esta no la hace atractiva ni constitucional³⁰³ porque además permitiría que un órgano fundamental del Estado quede abstraído, en la ejecución de sus competencias, de la supremacía de la Constitución, en especial de la responsabilidad de todo funcionario de respetar y hacer respetar los derechos constitucionales y por tanto de regir y restringir sus actos a lo indicado en la Constitución.³⁰⁴ Lo adecuado por el contrario será, además de una mejor regulación de

³⁰² Rafael Oyarte, *La acción extraordinaria de protección* (Quito: Corporación de Estudios y publicaciones, 2017).

³⁰³ Art. 11.8 “El contenido de *los derechos se desarrollará de manera progresiva* a través de las norma, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”; énfasis añadido.

³⁰⁴ La obligación constitucional de respetar el texto constitucional está claramente determinado en los siguientes artículos de la Constitución de la República. Art. 424: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y *los actos del poder público*

sus puntos neurálgicos, la claridad de sus presupuestos de procedibilidad, una jurisprudencia adecuada que guíe su mejor delimitación y prácticas judiciales acertadas.

Por otro lado, esta preocupación está presente también en Colombia y su problemática se debate y reaviva cada cierto tiempo. La tutela contra providencias judiciales se instauró en Colombia no vía constitucional sino a través del Decreto 2591 en 1991 que reglamentaba la acción de tutela y fue precisando su alcance a través de su jurisprudencia como la sentencia C-543 de 2002 que estableció el carácter transitorio o temporal de la figura hasta que se resuelva el fondo de lo debatido. Su procedencia se radicó únicamente en caso: 1) de vías de hecho del funcionario por errores sustantivos, orgánicos, fácticos o procedimentales; y 2) que dé como consecuencia la vulneración de derechos constitucionales o su amenaza o cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable.

Por supuesto que en el caso colombiano la tutela contra providencias judiciales tiene un tratamiento diferente al ecuatoriano, en nuestro caso la tutela contra providencias se incluyó por disposición constitucional y como una garantía independiente –acción extraordinaria de protección– a la tutela propiamente dicha –acción de protección– que será también conocida y resuelta por diferentes autoridades judiciales.

Las dificultades sobre el funcionamiento de la tutela sobre providencias judiciales en Colombia se han ido solucionando a través de su jurisprudencia minuciosa especialmente referida al refuerzo de los requisitos de procedibilidad aplicables. En el Ecuador, esta tarea aún está pendiente.

En este contexto, la Corte Constitucional colombiana ha entendido que para que el juez constitucional pueda conocer este tipo de tutelas de deben justificar los siguientes requisitos:

- (1) que se trate de un asunto de evidente relevancia iusfundamental;
- (2) que se hubieren agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que la acción se interponga como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental;
- (3) que el actor identifique con claridad cuál es el derecho vulnerado y el hecho que causa la vulneración;
- (4) que la acción u omisión judicial que acusa el actor de violar sus derechos fundamentales hubiere tenido, o pueda tener, un efecto directo, sustancial y determinante sobre la sentencia judicial respectiva;
- (5) *que la acción no se interponga contra una sentencia de tutela*;
- (6) que la acción de tutela se interponga dentro de un plazo razonable y oportuno contado a

deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”; énfasis añadido.

Art. 11.3: “Los derechos y garantías establecidos en *la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos será de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*”; énfasis añadido.

partir del momento en el cual el interesado conoció o debió conocer la decisión judicial impugnada.³⁰⁵

Estos criterios de procedibilidad detallan un tema que incumbe a nuestra investigación y que se refiere a la causal de improcedencia de acciones de tutela sobre sentencias de tutela. Son las razones de esta improcedencia las que interesan para nuestro análisis. Una justificación de fondo puede ser la desnaturalización de la tutela y las competencias de la Corte Constitucional de seleccionar, revisar las sentencias de acción de protección y emitir jurisprudencia vinculante.

En efecto, Catalina Botero³⁰⁶ al analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana,³⁰⁷ señala que la razón de improcedencia de la acción de tutela sobre sentencias de acción de tutela se debe fundamentalmente a una causal expresa señalada por la jurisprudencia constitucional que tiene como fundamento que las fases procesales de esta garantía son establecidas expresamente en el texto constitucional que específicamente no incluyó la eventualidad de tutelas contra tutelas, es más los yerros judiciales, incluso los relativos al contenido de los derechos, pueden ser enmendados o corregidos a través de la revisión, competencia específica asignada a la Corte Constitucional.

En el caso ecuatoriano, de igual forma el art. 86 Constitución determina las normas comunes al procedimiento de las garantías y en efecto, no establece expresamente la posibilidad de interponer la acción extraordinaria de protección ante la sentencia de garantías en general, el proceso de las garantías termina con la impugnación. Adicionalmente, solo cabe la selección y revisión de sentencias de garantías como lo establece el último numeral (5) del artículo 86 de la Constitución indica textualmente: “Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de jurisprudencia.”

Este artículo está relacionado directamente con el artículo 436 de la Constitución que indica las atribuciones de la Corte Constitucional, específicamente en el numeral 6 según el cual la Corte debe expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las garantías constitucionales así como los casos que la corte seleccione para

³⁰⁵ Catalina Botero y Juan Fernando Jaramillo, “El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias”; énfasis añadido, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19561/EI%20conflicto%20de%20las%20Altas%20Cortes%20colombianas.pdf> recuperado 13/05/2019.

³⁰⁶ Catalina Botero, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano* (Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Magistratura), 27.

³⁰⁷ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia CST-1219/01*.

su revisión. La influencia de la experiencia colombiana en nuestra Constitución es evidente, pero en virtud de la implementación de la acción extraordinaria de protección el resultado práctico es radicalmente diferente.

Respecto a este tema es importante indicar que la finalidad de la revisión es en efecto unificar criterio o guiar la interpretación adecuada de los derechos por parte de los jueces, corregir sus errores, y servir de órgano de cierre del sistema, mas no tiene por objeto la protección directa de los derechos constitucionales que pueden ser vulnerados por la actuación de los jueces que es el caso de la acción extraordinaria de protección regulada constitucionalmente en nuestro país.

1. Otra de las razones por las que no procede la tutela contra tutela en Colombia es la necesidad de que la garantía brinde una protección cierta, estable y oportuna a las personas frente a vulneración o amenaza de vulneración de derechos constitucionales; pues bien, este fundamento es aplicable también en el caso ecuatoriano, la acción de protección fue diseñada con una naturaleza jurídica particular y unas finalidades específicas que como sabemos es la protección de los derechos constitucionales que por su importancia requieren una urgente restitución. Así, de la lectura del artículo 86 y 87 de la Constitución podemos señalar entre sus características están el ser un mecanismo directo, eficaz, informal y rápido así como cierto estable oportuno. Consideramos que estas características las podemos deducir de las siguientes normas especialmente procesales.

- a) Art. 66. 2. “a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias b) Serán hábiles todos los días y horas. c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. E) no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.”
- b) Art. 88.- “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.”

2. Otra sesuda razón es que en caso de que una de las partes no esté de acuerdo con el fallo el mismo se puede impugnar y posteriormente se puede eventualmente revisar ante la Corte Constitucional. En efecto, la legislación ecuatoriana también contempla la impugnación de la sentencia de acción de protección ante la Corte Provincial así lo establece el Art. 86 numeral segundo inciso de la Constitución “Las

sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.”

Pero, la afectación es cruzada no solo la acción extraordinaria de protección afecta la efectividad: inmediatez, informalidad, certeza de las resoluciones de la acción de protección; sino que, también la acción de protección afecta el funcionamiento adecuado de la acción de la acción extraordinaria de protección con una incidencia negativa. Este alcance negativo mutuo incluso tiene consecuencias en las competencias de la Corte Constitucional.

Las competencias de la Corte Constitucional, como todos conocemos, se desarrollan constitucionalmente, pero las mismas también pueden tener fuente legal, esto por autorización constitucional.

Así, en el primer enunciado del artículo 436 de la Constitución de 2008 se indica con meridiana claridad que la Corte Constitucional ejercerá, además de las competencias que la ley le atribuye, las determinadas constitucionalmente. Esto significa que la Corte puede ampliar el ámbito de sus competencias por voluntad legislativa que así lo indique vía legal orgánica. Sin embargo, entendemos que la Asamblea no podrá eliminar las competencias indicadas constitucionalmente y pasan a ser el marco mínimo de facultades de la Corte Constitucional.

En concreto, el efecto de la disposición constitucional que analizamos permite incrementar, vía legal, las competencias de la Corte mas no reducirlas o eliminar una competencia atribuida a ella constitucionalmente.

Ejemplo claro de esta reflexión es la incorporación en la LOGJCC de la acción de interpretación que se desarrolla en el artículo 154 a 161 de la referida norma, a pesar de que esta competencia no está incluida en la Constitución; ni dentro de las funciones de control constitucional, ni de las funciones políticas y tampoco en la función de defensa de derechos asignada a la Corte Constitucional. Esta acción que, no nace de disposición constitucional alguna como indicamos, para algunos autores nace del numeral 1 del artículo 436 de la Constitución que indica la competencia interpretativa de la Corte.

Esta disposición constitucional fue interpretada por el órgano legislativo como una competencia independiente del resto de atribuciones de la Corte, sin embargo, es claro que la facultad interpretativa es solo un instrumento, herramienta, medio para el

cumplimiento de todas las competencias jurisdiccionales de la Corte³⁰⁸. Justamente, la Corte deberá interpretar la Constitución para realizar control constitucional el juez constitucional deberá interpretar la Constitución para resolver conflictos de competencias; para emitir su jurisprudencia vinculante en materia de garantías y resolver la acción extraordinaria de protección y la acción de y por incumplimiento; igualmente, para emitir un dictamen de la constitucionalidad de un estado de excepción también deberá interpretar la Constitución: La interpretación que realiza la Corte para llevar a cabo sus diversas competencias envuelve aplicar una atribución de sentido de la Constitución a un caso específico: ley, decreto de estado de excepción, consulta popular, etc., por tanto siempre realizará una interpretación de la Constitución a través de sus dictámenes y sentencias.

Todo lo indicado es útil para proponer una reflexión, una cuestión ¿si es debatible incorporar atribuciones a una Corte vía ley, es más debatible atribuir competencias a la Corte vía jurisprudencial? Consideramos que en efecto en el último caso estamos ante una evidente infracción del texto constitucional que ha indicado con claridad las fuentes de las competencias del órgano constitucional sin incluir a su propia jurisprudencia. A pesar de la lógica básica de este razonamiento, la atribución de competencias vía jurisprudencia, de la misma Corte, fue una práctica de la Corte Constitucional entre 2008 y 2018.

Aunque se corra el peligro de una visión restrictiva de protección de derechos, y requiera mayor profundidad de análisis de la realidad jurídica ecuatoriana, un ejemplo de lo indicado en el párrafo precedente es precisamente el relativo al conocimiento de acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección. Esta afirmación puede resultar cuestionable si se entiende los términos y alcances formales de la Acción extraordinaria de protección ya que el objeto de la misma es conocer posibles vulneraciones de derechos constitucionales, especialmente el debido proceso por sentencias y autos definitivos que también pueden vulnerar derechos constitucionales, sin embargo, estos autos y sentencias son de la justicia ordinaria y para controlar precisamente el irrespeto de los derechos constitucionales por parte de jueces no constitucionales.

³⁰⁸ Ver Santiago Andrade U., Agustín Grijalva y Claudia Storini, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009).

Ahora bien, que los jueces ordinarios que se transforman en jueces constitucionales cuando conocen acciones de protección también pueden vulnerar derechos constitucionales al resolver acciones de protección, es innegable mientras se mantengan los esquemas culturales constitucionales que en la actualidad hemos identificado.

Es decir, si la principal causa de improcedencia de la acción de protección sea la comprensión judicial de que la naturaleza jurídica de la acción de protección es su subsidiariedad, la garantía del acceso a la justicia constitucional no existe y por tanto se vulneran los derechos constitucionales de los accionantes por la actividad del juez de garantías, sea en primera instancia o en apelación ante la Corte Provincial.

Uno de los temas pendientes de análisis es considerar que la acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección debería considerar para su procedibilidad criterios excepcionales y claros. Precisamente en Colombia el debate está abierto y a través de la sentencia T 072/18 de 27 de febrero de 2018, se indican los casos excepcionales que de alguna forma ya fueron determinados en la Sentencia SU-627 del 2015. Los temas que se indican en la referida sentencia y que están excluidos son las sentencias expedidas por la Corte Constitucional y cuando lo que se busca es el cumplimiento de las órdenes impartidas en sentencia que en el caso ecuatoriano tendría una garantía especial como es la acción de incumplimiento de sentencias de garantías.

Por otra parte, se indican causales de procedibilidad de la tutela contra sentencias de tutela, entre ellas cuando se demuestre cosa juzgada fraudulenta, cuando el juez vulnera un derecho fundamental en el proceso de tutela pero antes de emitida la sentencia y finalmente el nuevo criterio es el incluido por la sentencia de 2018 que supone su procedibilidad cuando el juez vulnera un derecho fundamental en el trámite del proceso de desacato.

Consideramos que en efecto se debe regular con precisión la admisibilidad de una garantía contra una sentencia de la acción de protección lo que si nos parece claro es que esta debe proceder cuando la decisión del juez afecta el fondo de un derecho.

En este contexto, poco se ha analizado la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acción de protección, y menos aún las implicaciones prácticas —en el principio de celeridad/inmediatez y el de tutela judicial efectiva— y el alcance de lo actuado por la Corte Constitucional. Es por ello que el siguiente punto nos proponemos estudiar las sentencias de acción extraordinaria de protección emitidas sobre sentencias de acciones de protección.

Número de acciones extraordinarias de protección sobre sentencias de acciones de protección presentadas

En esta parte de la investigación se busca encontrar la relación entre la interposición de garantías subsecuentes a la acción de protección: la acción extraordinaria de protección y la acción de incumplimiento de sentencias y sus consecuencias en el funcionamiento de la acción de protección.

La investigación se proyecta en el análisis de 795 causas de acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección presentadas entre 2008 y 2018. Los casos se analizan con las categorías que empleamos en la acción de protección en la vía constitucional ordinaria: acciones aceptadas, negadas, desistidas, legitimado activo, pasivo, tiempo de resolución, medidas de reparación, variable de argumentación para la concesión o el rechazo de la garantía.

Este análisis nos permite demostrar cual es la influencia de la acción extraordinaria de protección sobre la acción de protección.

Para realizar esta parte de la investigación nos hemos decantado por analizar el universo de casos identificados (785) y por tanto no es necesario aplicar una fórmula para establecer el tamaño de la muestra. Para ello fue necesario la verificación de la información proporcionada por la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional y se ha utilizado una matriz de procesamiento de datos que obtenemos directamente de las sentencias analizadas

Las acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección por año se resumen en la Tabla 19.

Tabla 19
Resultados cuantitativos del amparo y la acción de protección en Ecuador: Número de acciones

Año	Número de acciones
2008	-
2009	7
2010	20
2011	13
2012	113
2013	60
2014	94

2015	125
2016	152
2017	124
2018	77
Total	785

Fuente: Relatoría de la Corte Constitucional
Elaboración propia

El listado del universo de acciones extraordinarias de protección ingresadas hasta 2018 con detalle de número de sentencia se revela en el Anexo 1.

Debido a que, como se puede comprobar, se incluye en este estudio el universo de la muestra los resultados son especialmente representativos y confiables.

La información cualitativa que se obtiene de este análisis nos permitirá apoyar nuestra tesis que consiste en sostener que existe una influencia negativa de otras garantías sobre la acción de protección lo que genera, por falta de una adecuada regulación y jurisprudencia, la desnaturalización de la garantía y como resultado su poca eficacia práctica.

Adicionalmente el estudio de estas sentencias de garantías nos permite realizar un análisis sobre la acción de protección y algunas de sus variables.

Es así como las preguntas principales que contestará el estudio cuantitativo y cualitativo de las sentencias de acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección son las siguientes ¿Cuántas causas son admitidas? Así se evaluará ¿Cuántas causas son inadmitidas? ¿Qué causal de improcedencia es más utilizada por los jueces de la Corte Constitucional? ¿Qué causal de procedencia de la acción es la más utilizada? ¿Cuáles son los derechos que se invocan con esta garantía? ¿Cuánto tiempo se utiliza para esta resolución? ¿Si el caso es procedente, se indica la reparación integral en cada caso? ¿Cómo estas decisiones influyen en el tiempo de resolución y en los derechos inicialmente invocados por las partes en acciones de protección? para lo cual se requiere un análisis de los hechos y la argumentación del juez constitucional.

En este contexto las categorías de análisis son las siguientes: acciones aceptadas, negadas, desistidas, derechos invocados versus protegidos, legitimado activo, legitimado pasivo, tiempo de resolución, medidas de reparación, variable de argumentación jurídica.

2. Categorías de análisis

2.1. Decisión de la Corte Constitucional: Acciones aceptadas, negadas, desistidas

Las decisiones de aceptación o rechazo de las acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección deben fundamentarse en el régimen legal general aplicable. Por tanto, en ese momento el juez constitucional no realizará una consideración especial de que se encuentra ante una sentencia, auto o resolución definitiva de una garantía específica.

Esta fundamentación común a toda acción extraordinaria de protección requiere una fundamentación jurídica y lógica, que es de responsabilidad de la alta Corte.

El límite para la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección es de rango constitucional. El artículo 94 de la Constitución de la República indica que procede la acción extraordinaria de protección “contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado pro acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”. El objeto de protección es claro, son las sentencias o autos definitivos que emanan de los jueces ordinarios. Como se puede advertir, la Constitución no excepciona el tipo de acción que es resuelta a través de una sentencia por tanto su objeto es amplio esto da cuenta que se pueden presentar acciones extraordinarias de protección, sobre la sentencia, incluso de cualquier garantía constitucional

Asimismo, el artículo 437 de la Constitución, al desarrollar las competencias de la Corte Constitucional, indica que las sentencias, autos definitivos y las resoluciones con fuerza de sentencia pueden ser impugnados a través de la acción extraordinaria de protección e indica de forma concluyente lo siguiente:

Para la admisión de este recurso [sic] la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas, 2) Que el recurrente demuestre *que en el juzgamiento* se ha violado, por acción u omisión el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

Por su parte, la LOGJCC regula en el artículo 61 los requisitos de la demanda y en el artículo 62 se regulan los requisitos de admisión. De estos resaltamos particularmente los siguientes numerales que hacen referencia a las exigencias constitucionales indicadas:

En el artículo 61, es de importancia los numerales 2, 3, 5, 6; para mayor precisión transcribimos y resaltamos:

2. Constancia de que la *sentencia o auto está ejecutoriada*.
3. Demostración de haber *agotado los recursos ordinarios y extraordinarios*, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.
4. Identificación precisa del *derecho constitucional violado en la decisión judicial*.
5. Si la violación ocurrió durante el proceso, la *indicación del momento en que se alegó la violación* ante la jueza o juez que conoce la causa.³⁰⁹

Como se describe en los artículos transcritos, la ley ha desarrollado los requisitos constitucionales mínimos para la presentación de la acción extraordinaria de protección. Los numerales 2 y 3 se refieren a la naturaleza del acto cuestionado: una sentencia o un auto definitivo y ejecutoriado sobre el cual no cabe recurso ordinario o extraordinario (subsidiariedad); y los numerales 5 y 6 se refieren a la necesidad de precisar el derecho constitucional que es vulnerado tanto dentro del procedimiento o en el contenido de la resolución pero siempre dentro del ejercicio de la competencia jurisdiccional del juez.

Por otra parte, el filtro de procedibilidad es desarrollado en el artículo 62 de la LOGJCC el cual indica los temas que deberán verificar la sala de admisión de la Corte Constitucional para determinar si la acción cumple o no con los requisitos mínimos que dan cuenta de la naturaleza jurídica de esta garantía.

Un análisis minucioso tanto de los requisitos de admisión de la acción extraordinaria de protección como de la acción de protección evidencia similitudes respecto de estos requisitos de procedibilidad, lo cual resulta obvio si entendemos que las dos son garantías constitucionales que protegen derechos constitucionales y cuya singular diferencia es el órgano que emite el acto violatorio del derecho. Si analizamos el alcance de la procedibilidad, no encontramos ningún obstáculo que impida admitir una acción extraordinaria de protección contra una sentencia definitiva de acción de protección siempre y cuando se cumplan los requisitos siguientes:

³⁰⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 61, numms. 2, 3, 5 y 6; énfasis añadido.

2.2. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso

En este requisito se vislumbra de manera clara el objeto sobre el cual recae la garantía, hablamos de la actuación de los jueces que violan dentro de un proceso — cualquiera sea el mismo— derechos constitucionales, pero no cualquier actuación sino aquellas que sean definitivas.

Al no indicarse ninguna excepción sobre el tipo de proceso que es objeto de la garantía se entienden incluidos los procesos de justicia ordinaria y también los relativos a garantías constitucionales. Esto da como consecuencia que se admita una interpretación constitucional amplia e inclusiva que permite la presentación y admisión de una garantía sobre la resolución de otra garantía. El problema para el juez constitucional será determinar la diferencia de objetos en cada una, mientras que el objeto de la acción de protección será la vulneración u omisión de un derecho constitucional mediante un acto u omisión administrativa que sea judicial, el objeto de la acción extraordinaria de protección sobre una sentencia de acción de protección será la vulneración de derechos constitucionales —hasta aquí no hay diferencia— pero esa vulneración debe ser producto de la actuación judicial, es decir del juez que conoció la acción de protección.

En concreto, se podría decir que la diferencia es clara en cuanto la acción extraordinaria se dedica a analizar la actuación judicial para determinar si la misma da como consecuencia la vulneración de derechos; mientras que, la acción de protección analizará si el acto de otro funcionario público —no judicial— es el causante de la vulneración del derecho, hasta aquí no se advierte ningún problema en cuanto a la superposición de objetos de protección y por tanto se puede sostener que es posible interponer la acción extraordinaria de protección sobre una acción de protección.

Sin embargo, es oportuno manifestar que este asunto no es de pacífica solución ya que una sentencia judicial respecto de una acción de protección puede afectar los derechos que fueron decididos de la acción de protección inicial y por tanto aquí cabe preguntarse si la acción extraordinaria de protección debe mantenerse indiferente a las acciones del juez que indirectamente vulneraron el derecho de acceso a la justicia constitucional dentro del proceso de acción de protección.

Por tanto, es difícil tener respuestas concluyentes y en este contexto es indispensable que la Corte Constitucional delimite, en cada caso, el alcance de la

admisión de la acción extraordinaria de protección sobre las acciones de protección al tratarse de un asunto especial frente a las acciones de la justicia ordinaria.

Es por ejemplo complejo, el asunto referido a al derecho a la defensa, la prueba y la reparación integral dentro de la acción extraordinaria de protección. Así, si la sentencia de acción extraordinaria revoca una sentencia favorable de acción de protección no se ha determinado con claridad qué sucede con los derechos y las reparaciones integrales ya cumplidas (la acción extraordinaria de protección no tiene efecto suspensivo de la sentencia cuestionada)³¹⁰ y que el juez impuso al accionado, cómo se justifica el actuar constitucional de la Corte en estas garantías que deberá ser apegado al derecho constitucional a la defensa de las partes si como sabemos la acción extraordinaria puede revocar una sentencia firme y su legitimado pasivo es el juez y no la contraparte del juicio de garantías.

2.3. Que el recurrente *justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión*

Tanto el problema jurídico como la pretensión deben estar ligados a derechos constitucionales vulnerados por la actuación del juez ordinario que conoció la garantía constitucional, por tanto es plenamente aplicable este requisito. Por otra parte cabe una reflexión, existirán pocos casos en los que no exista relevancia constitucional de una sentencia de garantías, lo fundamental será atar este requisito con el primero que se refiere a la actuación de un funcionario judicial.

Esta reflexión da cuenta de que los requisitos de admisibilidad deben ser leídos no como compartimentos estancos sino en su integralidad, relacionados entre sí.

2.4. Que el fundamento de la acción *no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia*

Este acápite da cuenta de la necesidad de que la parte actora invoque normas constitucionales para sustentar su pretensión, no consideraciones subjetivas. Este requisito también es totalmente aplicable en caso de que la acción extraordinaria de protección tenga por objeto una sentencia de garantías.

³¹⁰ *Ibíd.*, art. 62.8, párr. 3. “La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.”

2.5. Que el fundamento de la acción no se sustente en la *falta de aplicación o errónea aplicación de la ley*

Este requisito de admisibilidad, es curiosamente también aplicable a la admisibilidad de la acción de protección, concretamente al artículo 42 numeral 3 de la LOGJCC y es plenamente justificado en las dos vías de impugnación ya que lo que se demanda en una vulneración de un derecho constitucional que implica la errónea aplicación del irrispeto a la Constitución mas no de la ley.

2.6. Que el fundamento de la acción *no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;*

Este acápite merece especial cuidado, el juez constitucional que conoció la acción de protección pudo haberse equivocado en la apreciación de la prueba pero la misma debe ser considerada por el juez de apelación, es decir la Corte Provincial, mas no puede ser una causal para interponer una acción extraordinaria sobre la garantía. Esta conclusión se da si se aplica las normas de admisión de sentencias de justicia ordinaria, pero podemos catalogarlas de igual forma si como conocemos la justicia ordinaria y la constitucional son materialmente diferentes y por ejemplo la justicia ordinaria es más formal que la Constitucional en la que rige el principio *iura novit curia*.

2.7. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley; y 7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales

Respecto de los numerales 6 y 7, no cabe un mayor análisis, el término es fijo y debe cumplirse en cualquier tipo de procedimiento o de sentencia y tampoco por mandato legal —aunque inconstitucional— no cabe presentar ni acciones de protección sobre actos que emanan del Consejo Nacional Electoral ni del Tribunal Contencioso Electoral ni cabe acciones extraordinarias de protección sobre las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales.

2.8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional

Los requisitos enunciados en este numeral son cuestionables y se deben interpretar en sentido no restrictivo con relación a la eficacia de la garantía. Así consideramos que si bien es correcto que la acción deba permitir solventar o superar una grave violación de los derechos constitucionales —mediante la reparación integral— esta ya fue desarrollada como requisito en los numerales 1 y 2 del mismo artículo

Por su parte, el requisito de que la admisión permita a la Corte la posibilidad de establecer un precedente judicial es cuestionable y limitaría enormemente la admisibilidad ya que existirán casos que si cumplan con todos los requisitos de admisibilidad del artículo 62 pero que no signifiquen iniciar o establecer un nuevo precedente judicial sino que al contrario permitan afirmar la jurisprudencia constitucional en la materia mediante la aplicación al caso específico de la misma.

De igual manera, la finalidad de corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional, no puede ser un requisito obligatorio de admisibilidad sino una responsabilidad de la Corte Constitucional de verificar si sus precedentes están siendo respetados y adecuadamente empleados. Esto debido a que no se puede afirmar que en todos los casos es aplicable un precedente, especialmente cuando la Corte Constitucional no ha emitido un nutrido número en cantidad y calidad de los mismos. En concreto, no puede someterse el acceso a una garantía jurisdiccional a una tarea importante pero que es secundaria a la finalidad de la garantía como es la protección de un derecho constitucional. Una visión/interpretación restrictiva como esta desnaturaliza la acción extraordinaria de protección.

Adicionalmente, en la última parte de este numeral, se establece como criterio de admisión positivo en el caso de que la Corte, a través del caso puesto a su conocimiento, pueda sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional. Al respecto también cabe cuestionar este requisito por restrictivo y contrario a la naturaleza de la garantía, el objetivo de obtener una sentencia de relevancia y trascendencia nacional no puede estar por sobre el caso concreto que se encuentra en competencia de la Corte y repetimos se relaciona con la protección de los derechos constitucionales. El alcance del

sentido que se atribuya a la frase trascendencia y relevancia nacional deberá ser esclarecido por la Corte Constitucional. En pocas palabras, lejos de limitarse a analizar la conveniencia de un caso que le permita expedir una sentencia de relevancia nacional, la corte debe analizarlo para resolver si se han vulnerado o no los derechos constitucionales del accionante.

Con este breve análisis consideramos que no hay fundamento constitucional ni legal expreso o tácito que nos permita argüir que no cabe acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección, sin embargo, se debe analizar la casuística para que nos informe del adecuado o inadecuado funcionamiento de esta posibilidad procesal.

Desde el ámbito teórico, si se admite la posibilidad de interponer una acción extraordinaria de protección sobre una acción de protección se advierten dos consecuencias jurídicas posibles en virtud de dos interpretaciones normativas también diferentes:

- 1) Como sabemos, la acción extraordinaria de protección tiene por objeto proteger todos los derechos constitucionales, especialmente los del debido proceso. En este contexto, esta acción es una garantía genérica respecto de los derechos que protege —todos los derechos constitucionales—; pero específica, respecto del acto vulneratorio y del sujeto activo -únicamente la sentencia o auto definitivo- emitido obviamente por una autoridad judicial y como consecuencia de sus actos de juzgamiento.
- 2) Sin embargo, debemos preguntarnos ¿en qué casos los derechos que pueden ser vulnerados “indirectamente” con la actuación del juez por tanto pueden ser otros diferentes que los de protección o los relativos a la tutela judicial efectiva? Y aquí es cuando esta garantía abre el análisis jurisdiccional de procedibilidad al fondo del tema conocido en la garantía ordinaria —AP— o de la justicia ordinaria. Así, resulta clara la vulneración de los derechos constitucionales del usuario de la justicia constitucional si la sentencia que no es adecuadamente motivada y afecta al derecho a la motivación establecido en el art. 76.7.m) de la Constitución y la responsabilidad es directa e inmediatamente comprobable. Sin embargo, si un juez no concede una acción de protección porque su interpretación de los hechos del caso dan cuenta de que la pretensión del actor tiene una vía legal de protección y por tanto no se refiere a un derecho constitucional sino a uno de mera legalidad, pero el juez interpretó mal el caso y los hechos, cabe una acción extraordinaria de

protección por: 1) el derecho que no se protegió con la declaración de improcedencia y por tanto no se respetó el derecho de acceso al a justicia del accionante; o 2) Por la errada interpretación de los hechos o incluso de la LOGJCC y no se utilizó, por ejemplo la sentencia XX de la Corte Constitucional que establece las etapas procesales dentro de una acción de protección. Es claro que estos casos dan como consecuencia la afectación del derecho. Por ello la necesidad de analizar cuál ha sido la actuación de los jueces constitucionales durante estos 10 años de vigencia de esta garantía pero únicamente con relación a las resoluciones definitivas de acciones de protección en la que siempre lo que se discute es un derecho constitucional y nunca está de por medio un derecho de mera legalidad.

- 3) La acción extraordinaria sobre sentencias de cualquier garantía pueden llegar, si no se determina adecuadamente su objeto en un remplazo de la acción de protección cuando se conocen también el fondo de las sentencias de esta garantía y también reemplaza a las otras garantías ya que el objeto de protección de la acción extraordinaria de protección son todos los derechos, incluso aquellos que tienen una garantía específica como el hábeas data, habeas corpus, acción de acceso a la información pública. Esto implica que si a consecuencia del juzgamiento se violaron los derechos de libertad, de acceso a la información pública, personal, cabe una acción extraordinaria de protección.

La otra interpretación posible es que en la acción extraordinaria de protección el juez constitucional no analice los derechos de fondo del proceso de garantía “ordinaria” sino los derechos que, las actuaciones del juez, han dado como consecuencia su vulneración.

La importancia de adoptar una postura, más allá de la estricta argumentación normativa o del debate teórico sobre el alcance de la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección, se evidencia en los datos numéricos extraídos y en el efecto sobre la protección de derechos constitucionales por el acierto de las sentencias de la Corte Constitucional que conceden esta garantía.

De allí la necesidad de medir la profundidad o pertinencia de los argumentos incluidos en las sentencias de la Corte Constitucional tanto en la aceptación como en las de rechazo.

2.8.1. Análisis de casos de acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acción de protección

En este punto se realiza un estudio pormenorizado con tres temas esenciales y que consideramos tienen un efecto directo en la eficacia de la acción de protección, particularmente en la protección de derechos constitucionales.

El primero tema busca develar el alcance de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, entre ellos el No. 001-10-PJO-CC,³¹¹ conocido como el caso INDULAC, jurisprudencia vinculante referida a una sentencia de acción de protección y que marcó el inicio de esta competencia de la Corte Constitucional.

El segundo tema aborda los argumentos centrales de las sentencias que admiten o niegan la acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección y que han sido seleccionadas, estas están incluidas en el listado de sentencias seleccionadas en el estudio cuantitativo.

Finalmente, en la tercera parte, se incluye el análisis de casos paradigmáticos de los que se puede extraer resultados relevantes en la defensa de derechos constitucionales cuando la activación, conocimiento y resolución de la garantía es adecuado.

Primer tema: Importancia del precedente jurisprudencial obligatorio. Examen del alcance de su contenido

El emitir precedentes jurisprudenciales obligatorios es una competencia de la Corte Constitucional del Ecuador establecida constitucionalmente en el artículo 436.6. Su finalidad principal es unificar criterios y guiar en la adecuada resolución de, entre otras garantías, la acción de protección. Lamentablemente su desarrollo no ha sido amplio por lo cual solo nos referiremos a las sentencias que tienen directa relación con nuestra garantía.

Son nueve las sentencias de jurisprudencia vinculante que emitió la Corte Constitucional para la transición y la definitiva. Estas sentencias, a excepción de la 001-12-PJO-CC fueron expedidas dentro del proceso de selección y revisión, es decir, en base

³¹¹ Las sentencias que constituyen Precedente Jurisprudencial Obligatorio emitido por la Corte Constitucional son las siguientes: 1) Sentencia No. 001-10-PJO-CC, de 22 de diciembre de 2010. 2) Sentencia No. 001-12-PJO-CC, 5 de enero de 2012.

a las sentencias dictadas por los jueces ordinarios sobre garantías jurisdiccionales de su competencia.

Detallamos a continuación algunas ideas centrales sobre su contenido:

- 1) La sentencia 001-10-PJO-CC establece reglas para la solución de “antinomias jurisdiccionales”, es decir, la existencia de sentencias contradictorias en materia de garantías jurisdiccionales sobre el mismo hecho, que hacen imposible su ejecución. Para ello, se reconoció a la acción de incumplimiento como la garantía idónea para solventar estos conflictos. Además, se fijaron lineamientos respecto a la labor de los jueces ordinarios frente a la interposición de acciones extraordinarias de protección.
- 2) La sentencia 001-12-PJO-CC es una sentencia unificadora de criterio. Guarda relación con un conflicto laboral colectivo de varios trabajadores con la empresa TRIPLEORO. Se trata de una jurisprudencia que unifica el criterio para la resolución de las varias acciones extraordinarias de protección que fueron propuestas sobre este asunto.
- 3) La sentencia 001-14-PJO-CC se refiere al papel que deben desempeñar los jueces ordinarios que conocen acciones de protección. Se especifica que, en todos los casos, tienen que verificar si existe vulneración de derechos constitucionales y no limitarse a señalar la existencia de otra vía administrativa o judicial.
- 4) Sentencia 001-17-PJO-CC establece pautas para el reconocimiento de comunidades indígenas.
- 5) Sentencia 001-18-PJO-CC. Esta sentencia analiza varios aspectos sobre la procedencia de la acción de hábeas data, específicamente, respecto de personas pertenecientes a comunidades indígenas que no hablan castellano.
- 6) Sentencia 002-18-PJO-CC. Se refiere a reglas aplicables a la acción de hábeas corpus de una persona que tiene sentencia condenatoria, pero pretende ser favorecido con una rebaja por la existencia de una norma posterior menos lesiva.
- 7) Sentencia 003-18-PJO-CC. Se trata de una acción de protección que fue presentada en contra de una política pública para prevenir el embarazo adolescente e incluía la entrega de preservativos a los adolescentes. La Corte Constitucional, en un fallo muy controversial, afirmó que los adolescentes son

quienes deben decidir todos los aspectos relacionados con su libertad sexual y que el Estado, como salvador externo, debe protegerlos.

- 8) Sentencia 004-18-PJO-CC. Nuevamente se desarrollan aspectos inherentes a la resolución de la acción de hábeas corpus a favor de una persona sobre la cual pesa una pena.

Esta breve semblanza de las sentencias que constituyen precedente jurisprudencial obligatorio nos permite identificar que, de las 8 sentencias, 6 corresponden a alguna garantía y de ellas 3 se refieren a la acción de protección, materia de nuestra investigación.

Las tres sentencias que hacen relación directa a la acción de protección son las Sentencias 001-10-PJO-CC; 001-14-PJO-CC; Sentencia 003-18-PJO-CC.

La sentencia 001-10-PJO-CC, como habíamos indicado establece reglas para la solución de “antinomias jurisdiccionales”, es decir, la existencia de sentencias contradictorias en materia de garantías jurisdiccionales sobre el mismo hecho, que hacen imposible su ejecución como sucedió en este caso con dos sentencias contradictorias de acción de protección. Para superar esta antinomia, se reconoció a la acción de incumplimiento como la garantía idónea para solventar estos conflictos, aunque si revisamos la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales este no es un tema incluido dentro del objeto de la acción de incumplimiento ya que según el artículo 436.9 de la Constitución se indica el siguiente objeto: “9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.”. Tal vez precisamente por la existencia de una “antinomia jurisdiccional” no se puede cumplir una sentencia de garantías, en este caso, de acción de protección. La extensión de este objeto para la protección del derecho de acceso a la justicia a través de esta acción es también una extensión de competencias de la Corte Constitucional por intermedio de su jurisprudencia.

Por su parte el artículo 164 de la LOGJCC tampoco establece esta causal para la admisión de la acción de incumplimiento.

En el artículo 164 referido, denominado como trámite se refiere más bien a las causales en las que procede la acción de incumplimiento³¹²

³¹² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 164, num. 1: “Podrá presentar esta acción quien se considere afectado siempre que la jueza o juez que dictó la sentencia n.º *la haya ejecutado en un plazo razonable o cuando considere que no se la ha ejecutado integral o adecuadamente.*

2. Cuando se trate del *incumplimiento de sentencias expedidas dentro de procesos de garantía judiciales de derechos constitucionales*, la jueza o juez competente, a petición de parte, remitirá el expediente a la Corte Constitucional, al cual acompañará un *informe debidamente argumentado sobre las*

En concreto, la garantía de acción de incumplimiento, según lo determinado en la Ley procede en 4 casos, 1) Cuando no se haya ejecutado o se haya ejecutado parcial e inadecuadamente la sentencia, por parte del juez, 2) Cuando sean incumplidas las sentencias en procesos de garantías judiciales de derechos judiciales, dentro de las cuales obviamente se encuentra la acción de protección, 3) Si el juez no remite la causa y la acción de incumplimiento interpuesta, a la Corte Constitucional en el término de 5 días. 4) En caso de que las sentencias o dictámenes sean emitidas por la Corte Constitucional quien en este caso puede actuar también de oficio y puede incluso ejecutar la decisión.

Adicionalmente, se fijaron algunas reglas de actuación de los jueces ordinarios frente a la interposición de acciones extraordinarias de protección. Entre estos parámetros resaltamos los siguientes:

- 1) Resuelve respecto de la pregunta: “¿Qué debe hacer la jueza o juez constitucional ante la interposición de un recurso de apelación en acciones de garantías jurisdiccionales?” la Corte indica con carácter erga omnes que:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan garantías jurisdiccionales, se encuentran impedidos para calificar la procedencia de un recurso de apelación. Su labor se limita a recibir el recurso interpuesto y remitir el mismo junto con el proceso, a la autoridad competente. 1.2. Las juezas y jueces constitucionales para asegurar el ejercicio de las garantías jurisdiccionales reconocidas en el artículo 86 de la Constitución de la República y del principio iura novit curia no podrán justificar la improcedencia de una garantía jurisdiccional, como tampoco de los recursos y etapas procesales, en la falta de enunciación de la norma, motivación u oscuridad de las pretensiones; es su deber subsanar dichas deficiencias y continuar con la sustanciación de la causa.(Énfasis añadido)

A través de esta sentencia y concretamente de este argumento se le indica al juez constitucional —de primera instancia— la prohibición de realizar dos actividades 1) Analizar y resolver sobre la admisibilidad y peor aún la procedibilidad de la apelación a la garantía; y 2) La prohibición de sustentar la improcedencia de una garantía ni de los recursos por falta de enunciación de norma u oscuridad en las pretensiones. Si las

razones del incumplimiento suyo o de la autoridad obligada, para lo cual tendrá un término de cinco días desde el momento en que el interesado hizo la solicitud.

3. En caso de que la jueza o juez se rehúse a remitir el expediente y el informe, o lo haga fuera del término establecido en el numeral anterior, el afectado podrá solicitar, directamente a la Corte Constitucional, dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término señalado, que ordene a la jueza o juez la remisión del expediente y declare el incumplimiento de la sentencia.

4. En caso de incumplimiento de sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional, ésta de oficio o a petición de parte, ejecutará directamente las medidas necesarias para hacer efectiva su decisión”; énfasis añadido.

actividades judiciales no respetan tanto la Constitución, la Ley y este precedente podrían impedir el acceso a la justicia constitucional de los actores. Esta regla jurisprudencial está en perfecta armonía con las disposiciones constitucionales y legales que brindan unas características y naturaleza jurídica específica a la acción de protección (informalidad, celeridad, intermediación).

Otra regla de esta jurisprudencia aplicable a la acción de protección hace una advertencia de aplicación de una posible destitución, por parte de la Corte Constitucional, del juez que sin fundamento constitucional y legal expidan sentencias dentro de garantías jurisdiccionales, que vuelvan inejecutables las sentencias, esto dice en aplicación del artículo 86.4³¹³ de la Constitución. Como consecuencia de esta jurisprudencia los jueces de la Corte Constitucional estarán autorizados a la destitución de los jueces que no ejecuten o emitan una sentencia inejecutable.

Por otra parte, es una de las primeras sentencias que se refieren a la desnaturalización de la acción de protección. Pero además, la Corte prohíbe la privación de acceso a la acción extraordinaria de protección sobre una sentencia, en el caso, de una acción de protección.³¹⁴ Encontramos aquí el origen de la prerrogativa de interponer la acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acción de protección.

1. La sentencia 001-14-PJO-CC desarrolla, a través de varias reglas obligaciones específicas a los jueces ordinarios que conocen acciones de protección. Estas obligaciones son dos específicamente. 1) La obligación de verificar si existe vulneración de derechos constitucionales, 2) no limitarse a describir o señalar la existencia de otra vía administrativa o judicial

Estas reglas, aunque se refieran a la protección de la información personal, se refieren a temas de debate constitucional y relevante importancia como es la legitimación activa y los derechos constitucionales de las personas jurídicas, en este caso en el contexto del derecho a la información personal dentro de la acción de habeas data.

Respecto de los derechos constitucionales de las personas jurídicas, la Corte indica que la determinación de si una persona jurídica puede beneficiarse de una

³¹³ Ecuador, *Constitución de 2008*. “Art. 86. 4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, *la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo*, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”; énfasis añadido.

³¹⁴ Textualmente la sentencia n.º 001-IO-PJO-CC, indica: “Se declara la vulneración a los derechos a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, y debido proceso en la sustanciación de los casos, objeto de este precedente, *tanto por la desnaturalización de la acción de protección como por la privación de acceso a una garantía jurisdiccional, como la acción extraordinaria de protección*”; énfasis añadido.

determinación constitucional que asigne derechos constitucionales debe hacerse en el caso concreto, en virtud de las “posibilidades derivadas de su naturaleza social”, y de los “términos en los que está formulado el derecho en la Norma Constitucional”. Poco contenido que pueda guiar las facultades del juez nos da la Corte en esta regla.

Adicionalmente esta sentencia, analiza la característica de la universalidad de los derechos como una característica para que puedan ser considerados constitucionales. La universalidad de los derechos dirá la corte es un principio de aplicación e interpretación, es decir que los mismos corresponden a todas las personas en igual proporción.

Al contrario, indicará la Corte, si una disposición jurídica constitucional no cumple la característica de universalidad, no puede ser considerada como derecho constitucional.

Así, con el objetivo de incluir a las personas jurídicas como titulares de los derechos constitucionales la Corte indicó que será el “diseño constitucional” y la “expansión hermenéutica” de los términos, y no a una interpretación restrictiva, en virtud del principio de igualdad, el que permita incluir a las personas jurídicas como sujetos de derechos. Esta conclusión también se adopta en virtud de que en la Constitución ecuatoriana se indica que son sujetos titulares de los derechos diversos “géneros de “personas”, “comunidades”, “pueblos”, “nacionalidades”, “colectivos”. Por tanto es la misma Constitución ecuatoriana la que incluye el término genérico personas como titulares de derechos constitucionales y por tanto de infiere que dentro de este término general se encuentran incluidas también todos los géneros como las personas jurídicas, los colectivos, etc.

Estos argumentos permitirán también fundamentar los derechos constitucionales de las personas jurídicas puedan ser defendidas por otras garantías como la acción de protección.

Esta jurisprudencia ha sido modificada en su alcance por las últimas resoluciones emitidas por la Corte Constitucional en funciones desde 2019.

2. Sentencia 003-18-PJO-CC. Se trata de una acción de protección que fue presentada en contra de una política pública para prevenir el embarazo adolescente e incluía la entrega de preservativos a los adolescentes. La Corte Constitucional, en un fallo muy controversial, afirmó que los adolescentes son quienes deben decidir todos los aspectos relacionados con su libertad sexual y que el Estado, como salvador externo, debe protegerlos.

Segundo tema: Argumentos de la Corte Constitucional para admitir o negar la acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección

En este título se busca profundizar y encontrar en los *argumentos emitidos por los jueces en las sentencias* de acciones extraordinarias de protección sobre sentencias de acción de protección, razones que nos permitan esclarecer la situación de la acción de protección en el Ecuador en cuanto a la efectividad. Estas sentencias revelan que, en la práctica jurisdiccional ecuatoriana, se han admitido acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección, sin que los efectos de esta admisión de estos casos hayan sido hasta la fecha evaluados.

El número de sentencias de acciones extraordinarias de protección tienen un número total abultado de 856 sentencias sobre acciones de protección desde 2009 hasta 2018. De ellas, 522 son aceptadas, 317 son negadas. Se realizó una ficha de análisis de todas estas sentencias con el objetivo de ubicar especialmente los siguientes datos: medidas reparatorias y principales argumentos de la Corte Constitucional para conceder o negar la garantía así como el período de tiempo que transcurre entre la presentación de la acción y la resolución por parte de la Corte Constitucional.

La ficha utilizada para determinar los criterios técnicos jurídicos de la Corte en las sentencias seleccionadas para estudio se describe en la Tabla 20.

Tabla 20
Ficha de análisis de sentencias de acción extraordinaria sobre sentencias de acción de protección

DATOS GENERALES			
Tipo de acción		Juez ponente	
N.º causa		Legitimado activo	
N.º sentencia		Legitimado pasivo	
Fecha presentación de la acción		Registro oficial	
Ficha de relatoria		Dirección electrónica de sentencia	
Fecha de admisión		Fecha de resolución	
Datos de la decisión accionada			
Judicatura -jueces		Tipo de decisión	
Fecha de decisión		Derecho demandado	
Materia			
Problemas jurídicos			
Problemas jurídicos planteados (resueltos o no) en la sentencia			
PROBLEMA JURÍDICO 1			
ARGUMENTOS			
Argumentos elaborados por cada problema jurídico			
Problema Jurídico 1			
DECISIÓN/ ACEPTA- NIEGA- MODULACIÓN			

REPARACIÓN	declara la existencia de la vulneración del derecho		
	aceptar la acción		
	ordenar la reparación		
	disponer retrotraer el proceso al momento de la vulneración		
	Otra		
OBSERVACIONES/ CONCLUSIONES			

El caso No. 004-09-SEP-CC³¹⁵ conocido por la Corte Constitucional el 14 de mayo de 2009 y que aunque se desechó la acción extraordinaria de protección brindó argumentos por los cuales se admitió a trámite. Entre ellos, como se puede colegir de la ficha anteriormente descrita los argumentos de la competencia de la Corte Constitucional para este caso se indican los siguientes:

1. El artículo 437 de la Constitución que desarrolla la acción extraordinaria de protección y,
2. El artículo 53 de las Reglas de Procedimiento publicadas en el Registro Oficial No. 466 del 13 de noviembre de 2008. Se debe considerar que en este tiempo no estaba aún vigente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
3. Sin embargo, en la determinación de los problemas jurídicos la Corte hace una reflexión más específica sobre el alcance de la acción extraordinaria de protección. Textualmente la corte indica:

esta Corte estima pertinente determinar la *naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección*, considerándola como un mecanismo de acceso a la justicia y medio idóneo para la constitucionalización del derechos ordinario, enfatizando en su carácter excepcional, con miras a evitar un uso indiscriminado e injustificado por parte de la ciudadanía.³¹⁶

En esta parte de la sentencia se hace referencia a un artículo de Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimmy,³¹⁷ que justifica la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección con el objetivo de lograr la constitucionalización del derecho ordinario. Como hemos comprobado, este mecanismo no constitucionalizó el derecho en el Ecuador, y pero aún fue utilizado de forma

³¹⁵ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 04-09-SEP-CC”, *Caso 0030-08-EC*, 14 de mayo de 2009.

³¹⁶ *Ibíd.*, 4.

³¹⁷ Ver Mauricio Gacía Villegas y Rodrigo Uprimmy, “Qué hacer con la tutela contra sentencias”, *DeJusticia*, 1 de mayo de 2006, <https://www.dejusticia.org/que-hacer-con-la-tutela-contra-sentencias/>.

excepcional sino que se amplió a otro tipo de sentencias definitivas, las de las garantías constitucionales.

4. Otro argumento de la Corte es que la acción extraordinaria de protección es una garantía que forma parte de las que protegen derechos contra los actos de los jueces ordinarios. E indicará que no trata de deslegitimar la actuación de los jueces, sino ser un mecanismo subsidiario que complementa y refuerza sus decisiones.
5. Otro argumento utilizado por la Corte hace referencia a la “fórmula de cuarta instancia” desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Marzioni vs Argentina*³¹⁸ según el cual la Corte no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales a menos que se considere la posibilidad de que se haya violado la Convención Americana de Derechos Humanos. Aunque aclara, la Corte no actúa como tribunal de alzada.

Por su parte, una de las primeras sentencias de acción extraordinaria de protección, sobre una sentencia de acción de protección que si bien también fue desechada se emite los siguientes justificativos jurídicos para su admisión a trámite:

Sentencia No. 022-09-SEP-CC

1. La Corte Constitucional es competente para conocer el caso en virtud del artículo 27 del Régimen de transición de la Constitución.
2. También sustenta su competencia en los artículos 94 y 437 de la Constitución que como sabemos desarrolla la acción extraordinaria de protección.
3. Artículo 52 y siguientes de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional.
4. Inmediatamente la Corte verifica el cumplimiento de los requisitos de una sentencia para que la misma pueda ser impugnada mediante acción extraordinaria de protección.³¹⁹

Como podemos corroborar en la sentencia analizada, entre los argumentos que justifican la competencia de la Corte, no se hace alusión ni se establece relación alguna con el tipo de juez que emitió la sentencia –juez de garantías constitucionales–, ni se diferencia entre una sentencia de garantías y aquellas emitidas por la justicia ordinaria en casos relacionados con la legalidad o la aplicación de disposiciones legales. En

³¹⁸ Sentencia emitida el 15 de octubre de 1996.

³¹⁹ Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia No. 022-09-SEP-CC*, Registro Oficial 50, 20 de octubre de 2009; *Sentencia No. 068-10-SEP-CC*, Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.

consecuencia, se asimilan los procesos de garantías con los procesos legales y a los jueces de garantías con los jueces ordinarios.

Sentencia No. 068-10-SEP-CC

En este caso, la sentencia reviste mayor interés ya que no solo admite a trámite sino concede la acción extraordinaria de protección sobre la sentencia de acción de protección.

1. En cuanto a la competencia de la Corte para conocer la acción extraordinaria de protección sobre la sentencia de apelación de la acción de protección la Corte se fundamenta nuevamente el artículo 53 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición,³²⁰ el artículo 437 de la Constitución,³²¹ mas no en ninguna disposición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debido a que la disposición transitoria segunda de la LOGJCC indica que las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, tienen validez jurídica para las causas constitucionales ingresadas hasta antes de la vigencia de la ley.

2. En este caso, que consiste, según la Corte Constitucional de 2018, en la vulneración del derecho a recurrir o apelar, indica como problema jurídico de relevancia la demostración de que en la tramitación en segunda y definitiva instancia en el juzgamiento de la acción de protección se violaron normas constitucionales por el legitimado activo. La Corte desarrolló los temas siguientes para contestar este problema jurídico: 1) la tramitación de la acción de protección; 2) la institución del recurso de apelación dentro de la justicia constitucional; 3) los derechos constitucionales de las personas jurídicas; 4) El hecho superado en materia constitucional. Respecto de los problemas jurídicos planteados es pertinente para nuestro estudio el primero uno relativo al desarrollo conceptual sobre la tramitación de la acción de protección. Se reitera el criterio de que la Corte Constitucional no es juez de instancia en materia de acciones de protección, textualmente señala: “su función se dirige primordialmente a fijar criterios

³²⁰ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Publicada en el Suplemento Registro Oficial -- Nro. 466 del jueves 13 de noviembre del 2008. “Art. 53.- Competencia.- Será competente para conocer de la acción extraordinaria de protección el Pleno de la Corte Constitucional”

³²¹ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 437.

unificados de interpretación de los derechos constitucionales. Sin embargo, no utiliza en este caso el mecanismo constitucionalmente establecido para la función unificadora de criterio que es la emisión de la jurisprudencia vinculante mediante la selección y revisión de las sentencias de garantías, y utiliza para este fin la acción extraordinaria de protección. Esto claramente tergiversa la naturaleza jurídica de la acción de protección, de la acción extraordinaria de protección y anula la competencia de selección y revisión indicada en el artículo 436.6³²² de la Constitución. Luego la sentencia textualmente manifiesta:

El objeto de la acción de protección se encuentra también consagrado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional cuyo artículo 39 determina que: [...] De ello, la protección cierta e inmediata del derecho fundamental violado o puesto en peligro da origen a la acción constitucional, cuando tal objetivo no se logra, *así resulten protegidos derechos o situaciones de orden legal; la misma que luego de su tramitación en las dos instancias establecida para ello concluye con una sentencia que acepta o niega dicha acción* [...].

Este argumento, a pesar de su deficiente redacción, resulta interesante ya que puede ser interpretado como una aceptación de que, frente a una sentencia de acción de protección se puede lograr la protección o afectación de derechos de orden legal. Es decir una sentencia que analiza solo los temas relativos a los derechos constitucionales puede tener una repercusión en asuntos de orden legal sin que necesariamente hayan sido tratados por el juez constitucional por existir prohibición expresa.³²³

³²² *Ibíd.*, art. 436, num. 6; énfasis añadido. “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, habeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”

³²³ La prohibición de conocer temas de mera legalidad en casos de acción extraordinaria de protección y en acciones de protección están claramente determinados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así con relación a la acción extraordinaria de protección en el Art. 62.4 “Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley.” Y para la acción de protección en el artículo 42.4 “Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.”

Tabla 20
Sentencias seleccionadas de acciones extraordinarias sobre sentencias de acción de protección 2008-2018

Año	Sentencia	Detalles del caso	Tipo de resolución
2009 ³²⁴	004-09-SEP-CC	José Manuel de Oliveira Allu, Procurador Judicial del señor Juan Doumet Antón (Gerente de Almacén Juan Eljuri Cía. Ltda.), presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 05 de septiembre del 2008 por el Juzgado Décimo Tercero de lo Penal del Guayas, dentro del proceso No. 9002-2008, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la sentencia recurrida y se dispuso que el Juzgado inferior cumpla con la ejecución de la misma. Tema: Contrato de compraventa de vehículos Área: Contencioso tributario	Desechada
2009	011-09-SEP-CC	La Corporación Financiera Nacional (C.F.N.), la compañía UNYSIS S.A., a través de sus representantes legales, el ingeniero Michel Doumet Chedraui y el economista Xavier Eduardo Procel Vargas, presentaron acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia expedida el 25 de octubre del 2007, por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dentro del proceso No. 493-04 Tema: Nulidad de escritura Área: Civil	Aceptada
2010 ³²⁵	011-10-SEP-CC	Fernando Guijarro Cabezas, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, el 12 de marzo del 2009, dentro de la acción de protección No. 0102-2009, mediante la cual se resolvió confirmar la sentencia venida en grado dentro la acción de protección interpuesta por el Arquitecto Ángel Eduardo Granizo Luna, en contra del Juzgado de Coactivas del IESS y de la Dirección Provincial del IESS de Chimborazo. Tema: Juicio coactivo	Negada
2010	076-10-SEP-CC	El licenciado Luis Felipe Pacheco Luque presentó acción extraordinaria de protección en contra del auto dictado el 28 de junio del 2010 por el Juzgado Segundo de lo Civil de Esmeraldas, dentro de la acción de protección No. 170-2010, mediante el cual se dispuso que las partes estén a lo dispuesto en providencia de 18 de Junio del 2010, en la cual se resolvió confirmar la destitución del rector de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeraldas.	Aceptada
2013 ³²⁶	045-11-SEP-CC	Jorge Rodrigo Riofrío Huerta, en su calidad de representante legal de la empresa Shoes and Shoes Cía. Ltda., interpuso acción extraordinaria de protección en contra de la Sentencia del 10 de enero del 2011, dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de un proceso por acción de protección. Tema: Juicio de impugnación tributaria. http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=045-11-SEP-CC	Aceptada
2012 ³²⁷	251-12-SEP-CC	Diego Alfonso Cabezas-Klaere en calidad de Director Ejecutivo encargado de la Unidad de Promoción y Desarrollo Forestal de Ecuador PROFORESTAL, interpuso acción extraordinaria de protección en contra de la Sentencia del 26 de abril del 2009 a las 09h31, dictada por la Primera Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección N.º 262-2010. Tema: Terminación de servicios ocasionales.	Acepta

³²⁴ Se emitieron un total de 7 sentencias.

³²⁵ Se emitieron un total de 20 sentencias.

³²⁶ De las trece sentencias emitidas por la Corte Constitucional en 2012, todas aceptan la acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección.

³²⁷ Se emitieron en este año un total de 113 sentencias.

2012	001-12-SEP-CC	Jorge David Itúrburu Salvador presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia del 16 de septiembre del 2010, dictada por la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección No. 700-2010-B, 6566-09-2, 714-09-3, mediante la cual se resolvió confirmar la sentencia subida en grado que declaró sin lugar la acción presentada en contra del Ministerio de Educación, por la remoción del accionante de su cargo de rector titular del Colegio Fiscal Experimental e Instituto Superior Tecnológico Vicente Rocafuerte de la ciudad de Guayaquil. Tema: Remoción de cargo.	Negada
2013 ³²⁸	003-13-SEP-CC	El señor Alcides Javier López Zambrano presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de 30 de agosto de 2010, dictada por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Manabí, dentro de la acción de protección N.º 23-2010, mediante la cual se dejó sin efecto las elecciones de la Federación de Estudiantes Universitarios del Ecuador, FEUE, filial de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, desarrolladas el 21 de mayo de 2010. Tema: Elecciones estudiantiles.	Aceptada
2013	102-13-SEP-CC	La señora Eliana Custodia Guillén Cordero presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 11 de febrero de 2010 por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro de la acción de protección N.º 033-10, mediante la cual se desecha el recurso de apelación interpuesto por la accionante y se resolvió inadmitir la acción propuesta en contra del director general y director provincial del IESS. Tema: Despido intempestivo.	Aceptada
2013	002-13-SEP-CC	El doctor Alfredo Corral Borrero, ofreciendo ratificación de varios funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de 16 de septiembre de 2011, dictada por la Segunda Sala de Pichincha dentro de la acción de protección N.º 704--2011 por discriminación al dar cumplimiento a la resolución SENRES-2008-00156. Tema: Homologación de remuneraciones. ³²⁹	Negada
2014 ³³⁰	056-14-SEP-CC	La señora Érika Susana Galárraga Mora presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de 1 de agosto de 2012 dictada por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección N.º 17111-2012-0633 en contra del doctor José Serrano, ministro del Interior, mediante la cual se rechazó el recurso de apelación interpuesto y se confirmó la sentencia dictada por el inferior, la cual desechó la acción en la que se solicitaba que se deje sin efecto la resolución N.º 2002-059-CG-T, la misma que resolvió dar de baja de las filas policiales a la accionante. Tema: Baja de las filas policiales.	Aceptada
2014	191-14-SEP-CC	El señor Carlos Grijalva González, representante legal de la empresa Duayne S. A., presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 15 de julio de 2013, por la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección N.º 716-2013, mediante la cual se rechazó el recurso de apelación y se confirma la resolución subida en grado, la misma que rechaza la acción de protección planteada en contra del Cuerpo de Ingenieros del Ejército y del Procurador General del Estado. Tema: Terminación de contrato.	Negada

³²⁸ En 2013 se emitieron un total de 60 sentencias.

³²⁹ Esta sentencia es importante debido a que regula el contenido del artículo 42 y 40 de la LOGJCC y fue motivo de análisis en el primer capítulo.

³³⁰ En 2014 se emitieron un total de 95 sentencias.

2015 ³³¹	248-15-SEP-CC	El doctor Marco Fabián Zurita Godoy, director nacional de asesoría jurídica y delegado del presidente del Consejo de la Judicatura, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de 20 de mayo de 2010 y del auto de ampliación y aclaración de 28 de mayo de 2010, dictados por la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, dentro de la acción de protección N.º 107-2010, mediante la cual se dispone que el Consejo de la Judicatura proceda a dar el tratamiento salarial al doctor Hitler Beltrán Salinas, acorde a la escala salarial homologada para funcionarios judiciales. Tema: Homologación salarial.	Aceptada
2015	241-15-SEP-CC	La señora Esther de Jesús Carrión Palacios presentó acción extraordinaria de protección, en contra de la sentencia dictada el 10 de octubre de 2011, por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, dentro de la acción de protección N.º 0523-2011, 1167-2011, mediante la cual se resolvió desestimar el recurso de apelación y se confirmó la sentencia subida en grado, la cual inadmitió la acción propuesta en contra del rector de la Universidad Técnica de Machala. Tema: Jubilación.	Negada
2016 ³³²	350-16-SEP-CC	El doctor Fernando Gutiérrez Vera, en calidad de defensor del pueblo, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia expedida el 13 de diciembre de 2010 por los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro de la acción de protección N.º 01451-2010-0109, propuesta por el señor Lázaro Ortega Vintimilla en contra de la entidad accionante. Tema: Nombramiento definitivo.	Aceptada
2016	382-16-SEP-CC	El señor Michael Anderson Tovar Andrade presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 19 de mayo de 2015 por la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Manabí, dentro de la acción de protección N.º 4274-2014.	Aceptar
2016	288-16-SEP-CC	La señora María José Castillo Figueroa, por sus propios derechos y en representación de sus hijos José Fernando y Juan Sebastián Rosero Castillo, presentó acción extraordinaria de protección en contra de los autos dictados el 25 de enero de 2010 a las 09:55, por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y el 16 de septiembre de 2009 a las 17:52, por el juez tercero de la familia, mujer, niñez y adolescencia con sede en el cantón Guayaquil. Tema: Tenencia.	Negada
2017 ³³³	030-17-SEP-CC	El coronel de Policía de Estado Mayor, Pedro Marcelo Carrillo Ruiz, director nacional de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional y delegado del ministro del Interior, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2012, por los jueces de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección N.º 2012-0055.	Aceptada

³³¹ En 2015 se emitieron un total de 126 sentencias.

³³² En 2016 se emitieron un total de 155 sentencias.

³³³ En 2017 se emitieron un total de 127 sentencias.

2017	369-17-SEP-CC	Judith Elenita Yagual Cruz, Pedro Alberto Malavé Yagual, Juan Esteban Orrala Plaza, Carlos Ramón Ángel González y Pedro Oswaldo Pozo Ramírez en su calidad de presidente, vicepresidente, secretario, síndico y tesorero de la Comuna Valdivia, respectivamente; así como también, el señor Ernesto Francisco Valle Minuche en calidad de coordinador general de asesoría jurídica Ministerio de Turismo del Ecuador, presentaron acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia adoptada por la Unidad Judicial Especializada Primera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la provincia de Santa Elena y ratificada en segunda instancia, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, en el proceso de acción de protección N.º 24201-2013-0578, iniciado por Antonio Vicente Gómez Aguirre en calidad de gerente general de la compañía MARFRAGATA S.A., en contra del Instituto de Contratación de Obras (ICO) y Ministerio de Turismo. El caso ingresó a la Corte Constitucional y se le asignó el N.º 1439-13-EP. Tema: Restitución de la propiedad del bien inmueble.	Negada
2017	383-17-SEP-CC	La presente acción extraordinaria de protección fue interpuesta por el arquitecto Eloy de Loor Macías y el abogado Humberto Murillo Coello, en calidad de alcalde y procurador síndico del Municipio de Urdaneta, respectivamente, el 19 de enero del 2011, impugnando la sentencia expedida el 22 de diciembre del 2010 a las 15:01 dentro de la acción de protección N.º 864-2010, por los jueces de la Sala Civil, Mercantil, Laboral y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos. Tema: Supresión del cargo.	Aceptada
2018 ³³⁴	223-18-SEP-CC	El 24 de agosto de 2016, la señora Karen Gabriela Martínez Agreda, por sus propios derechos, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 26 de julio de 2016, por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, dentro de la acción de protección N.º 13284-2016-00308. Al ingresar el caso a la Corte Constitucional, se le asignó el N.º 1830-16-EP. Tema: Reincorporación a puesto de trabajo (Personas y Grupos de Atención Prioritaria).	Aceptada
2018	249-17-SEP-CC	El señor Manuel Alberto Rivera Montesdeoca presentó acción extraordinaria de protección en contra del auto dictado el 30 de mayo de 2012, por el Juzgado Tercero de Garantías Penales de Chimborazo, que declaró el abandono de su acusación particular, dentro del proceso de acción penal privada N.º 06253-2011-0066, por el delito de destrucción tipificado en el derogado artículo 397 del Código Penal.	Negada

Elaboración propia

Por otro, lado se realiza un análisis minucioso de sentencias que han sido seleccionadas a través de una muestra por año de expedición y tipo de resolución (acepta/niega).

Para una mejor visualización, inicialmente incluimos el año, el número que identifica la sentencia, los detalles del caso y el tipo de resolución para luego ocuparnos del fondo de los argumentos utilizados por la Corte Constitucional en este tipo de sentencias.³³⁵ Son de especial relevancia las primeras sentencias que admiten la acción

³³⁴ En 2018 se emitieron un total de 74 sentencias hasta el 25 de julio de 2018. Sentencia n.º 281-18-SEP-CC.

³³⁵ Nos hemos servido de la información que consta en el portal de la Corte Constitucional: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx>.

extraordinaria sobre acciones de protección debido a que los argumentos se encuentran en la mayoría de sentencias ulteriores.

Con la finalidad de tener una muestra que nos permita profundizar en los argumentos centrales de los jueces de la Corte Constitucional al aceptar o negar una acción extraordinaria sobre una acción de protección, en el siguiente cuadro se incluyen: el año, número que identifica la sentencia, los argumentos centrales de la resolución de la Corte, los derechos invocados y concedidos.

Las fichas de la relatoría de la Corte lamentablemente no indican la *ratio decidendi* de cada sentencia pero se debe resaltar que en algunos casos se indican temas de conceptos desarrollados en donde si bien encontramos el fundamento teórico de la decisión no es suficiente para descubrir el fundamento de la misma.

En este contexto fue indispensable recurrir a un análisis de toda la sentencia para llegar a establecer los argumentos centrales de la resolución. Los “conceptos” son especialmente aquellos relacionados con la naturaleza de la acción de protección, la definición de sentencia para efecto de admitir una acción extraordinaria de protección, el debido proceso como derecho constitucional, derecho a la motivación, derecho a la igualdad y no discriminación.

Tabla 21

Análisis de sentencias seleccionadas de acciones extraordinarias sobre sentencias de acción de protección 2008-2018: tipo de resolución y derechos debatidos

Año	Sentencia	Tipo de resolución	Derechos debatidos/concedidos
2009	004-09-SEP-CC	Desechada	Art. 76. 4. Valoración de la prueba.
	http://portal.corteconstitucional.gov.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=004-09-SEP-CC		Art. 76. 1. Cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
			Art. 76. Derecho al debido proceso.
			Art. 75. Derecho a la tutela judicial efectiva.
2009	011-09-SEP-CC	Aceptada	Art. 75. Derecho a la tutela judicial efectiva.
	http://portal.corteconstitucional.gov.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=011-09-SEP-CC		Art. 76. Derecho al debido proceso.
2010	011-10-SEP-CC	Negada	Art. 75. Derecho a la tutela judicial efectiva.
			Art. 76. Derecho al debido proceso.
2010	076-10-SEP-CC	Aceptada	Art. 33. Derecho al trabajo.

	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=076-10-SEP-C		Art. 82. Derecho a la seguridad jurídica.
			Art. 75. Derecho a la tutela judicial efectiva.
			Art. 76. Derecho al debido proceso.
2011	045-11-SEP-CC	Aceptada	
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=045-11-SEP-CC		
2012	251-12-SEP-CC	Acepta	Art. 76. 7. h. Principio de contradicción.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=251-12-SEP-CC		
2012	001-12-SEP-CC	Negada	Art. 76. 7. Derecho a la defensa.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-12-SEP-CC		Art. 76. Derecho al debido proceso.
2013	003-13-SEP-CC	Aceptada	Derecho al debido proceso.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=003-13-SEP-CC		Acción extraordinaria de protección.
2013	102-13-SEP-CC	Aceptada	Art. 76. 7. l. Derecho a la motivación de resoluciones.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=102-13-SEP-CC		Art. 75. Derecho al acceso gratuito a la justicia.
2013	002-13-SEP-CC	Negada	Art. 66. 4. Derecho a la igualdad formal y material.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=002-13-SEP-CC		
2014	056-14-SEP-CC	Aceptada	
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=056-14-SEP-CC		
2014	191-14-SEP-CC	Negada	Art. 76. 7. l. Derecho a la motivación de resoluciones.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=191-14-SEP-CC		Art. 66. 17. Derecho al trabajo.
2015	248-15-SEP-CC	Aceptada	Derecho a la motivación.
	http://sgc.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=248-15-SEP-CC		
2015	241-15-SEP-CC	Negada	Derecho a la igualdad.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=241-15-SEP-CC		
2016	350-16-SEP-CC	Aceptada	

	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=350-16-SEP-CC		Art. 11. 2. Principio de igualdad y no discriminación en razón de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género.
2016	382-16-SEP-CC	Aceptar	Art. 76. 7. 1. Derecho a la motivación de resoluciones.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=382-16-SEP-CC		Art. 75. Derecho a la tutela judicial efectiva.
2016	288-16-SEP-CC	Negada	76. 4. Valoración de la prueba.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=288-16-SEP-CC		Art. 76. 7. Derecho a la defensa.
			Art. 76. Derecho al debido proceso.
			Art. 76. 7. a. Derecho a la defensa en todas las etapas procesales.
			Art. 76. 7. 1. Derecho a la motivación de resoluciones.
			Art. 437. L
2017	030-17-SEP-CC	Aceptada	Art. 76. 7. 1. Derecho a la motivación de resoluciones.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=030-17-SEP-CC		
2017	369-17-SEP-CC	Negada	Art. 94. La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=369-17-SEP-CC		Art. 437. Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección.
			Art. 76. 7. a. Derecho a la defensa en todas las etapas procesales
			Art. 76. Derecho al debido proceso.
			Art. 169. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.
2017	383-17-SEP-CC	Aceptada	Art. 82. Derecho a la seguridad jurídica
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=383-17-SEP-CC		Art. 76. 7. 1. Derecho a la motivación de resoluciones.
2018	223-18-SEP-CC	Aceptada	Art. 82. Derecho a la seguridad jurídica.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=223-18-SEP-CC		Art. 76. 7. 1. Derecho a la motivación de resoluciones.
			Art. 76. 2. Principio de presunción de inocencia.
			Art. 11. 5. Principio de favorabilidad.
			Art. 76. 3. Derecho a la jurisdicción y competencia.
			Art. 76. 3. Principio de legalidad.

			Art. 436. 9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.
2018	249-17-SEP-CC	Negada	Art. 94. La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos.
	http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=249-17-SEP-CC		Art. 76. Derecho al debido proceso.
			Art. 11. 6. Principio de inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de los derechos.
			Art. 76. 1. Cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
			Art. 437. Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección.

Elaboración propia

Como se puede concluir de este análisis, los derechos más debatidos en estas sentencias son los de la categoría de Derechos de Protección, en particular el derecho a la defensa y la seguridad jurídica. Resulta, sin embargo, curioso que si bien los derechos de protección son los que más se amparan, por otra parte, son los mismos derechos que con relación al respeto del debido proceso de las sentencias de acciones de protección pueden resultar afectados por el irrespeto que se genera al derecho a la defensa y al acceso a la justicia.

Capítulo tercero

La acción de protección: avance, estancamiento o retroceso en la protección de derechos constitucionales en el Ecuador

La realidad duerme sola en un entierro
y camina triste por el sueño del más bueno.
La realidad baila sola en la mentira [...]
(León Gieco, *La colina de la vida*)

Este capítulo busca como finalidad concreta exponer, desde una visión crítica, la realidad actual del estado de la acción de protección en Ecuador y contribuir a la investigación de esta garantía en la práctica judicial ecuatoriana.

Como se ha observado para su ejecución se utilizaron tanto análisis históricos, normativos así como datos e información cuantitativa y cualitativa de sentencias de acción de protección.

El análisis histórico descubre el antecedente, el origen de la garantía y permite determinar la comprensión que sobre su naturaleza, características y el alcance tienen algunos teóricos del derecho constitucional y también los jueces de garantías. Esta referencia histórica es de gran interés práctico y no se limita a una utilidad meramente informativa descriptiva ya que fruto de esta “evolución” logramos determinar los detonantes de la reforma constitucional

Respecto al capítulo II es fundamental advertir su carácter de estudio empírico pero que no se queda en la descripción de cuantitativa de datos sino que busca señalar patrones de comportamiento de las autoridades judiciales, tanto en el amparo como en la acción de protección, y de las sentencias de acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección. El estudio comparativo de las dos garantías puede ser considerado un aporte en la medida que permite descubrir los cambios, avances o retrocesos creados por la Constitución de 2008. Para esta finalidad se emplearon los diferentes estudios que sobre la acción de protección se publicaron, hasta el momento, en el Ecuador, especialmente aquellos estudios empíricos. Por su parte en cuanto al amparo se utilizó la información proporcionada por el estudio empírico que consideramos base por ser el primero, el único en nuestro país y que abrió los caminos de debate, hablamos del estudio elaborado por Alex Valle y dirigido por el profesor Agustín Grijalva: “El amparo como garantía constitucional en el Ecuador”.

En esta sección buscamos encontrar una metodología que nos permita evaluar la eficacia de la acción de protección en el Ecuador. La muestra estadística utilizada sirve para identificar las limitaciones tanto del modelo normativo como de la práctica constitucional procesal que obstaculizan que la acción de protección cumpla con su finalidad de ser una garantía de los derechos constitucionales eficaz, inmediata, directa y rápida. Para lograr tal propósito fue necesaria la utilización de las siguientes categorías: Acciones admitidas, rechazadas, aceptadas, negadas, desistidas. Derechos invocados vs. Protegidos Legitimado activo, Legitimado pasivo, Tiempo de resolución, Medidas de reparación, Variable de argumentación jurídica, Interposición de garantía subsecuente: acción extraordinaria de protección o acción de incumplimiento que permitan medir su alcance y encontrar los más graves problemas.

El debate está precisamente en encontrar la idoneidad de la garantía para conseguir su finalidad.

En este contexto, se buscó determinar cuánto hemos avanzado desde que el Tribunal Constitucional conocía los amparos y que tenía problemas evidentes como la centralización; la rémora en su trámite y por tanto la falta de real acceso a la justicia, así como la negación práctica de sus características como la brevedad, sencillez e informalidad, características constitucionalmente reconocidas.

Además de esto, en la actualidad se suman las imprecisiones y restricciones de la LOGJCC respecto de la acción de protección. Las evidencias empíricas demuestran cifras alarmantes de inadmisión e improcedibilidad de la garantía, situación que inició desde su puesta en marcha en 2009 y se incrementa a la fecha. Se logró demostrar además que los derechos protegidos y los legitimados activos nos han variado sustancialmente frente al amparo. La garantía se sigue desnaturalizando para temas de legalidad especialmente en cuanto a los procesos que se relacionan con el derecho al trabajo.

Así lo que Valle denominaba la variable de tipo administrativo en la cual se demuestra que la mayoría de casos en el amparo podían ser resueltos vía contenciosa administrativa, parece ser la actual causa para rechazar la acción de protección sin un mayor análisis de procedibilidad de la vía constitucional o administrativa, sino como una cómoda evasiva que tiene como resultado deseado o no la restricción del acceso a esta garantía.

De igual forma, no se determina un incremento sustancial de acciones de protección sobre derechos del buen vivir que se asimilan a los derechos económicos

sociales y culturales, así como a los derechos sociales, colectivos y difusos. Por tanto, de la lectura de datos podemos afirmar que esta limitación se mantiene.

Adicionalmente si antes con el amparo el Tribunal Constitucional como órgano de apelación del amparo se detenía más en el análisis de las formalidades que de los derechos vulnerados en cada caso, actualmente los jueces de garantías hacen lo propio pero esta vez disponen de norma legal que los autoriza, hablamos de los arts. 40 y 42 de la LOGJCC. Por tanto la lógica administrativista del Tribunal Constitucional se mantiene en la LOGJCC y en la práctica judicial constitucional ecuatoriana.

Desarrollamos a continuación, con detalle, cada una de estas afirmaciones:

Aportes desde la historia constitucional ecuatoriana de las garantías

Una de las principales conclusiones del estudio de la evolución constitucional de las garantías en el Ecuador es que las vías judiciales ordinarias no son las adecuadas para conseguir la protección de los derechos constitucionales que por sus especiales características y jerarquía requieren un procedimiento ágil, informal y eficaz. Esta insuficiencia se debe a razones importantes entre ellas la naturaleza jurídica –diseño institucional y procesal- para conseguir los fines específicos de las garantías como son: 1) Declaración de la vulneración del derecho constitucional, 2) Reparación integral que no se obtienen mediante la justicia ordinaria.

En este contexto, el único procedimiento que puede reparar derechos constitucionales vulnerados es uno especializado como el de la acción de protección con un efecto definitivo y reparador sobre los actos u omisiones que vulneren derechos.

En la historia constitucional del Ecuador vemos confundidos los objetivos de las garantías y su alcance y producto de ello se ha comprobado una total ineficacia de la Constitución y de sus derechos. Así en ciertas constituciones se utiliza el derecho penal para sancionar la vulneración de derechos constitucionales por autoridades públicas pero estos procedimientos no ponen énfasis en las características de los derechos constitucionales, su urgencia y en la necesidad de su finalidad principal como es la reparación integral.

En otras etapas el amparo se confunde con el derecho de petición en el que no hay intervención jurisdiccional y por tanto la concesión o no de lo pedido queda en la administración pública o el órgano administrativo de turno. En efecto, el control de los actos del ejecutivo se limita, en caso de vulneración de derechos, a la actuación del

legislativo, el Consejo de Estado o cualquier otro órgano sin competencias jurisdiccionales.

En otras fases del proceso histórico de desarrollo de la acción de protección se busca a través de procesos civiles la reparación económica que como sabemos es una forma de reparación pero no la única. Estos procedimientos en cambio no dan cuenta de la necesidad de un procedimiento ágil y con una lógica constitucionalista y no civilista.

Hasta antes de 2008 no existía en la legislación ni en la práctica constitucional ecuatoriana un procedimiento específico que permita a los ciudadanos un amparo eficaz para proteger los derechos constitucionales y en la actualidad son las regulaciones legales y el comportamiento judicial el que impide la consecución de una constitución viva, basada en una sociedad y administración de justicia que priorice los derechos constitucionales. A más de esto la eficacia de la acción de protección no se ha alcanzado hay obstáculos culturales, procesales, económicos que lo han impedido. Nuestra Constitución está aún muerta y tiene una presencia espiritual no material.

Esta falta de concreción práctica de la Constitución, especialmente de los derechos en ella desarrollados tiene diversas explicaciones, la que a nosotros nos convoca en esta investigación es la ineficacia de una de las garantías más importantes como es la acción de protección. Diversos son los motivos para esta actual situación: jueces sin poder de ejecutar sus sentencias, jueces sometidos a la voluntad del poder de turno –sin independencia interna y externa–, jueces sometidos en la ejecución de sus sentencias de garantías a otras garantías y competencias como es la acción de incumplimiento y la intervención de la Corte Constitucional mediante sus sentencias de acción extraordinaria de protección, jueces ciegos que no encuentran guía en la escueta y contradictorias sentencias de la Corte Constitucional, jueces amedrentados por el Consejo de la Judicatura de no fallar en contra del Estado.

En conclusión, los jueces, abogados, ciudadanos y cortes no tienen aún las herramientas fundamentales que permitan el adecuado y eficaz funcionamiento de la acción de protección. Es el modelo procesal el que debería cubrir todos estos posibles abusos o errores de aplicación y como vemos, no lo hace.

1. Identificación de las consecuencias del desarrollo histórico de la acción de protección en la normativa y práctica constitucional ecuatoriana

Entendemos que, el avance representa un fortalecimiento de la acción de protección, su más efectivo acceso, efectividad, celeridad, informalidad, inclusión de todos los derechos constitucionales y de todos los legitimados activos; mientras que, el estancamiento y su retroceso implica un regreso o incluso una limitación de la garantía con respecto al amparo.

Este problema central se trata en esta investigación y en otras investigaciones doctrinales de diversos constitucionalistas ecuatorianos realizadas con diverso enfoque. La diferencia que busca aportar esta investigación es el tipo de análisis, que si bien utiliza, trasciende la teoría constitucional y se ubica y considera los datos de la realidad se pregunta en otras causas para su ineficacia. Es claro que la finalidad de toda propuesta, incluida esta es encontrar, a través de develar la realidad, el fortalecimiento y perfeccionamiento normativo e institucional de la acción de protección.

En este contexto, es importante llenarnos de razones objetivas. Algunos autores como Ramiro Ávila³³⁶ se conocen en nuestro país por su gran interés y defensa del nuevo modelo normativo de la acción de protección. Su tesis incluso antes de la reforma constitucional de 2008 ya advertía los yerros del amparo e impulsaba cambios normativos y de visión de las garantías jurisdiccionales en general y de la acción de protección en particular para lograr su perfeccionamiento y eficacia. Ávila señala en 2007 que ciertos cambios normativos constitucionales dan como colofón el fortalecimiento de las garantías en virtud de que el nuevo modelo –constitucional de derechos- esencialmente supera el modelo liberal ya que hemos llegado al modelo del estado social de derechos o estado constitucional democrático.

El aporte de esta teoría en nuestra investigación nos permite determinar que en el estado social de derecho tiene unos alcances positivos respecto de diversos aspectos: legitimidad activa para su interposición versus a los derechos que son determinantes en la acción de protección así, se habla de que la visión del concepto de derecho subjetivo era restrictivo ya que para acceder a la protección era fundamental demostrar la titularidad del derecho, esta exigencia impedía la protección y justiciabilidad de derechos como los sociales, colectivos y difusos cuya principal característica es precisamente la

³³⁶ Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías constitucionales: Restricción o fortalecimiento”, *Aportes Andinos*, n.º 18 (2007), <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/868>.

multiplicidad de sujetos destinatarios del derecho.³³⁷ En este contexto el autor indicará el tratamiento jurídico que deben tener los derechos fundamentales que superan la tradicional noción de derecho subjetivo. El autor añade lo siguiente:

El concepto de derecho fundamental, a diferencia del derecho subjetivo, no tiene la estructura de una norma hipotética (hipótesis de hecho y una consecuencia que normalmente era una sanción, impuesta por un juez). Los derechos fundamentales son normas éticas. Las normas establecen un fin a realizarse. El obligado, el contenido de la obligación y la limitación del derecho y la forma de cumplir con la obligación, no están y no podrían estar contempladas en la norma. El juez es creador.

Es innegable el avance constitucional en cuanto a la regulación de las garantías constitucionales en la Constitución de 2008 que además de incluir nuevas garantías regula sus principales características. Así también encontramos claras determinaciones normativas que establecen la justiciabilidad de todos los derechos constitucionales. A pesar de estos avances positivos que hacen justiciables derechos económicos sociales y culturales, y cuyo alcance compartimos, parece también importante resaltar que esto no hace que la teoría de los derechos subjetivos se deseche ya que constitucionalmente se reconocen otros derechos que no comparten las características de los colectivos, difusos, culturales, etc. y que también son constitucionalmente importantes y protegidos.

Es innegable el avance constitucional en cuanto a la regulación de las garantías constitucionales en la Constitución de 2008 que además de incluir nuevas garantías regula sus principales características. Así también encontramos claras determinaciones normativas que establecen la justiciabilidad de todos los derechos constitucionales. A pesar de estos avances positivos que hacen justiciables derechos económicos sociales y culturales, y cuyo alcance compartimos, parece también importante resaltar que esto no hace que la teoría de los derechos subjetivos se deseche ya que constitucionalmente se reconocen otros derechos que no comparten las características de los colectivos, difusos, culturales, etc. y que también son constitucionalmente importantes y protegidos.

El autor indica que las garantías constitucionales como el amparo reconocido en la Constitución de 1998, preservan y responden a este modelo liberal de estado debido que la Corte Constitucional no ejercía sus competencias de control y de resolución de garantías de manera independiente del órgano judicial ni del órgano legislativo. Así, el órgano que decide las garantías es la Corte Constitucional que en su momento estaba

³³⁷ *Ibíd.*, 7.

sometida al poder legislativo en cuanto a su conformación institucional, competencias, estabilidad, independencia.³³⁸ En este contexto, el juez tiene un papel limitado de “aplicar reglas jurídicas pre-determinadas a los casos concretos –de constitucionalidad abstracta o de amparo-, y en cuya elaboración el propio juez no cumple ningún papel”.

Así, el papel de un juez en el nuevo modelo constitucional de derechos será activo, independiente, y está por sobre la justicia ordinaria.

Otro de los cuestionamientos de Ávila al estado de derecho liberal es que los jueces que resuelven, en primera instancia, las garantías como la acción de protección, “son los jueces que, como tarea principal, resuelven temas propios del modelo liberal: asuntos civiles, penales y administrativos”. Pareciera que el autor identifica las materias civiles, penales y administrativas como propias de un estado liberal y no de uno social de derechos. Apreciación inexacta a nuestro criterio, ya que sin importar el tipo de estado que rijan, las áreas del derecho no pueden desaparecer. Sin embargo, lo que es adecuado es cuestionar la importancia y especialidad de la justicia constitucional frente a la ordinaria.

Curiosamente el profesor Ávila indicará que son obstáculos para fortalecer las garantías que el juez sea ordinario y no especializado:

*La formación, experiencia y aplicación del derecho de un juez que aplica la ley como principal fuente del derecho, que interpreta las normas de acuerdo al Código Civil y Código Penal y que simplemente deduce la solución del caso de la hipótesis de la ley, no es suficiente para solucionar los conflictos jurídicos con relevancia constitucional. En otras palabras, el juez de primera instancia no tiene el tiempo ni el perfil profesional adecuado.*³³⁹

Compartimos el planteamiento realizado por el profesor en la medida en que la experiencia de esos 10 años de vigencia de la Constitución de 2008 determina que los jueces ordinarios no han cambiado su cultura constitucional y siguen dando mayor importancia a las formalidades de la ley (requisitos de admisibilidad) frente a los derechos.³⁴⁰

³³⁸ *Ibíd.*, 7 y 8.

³³⁹ *Ibíd.*; énfasis añadido.

³⁴⁰ Ver Capítulo II.

2. Evaluación legislativa del diseño procesal de la acción de protección. Consecuencias normativas del desarrollo histórico

2.1 Acerca de las características y el procedimiento de la acción de protección

El objeto de protección de la garantía: Contrariamente a lo que se indicaba en 1998, la Constitución de 2008 establece que la acción de protección tiene por objeto, el amparo o la protección directa y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.

Se entiende que la disposición constitucional se refiere a todos los derechos no únicamente a aquellos derechos subjetivos. Más aún, el artículo 11.1 de la Constitución aclara que los derechos constitucionales se pueden ejercer, promover y exigir en forma individual o colectiva.³⁴¹

En este contexto, el tipo de derechos y la ampliación de la legitimación activa están íntimamente relacionados. Los derechos en la acción de protección pueden ser exigidos tanto por el perjudicado como por quién no lo es, por tanto los derechos colectivos, difusos, etc. son justiciables. Este es un claro avance normativo en la regulación de la acción de protección ya que en el amparo era una exigencia que el afectado justifique su derecho vulnerado (teoría del derecho subjetivo).

Así la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional indica lo siguiente respecto a la legitimación activa:

- Art. 9. Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:
- a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará *por sí misma* o a través de representante o apoderado; y,
 - b) Por el Defensor del Pueblo.

Es más, la referida ley incorpora a las víctimas indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño.

Por tanto, los límites del amparo han sido claramente superados en la normativa ya que los para ser legitimado activo derechos colectivos, difusos y colectivos, en el

³⁴¹ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 11.

amparo se requería un representante legitimado de la colectividad y demostrar que el acto vulneratorio de derechos afectara al grupo.

Por su parte, conforme lo indicado por Ávila en los derechos difusos, solo procedía el amparo cuando existía una vulneración al derecho al medio ambiente sano y no respecto de los otros derechos.

En conclusión la legitimación activa así como la protección de ciertos derechos constitucionales era restringida.

Es indispensable retomar estos temas que nos permitan concluir en qué medida los límites del amparo fueron superados a través de la nueva concepción de la naturaleza jurídica, estructura y procedimiento de la acción de protección.

Las características del procedimiento de la acción de protección han sido determinadas constitucionalmente y son la informalidad, la agilidad, la oralidad estas características resultan secundarias si los criterios de admisibilidad y procedibilidad no son claramente diferenciado. El primer paso para conseguir la eficacia de la garantía está entonces en garantizar el acceso a la justicia constitucional para lo cual el criterio adecuado del juez será analizar los requisitos de admisibilidad dentro de las características constitucionales atribuidas a esta garantía como es la informalidad y especialmente.

El artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional vigente indica que la persona accionante debe demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia. Por tanto el alcance de la actividad del legitimado activo respecto de la prueba es demostrar la existencia del acto u omisión vulneratorio de derechos constitucionales.

2.2. La prueba de los hechos en la acción de protección vs. la demostración de la existencia del acto

El artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional vigente indica que la persona accionante debe demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia. Por tanto el alcance de la actividad del legitimado activo respecto de la prueba es demostrar la existencia del acto u omisión vulneratorio de derechos constitucionales.

Por el contrario en el amparo no se reguló legalmente el tema de la prueba que quedó librado a la jurisprudencia constitucional que como hemos indicado buscaba formalizar la admisibilidad del amparo al establecer un alcance formalista a los dos

requisitos: demostrar la *existencia del acto ilegítimo* y cuándo el *daño* puede considerarse *grave e inminente*.

Las interpretaciones son restrictivas porque como se indicó se interpretó como daño inminente aquel no ocurrido en el tiempo, dejando por fuera el daño consumado, el daño eventual. Además se determinará que la inminencia del daño se pierde por el paso del tiempo así el tiempo de interposición de la acción será otra limitante para interponer el amparo.

El Tribunal también debió desarrollar lo que se debía entender por daño grave y lo hizo también con criterios siguientes: efecto grande, cuantioso o casi permanente.

Así resultaba obvio que analizando la jurisprudencia constitucional la acción de protección no incluía todas las violaciones de derechos sino únicamente aquellas que se adecuan a las exigencias jurisprudenciales indicadas lo cual dejaba en la indefensión los derechos constitucionales al no existir otros procedimientos constitucionales que los tutelara. Incluso en la primera etapa de admisibilidad de la garantía.

La prueba en el amparo requería la demostración de que el acto u omisión vulneran derechos constitucionales, sin embargo al caracterizar esta garantía como cautelar se desconocía la importancia de los hechos y por tanto de la fase probatoria. De allí que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se advierta un interés mínimo por la prueba.³⁴²

Por su parte, la prueba en la acción de protección se regula adecuadamente y su importancia es tal que el procedimiento y la prueba son desarrollados a nivel constitucional. La Constitución incluye un efecto importante cuando el estado no demuestre o no suministre información en el caso: 1) Se presumen ciertos los fundamentos alegados por la parte –se invierte la carga de la prueba.³⁴³

³⁴² Como lo demuestran las sentencias del Tribunal Constitucional.

³⁴³ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 86, art. 3: “Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”.

2.3 Informalidad

Procedimiento de la acción de protección frente al procedimiento del amparo

La Constitución de 2008 indica que el sistema procesal es un medio para alcanzar la justicia.³⁴⁴ Su carácter instrumental es evidente; sin embargo, la importancia de los procedimientos no puede ser desconocida y especialmente en garantías como la acción de protección en la que la urgencia de la resolución de los casos —por la importancia de los derechos vulnerados o amenazados— es trascendental para la efectiva protección de derecho.

Tanto es así que, el procedimiento puede ser tan determinante que permitirá el acceso o no a una garantía y por tanto a la justicia constitucional. Un procedimiento largo, engorroso y que no es claro en sus causales de admisión y de procedibilidad tampoco cumple con el principio de legalidad y no brinda a su vez seguridad jurídica.

Respecto del procedimiento se denunciaban constantemente algunos errores, límites y obstáculos, entre ellas, que se calificaba por cuestiones de forma, sin consideración a los hechos o a la violación que se hace referencia. Y respecto de la citación y la audiencia Ramiro Ávila manifestó que:

La citación suele hacerla el propio interesado en la causa. En la audiencia pública no cabe, salvo discrecionalidad del juez, el derecho a la réplica; muchas veces no se encuentra el juez presente. El trámite suele durar, como todo procedimiento en el Ecuador, más tiempo del previsto en la Constitución y la ley. El trámite y la sacralidad de las formas es tan importante que el archivo suele ser una prioridad.³⁴⁵

2.4 Alcance de los requisitos formales y de admisibilidad

En la acción de protección los requisitos formales de admisibilidad fueron radicalmente reducidos y desformalizados, tanto es así que la misma Constitución e n su artículo 86.2 establece las características del procedimiento de las garantías:

- a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.

³⁴⁴ *Ibíd.*, art. 169: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia [...] No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

³⁴⁵ Ávila Santamaría, “Las garantías constitucionales”.

- b) Podrá ser propuesto oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. Nos será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.

Mientras que, en el amparo se exigía, so pena de inadmisión los siguientes requisitos: juramento de no haber presentado otra demanda, patrocinio de abogado, y que sea por escrito.

El amparo exigía la solemnidad de declarar el no haber interpuesto otro amparo con el mismo objeto, esta solemnidad no debería ser sustancial, como indicaba Ramiro Ávila en su estudio de 2007. En este contexto la actual acción de protección también se enuncia este requisito en la demanda que busca que no existan resoluciones diferentes respecto de un mismo caso. La LOGJCC indica con claridad el carácter no sustancial de este requisito formal tanto que puede solventarse en la primera audiencia.³⁴⁶

El amparo o la acción de protección en nuestro ordenamiento jurídico no proceden en caso de que el acto administrativo es de carácter general ni una sentencia, para estas vulneraciones de la Constitución se han establecido procedimientos específicos con la acción de inconstitucionalidad en el primer caso y la acción extraordinaria de protección en el segundo caso.

2.5. Alcance de los requisitos de fondo y de procedibilidad

Como hemos analizado, según la Corte Constitucional ecuatoriana, las causales de improcedencia de la acción de protección están reguladas en el artículo 42 numerales 1 a 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; mientras que, para la Corte son causales de inadmisibilidad las que se encuentran en los numerales 6 y 7, en los requisitos de la demanda y en los artículos 40.1 y 2 de la ley.

Por su parte el amparo no procedía en decisiones judiciales, legalidad del acto y derechos protegidos por otras garantías, actos de carácter general, de naturaleza contractual –todos se mantienen en la actualidad y además los actos de gobierno.³⁴⁷

³⁴⁶ Ecuador *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 10, num. 6. “Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía podrá subsanarse en la primera audiencia”.

³⁴⁷ *Ibíd.* “Art. 46.- El *recurso* de amparo tiene por objeto la *tutela judicial efectiva de los derechos* consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de *acto ilegítimo* de autoridad de la administración pública que *haya causado, cause o pueda causar un daño inminente*, a más de *grave e irreparable*”; énfasis añadido.

Agilidad

La agilidad como característica del procedimiento de la acción de protección y de cualquier garantía tiene directa relación y fundamento en la urgencia de superar la situación de posible vulneración de derechos constitucionales.

Legitimación activa ampliada

Nuestra Constitución da la debida importancia a los derechos constitucionales al ubicar su protección como una de las responsabilidades más importantes del Estado, su razón de ser será la defensa de los derechos.

Así el artículo 11. 9 de la Constitución que establece los principios de aplicación de los derechos e indica lo siguiente:

*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*³⁴⁸

La protección de los derechos constitucionales es la principal y más importante de todas la responsabilidad del Estado por tanto supera el ámbito privado y no se agota en el justo interés subjetivo de su titular de derechos desde la óptica subjetiva. De allí la importancia de la existencia de mecanismos adecuados, particularmente jurisdiccionales, para cumplir a cabalidad con esta responsabilidad.

El legitimado activo es quien da a conocer la vulneración de los derechos constitucionales a una autoridad, luego de esto, la responsabilidad por restablecer los derechos es del Estado. Tan prioritarios son los derechos constitucionales en nuestra norma suprema que la misma ha establecido un artículo referido a una legitimación activa ampliada, tanto en el art. 11.1³⁴⁹ como en el artículo 439.³⁵⁰ La idea es democratizar el

³⁴⁸ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 11, num. 9; énfasis añadido.

³⁴⁹ *Ibíd.*, art. 11, num. 1: “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”.

³⁵⁰ *Ibíd.*, art. 439: “Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente.” Ver también, Convención Americana de Derechos Humanos, “Sección 3. Competencia. Artículo 44.- Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.”

acceso a las garantías como un medio para alcanzar la protección de los derechos constitucionales.

El amparo establecía una legitimación activa mucho más restringida. Textualmente la Ley de Control Constitucional indicaba:

Art. 48.- Podrán interponer el recurso de amparo, tanto *el ofendido como el perjudicado, por sí mismos, por intermedio de apoderado o a través de agente oficioso* que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique posteriormente su decisión en el término de tres días, el Defensor del Pueblo, sus adjuntos y comisionados en los casos señalados en la Constitución y la ley o cualquier persona, natural o jurídica, cuando se trata de la protección del medio ambiente.

2.6. Naturaleza jurídica de la acción de protección frente a la del amparo

Este es un tema debatible en la medida en que la mayoría de los autores indican que el amparo era meramente cautelar sin embargo, como hemos determinado no siempre era así y fue más bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que le dio este alcance.

Se ha indicado que el amparo es cautelar debido al alcance de las medidas que puede dictar el juez y el objetivo de la garantía. Hablamos pues de medidas de carácter preventivo que no son definitivas y solo dan un remedio provisional para prevenir –evitar- o cesar temporalmente la violación de un derecho humano.³⁵¹ No puede por tanto anular sino únicamente suspende el acto que vulnera el derecho constitucional.

Sin embargo hemos encontrado algunas sentencias del Tribunal Constitucional que indican precisamente la reparación del derecho.³⁵²

2.7 Competencia de la acción de protección frente al amparo

La acción de protección es conocida en primera instancia por los jueces ordinarios y en apelación por las cortes provinciales. Así lo establece el artículo 88.2. “Será competente la jueza o juez del lugar en el que origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos [...]”. La competencia de primera instancia continúa en manos de los jueces ordinarios pero de cualquier materia, no es reservada a los civiles, las Cortes

³⁵¹ Art. 46. “y se interpondrá para requerir la *adopción de medidas urgentes*, destinadas a *cesar la lesión o evitar el peligro* de los bienes protegidos. [...] También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior”.

Superiores, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, como en el caso del amparo.

Como se conoce, el amparo podía ser conocido solo excepcionalmente, fuera de los días y horas hábiles por los juzgados y tribunales penales.³⁵³

Finalidad de las garantías: Reparación integral:

En la acción de protección es claro que una vez declarada la vulneración del derecho procede su finalidad principal que es la reparación integral del derecho y por tanto se autoriza la emisión de medidas consecuentes con ello. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitución indica los tipos de reparación integral en el artículo 18.³⁵⁴

Por su parte, la resolución del caso en el amparo se limitaba a conceder o no el mismo sin indicar las medidas de reparación tan detalladas como las hoy desarrolladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Tal vez por esta brevedad en la determinación de la resolución por parte del juez es que se dice que la única orden del juez de garantías en las sentencias del amparo era la de suspender definitivamente el acto.

Al respecto, es importante indicar que en muchos casos esta suspensión definitiva ya implicaba una reparación principal pretendida por el accionante, por tanto las limitaciones eran relativas y dependían de los casos.

Esta apreciación sobre el alcance de las sentencias de amparo son parcialmente correctas conforme se demuestra en el capítulo dos de esta investigación en la cual se evidencia que las sentencias de apelación del amparo concedidas por el entonces Tribunal Constitucional si otorgaban medidas de reparación, aunque por supuesto, no bajo el amplio alcance y tipología de los establecidos posteriormente en la Constitución

³⁵³ Ecuador, *Ley Orgánica del Control Constitucional*, R-22-058, Registro Oficial 280, 8 de marzo de 2001. “Art. 47.- Son competentes para conocer y resolver el recurso de amparo, cualquiera de *los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial* en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos.

También podrá interponerse el recurso *ante juez o tribunal de lo penal, en días feriados o fuera del horario de atención de juzgados y tribunales, o en circunstancias excepcionales*, que deberán ser invocadas por el solicitante y calificadas por dicho juez o tribunal, en los cuales radicaré entonces la competencia privativa de la causa.

En ningún caso habrá inhibición del juez o tribunal ante el cual se interponga el amparo, salvo cuando entre éstos y el peticionante existan incompatibilidades de parentesco u otras señaladas en la ley”.

ecuatoriana y que son claras importaciones del sistema americano de protección de derechos humanos.

La Ley de Control Constitucional regulaba en su artículo 51 que el juez que admite el recurso de amparo “debía ordenar la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado, sin perjuicio de las que se hayan adoptado en forma preventiva (o cautelar)”.

Está claro que el amparo normativamente establecía una obligación judicial de prever las medidas reparatorias necesarias para remediar el daño (producido) o las medidas para evitarlo. Pero las responsabilidades judiciales no se quedaban allí, incluyen la adopción de medidas preventivas que hoy bajo la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional son solo una facultad de los actores dentro de la acción de protección a través de las medidas cautelares.³⁵⁵

Este artículo puede evidenciar que la naturaleza jurídica cautelar asignada al amparo no fue la intención del legislador ya que además de medidas provisionales el juez debía declarar medidas propiamente reparatorias.

Se indica además que si el recurso no es concedido el juez revoca las medidas preventivas y la suspensión provisional de actos que pudo haber ordenado.

3. En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción de protección

La naturaleza jurídica de la acción de protección vigente en nuestra legislación es sin lugar a duda autónoma, de conocimiento, tutelar y reparatoria por tanto no es subsidiaria ni residual, aunque el alcance que le ha dado la práctica judicial constitucional ecuatoriana sea el contrario.

Si bien el debate doctrinal es extenso, los fundamentos para esta conclusión definitiva se sustentan en las siguientes ideas: 1) se debe diferenciar conceptualmente el alcance de cada término. 2) Se debe verificar los resultados de la aplicación de la comprensión que sobre estos términos tienen los jueces de garantías.

³⁵⁵ Ecuador *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales, Capítulo I, Normas comunes: “Art. 10.- Contenido de la demanda de garantía. [...] 7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.”

3.1. Subsidiariedad, residualidad y autonomía

La diferencia entre los términos residual, subsidiario y autónomo para determinar el alcance de la naturaleza jurídica de la acción de protección ha sido también un tema de debate³⁵⁶ sobre el que, en nuestro país, poco a poco se van dando consensos. Es indudable la existencia de concretas y patentes diferencias terminológicas sobre el contenido o significado de cada término que trascienden a la práctica judicial y a la eficacia de la garantía.

En concreto sus contenidos mínimos se reducen a los siguientes:

Término	Residual	Subsidiario	Autónomo
Contenido	Condición de procedencia es el agotamiento de todas las vías ordinarias	Condición de procedencia sujeta a la demostración de ser la única vía adecuada y eficaz de protección derechos.	Su procedibilidad no está sujeta a ninguna demostración: ni agotamiento de las vías ordinarias, ni demostración de existencia de otras vías ordinarias.

Fuente y elaboración propias

Esto implica que el acto administrativo violatorio de derechos constitucionales no puede ser impugnado en la vía contencioso-administrativa porque el derecho que se vulneró es de rango constitucional y no legal por tanto también la sentencia del juez de la acción de protección se enfoca en otro objetivo diferente del objetivo del juez ordinario.

Aunque, según Ramiro Ávila, la naturaleza jurídica del amparo era residual ya que a su criterio la administración de justicia provee de recursos ordinarios para la solución de los casos: contencioso administrativo, penal, civil, laboral, cautelar. Otros autores³⁵⁷ profundizaron más en su alcance y advirtieron que el amparo no era residual

³⁵⁶ La doctrina y la jurisprudencia ha sido fluctuante. Ver Rafael Oyarte, Ismael Quintana —quien trata los términos y sus consecuencias con mayor precisión—, Valle, entre otros. Y las sentencias S028-10-SEP-CC, Registro Oficial 290, 30 de septiembre de 2010.

³⁵⁷ Ver Oyarte, *El amparo constitucional*.

3.2. Tutelar y reparatoria

Como hemos indicado, un proceso cautelar no tiene como finalidad la declaración de la vulneración del derecho y sin declaración de la vulneración del derecho tampoco cabe reparación integral. Estas dos características están por tanto íntimamente relacionadas. De allí la importancia de diferenciar los procesos declarativos de los procesos de conocimiento y por tanto preparatorias.

Con la misma lógica de lo enunciado en el título precedente se puede indicar que en virtud de la existencia de sentencias que si resolvían cierto nivel, aunque sea nimio de reparación, como es que las cosas vuelvan al estado anterior o lo que hoy se conoce como *restitutio in integrum* o restablecimiento a la situación anterior.

Art. 18.- Reparación integral.- En caso de *declararse la vulneración de derechos* se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y *que se restablezca a la situación anterior a la violación*.³⁵⁸

Por su parte, con una visión restrictiva del amparo el Tribunal Constitucional declaraba.³⁵⁹

Resulta improcedente la petición de indemnizaciones mediante acción de amparo, pues, por una parte, vista su naturaleza cautelar, no pueden realizar este tipo de determinaciones en esta sede.

En efecto, esta limitación y desacierto jurisprudencial, que de alguna manera se sigue manteniendo respecto de la determinación de la reparación económica,³⁶⁰ tiene consecuencias graves en la eficacia del amparo como garantía constitucional de protección de derechos ya que justamente impedía la ejecución de su finalidad de defensa de los derechos. La defensa y garantía de derechos tiene sentido cuando los mismos

³⁵⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 18; énfasis añadido.

³⁵⁹ Ecuador, Tribunal Constitucional, Tercera Sala, *Resolución n.º 0334-2003-RA*, citado en Oyarte, *El amparo constitucional*, 51.

³⁶⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 19: “Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes”.

vuelven al estado de pleno goce. Tanto así que la LOGCC establece con claridad que la finalidad de las garantías es la declaración de la vulneración del derecho como su reparación integral. Si la garantía no cumple con su finalidad, no tiene eficacia.

El cumplimiento de la garantía tiene una importancia central luego de la emisión de la sentencia. El objetivo tutelar no consigue su finalidad si no se ejecuta la sentencia.

En el amparo, la Ley de Control Constitucional disponía que era el juez el responsable de la ejecución de la sentencia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en virtud de que según la Constitución de 1998 tenía la facultad de emitir resoluciones e interpretaciones regulatorias de los procesos como el amparo, las mismas generalmente eran restrictivas y concentradoras de poder para los órganos de la función judicial, en una de sus resoluciones que regulan en incumplimiento de sentencias es la Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º 3 interpretativa de los artículos 55 y 58 de la Ley de Control Constitucional, Registro Oficial 693, de 29 de octubre de 2002.³⁶¹ Los criterios interpretativos de la Corte Suprema fueron desastrosos respecto de la efectividad de la garantía ya que remitían los efectos del incumplimiento a la competencia de los jueces civiles —daños y perjuicios— y penales —investigación penal sobre el hecho y los responsables—, lo cual claramente “ordinarizaba” a esta garantía y la tornaba absolutamente ineficaz ya que dependía, para su ejecución, de vías ordinarias. Más aún la Corte Suprema manifiesta la imposibilidad de que se pueda destituir a un funcionario público debido a que lo incumplido no es una sentencia sino una resolución.

En este punto lo más grave fue que el mensaje de la Corte Suprema era restar de fuerza obligatoria a las resoluciones de los jueces que conocían el amparo.

Estas graves restricciones que terminaron por restarle eficacia real al amparo fueron superadas en la Constitución de 2008 que incluye dentro de las disposiciones comunes a las garantías jurisdiccionales la advertencia siguiente:

Art. 86. 4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.³⁶²

Si bien el amparo, por la falta de mecanismos para dotarle de fuerza ejecutiva no era eficaz, la actual acción de protección tampoco lo es pues, a pesar de la existencia de

³⁶¹ Oyarte, *El amparo constitucional*, 220.

³⁶² Este artículo guarda relación con el contenido del artículo 22 de la LOGJCC que indica las consecuencias de las violaciones procesales o incumplimiento de las sentencias o acuerdo reparatorio.

la disposición constitucional transcrita, se creó vía jurisprudencial, una garantía que es la acción de incumplimiento. La creación jurisprudencial de la acción de cumplimiento de sentencias y la admisión de acciones extraordinarias de protección sobre sentencias de acciones de protección, como hemos estudiado, finalmente impide la eficacia de la garantía al menos respecto del tiempo de resolución.

Hay otras características de la acción del amparo que son afectadas por la acción extraordinaria de protección, una de ellas la falta de agilidad, informalidad, oralidad debido a que una garantía constitucional con características propias como la acción de protección está sometida a la resolución de una garantía con características radicalmente diferentes como la acción extraordinaria de protección que es mucho más formal. Esto ha afectado también a su naturaleza jurídica que es el tema que pasaremos a desarrollar a continuación.

Es fundamental reflexionar sobre los efectos que la admisibilidad de la acción extraordinaria sobre acciones de protección está teniendo en la acción de protección. Las afectaciones por las cuales es indispensable reflexionar sobre los efectos que esta sinergia o contradicción que se ha generado:

1) A nivel constitucional se indicó textualmente el procedimiento de las garantías, entre ellas la acción de protección, y entre las etapas procesales no consta la acción extraordinaria de protección, sino que en su lugar ha indicado que para unificar la diversidad de criterios de los jueces de instancia que conocen acciones de protección está la selección y revisión que es competencia de la Corte Constitucional. La aceptación de estas acciones ha dado precisamente como consecuencia que la tarea de selección y revisión sea sustituida por la acción extraordinaria de protección que como conocemos tiene finalidades diferentes y una principal como es la protección de derechos constitucionales vulnerados en procesos judiciales.

2) Habrá confrontación respecto de la finalidad de la acción de protección en cuanto aquella tiene por objetivo generar una protección eficaz y por tanto incuestionable, firme y oportuna de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados; mientras que, si se admite una acción extraordinaria de protección esto no sucede.

3) Existe confrontación entre garantías ya que a pesar de que tienen diferente objeto, pueden llegar a actuar sobre el mismo: la acción extraordinaria no puede ser utilizada como un recurso, y la acción de protección ya tiene un recurso de apelación ante la Corte Provincial. Esto podría dar lugar si se admite inadecuadamente la acción extraordinaria. Así si el juez constitucional admite la acción extraordinaria sobre

sentencias de acción de protección puede llegar a cambiar la sentencia de acción de protección.

Adicionalmente, se debe resaltar que la eficacia de la acción de protección solo podrá ser una realidad si el órgano jurisdiccional que decide respeta los principios de la administración de justicia indicados en la Constitución.³⁶³ Especialmente los principios de independencia interna y externa, imparcialidad, supremacía constitucional, y de los principios del sistema procesal:³⁶⁴ simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal. En este contexto, los jueces también deberán observar que el mandato constitucional les impone el criterio de que el acceso a la justicia constitucional, léase protección de derechos constitucionales son más importantes que las formalidades que son solo instrumentales.

El respeto de los principios de la administración de justicia, permitirán que la finalidad de las garantías, limitar el poder y eliminar los actos arbitrarios del poder público que vulneran derechos constitucionales sean efectivamente controlados. Esto debido a que la independencia judicial busca precisamente que otros poderes tanto internos –dentro de la función judicial- como externos, -fuera de ella- no influya en la toma de decisiones judiciales. Esta consagración trae consigo no solo el respeto a la división de poderes y el respeto de competencias de un órgano que no es político como la función judicial; sino, la posibilidad de que precisamente el órgano que puede controlar los actos ilegales o inconstitucionales de los otros pueda actuar y hacerlo con libertad.

Otro principio que está –especialmente en la acción de protección– relacionado con la independencia es la imparcialidad. La imparcialidad es una actitud ética del juez exigido con relación de los sujetos procesales (juez y partes del proceso). Decimos está relacionado con el principio de independencia externa cuando en la acción de protección

³⁶³ Ecuador, *Constitución de 2008*: “Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley. 2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera. 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. 4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales. 5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley. 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”

³⁶⁴ *Ibíd.*, art. 169.- “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

son parte procesal del amparo precisamente las autoridades de otras funciones del Estado como la función ejecutiva cuando sus actos u omisiones vulneran derechos constitucionales.

Mediante el conocimiento de la acción de protección los jueces constitucionales de primera instancia o las cortes provinciales en apelación, están por sobre los poderes del estado al tener la autoridad de controlar sus actos pero para declarar la vulneración están sometidos a la Constitución y la ley. En este contexto, y solo bajo el cumplimiento de estos principios ningún poder está por sobre la Constitución: ni funcionarios públicos (controlados) ni jueces (controladores).

La politización de la administración de justicia sería el peor escenario para la vigencia y efectividad del Estado Constitucional, y especialmente para la vigencia y respeto de los derechos constitucionales. Su efecto sería tan grave como la anulación de la administración de justicia constitucional y por tanto la eliminación del control de los actos del poder público.

Especialidad de los jueces constitucionales

Posiblemente uno de los errores más graves de la Constitución de 2008 fue mantener la competencia de conocer y resolver la acción de protección en los jueces —ahora no solo civiles y penales— sino de las diversas materias. Cada vez es más urgente y por diversas razones la implementación de juzgados constitucionales de tiempo completo de primera y segunda instancia en las cabeceras cantonales.

Aplicación de bases teóricas y criterios de efectividad del estudio cualitativo y cuantitativo de sentencias de acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acciones de protección: 2008-2018

Las consecuencias más inmediatas de la acción extraordinaria de protección sobre las sentencias de acción de protección se relacionan con: 1) El tiempo de la resolución del caso y por tanto con la característica de la agilidad; 2) La recentralización de la acción de protección, este efecto se da debido a que esta garantía es constitucionalmente competencia de la Corte Constitucional; 3) El acceso efectivo a la justicia constitucional y el cumplimiento de la sentencia constitucional; 4) El desorden respecto de la jurisprudencia aplicable a las garantías y el evadir la vía de selección y revisión para formar la jurisprudencia en materia de garantías.

Tema de mera legalidad vs. constitucionalidad

Este asunto inconcluso y poco desarrollado tanto por la academia como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana es la parte central del problema de procedibilidad que genera la acción de protección. Catalogar un caso como de relevancia constitucional no es simple, sin embargo, la diversidad casuística y la complejidad de algunos de ellos es insuperable sin un profundo compromiso judicial y legislativo por desentrañar el tema.

La pregunta central es cómo determinar qué aspectos de cada derecho permiten distinguir el ámbito constitucional del legal. Al respecto, es indispensable el desarrollo de criterios jurisprudenciales que luego informen a una reforma legal urgente.

Al respecto se pueden considerar algunas teorías que si bien no acercan a una posible solución no son siempre definitivas por cuanto no abarcan todos los casos y por tanto deben tenerse como criterios guías:

1) El contenido mínimo o esencial de los derechos constitucionales

Este contenido mínimo de los derechos constitucionales es una obligación no solo del legislador o de la autoridad con competencia de emitir disposiciones normativas de carácter general sino además del funcionario público que emite actos administrativos de carácter particular. Esta última afirmación la obtenemos de los mandatos constitucionales que indican que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.³⁶⁵ Igualmente el artículo 424 de la Constitución establece que tanto las normas como los actos del poder público deben respetar el texto constitucional caso contrario el efecto es la ineficacia jurídica.³⁶⁶ Adicionalmente, el artículo 11. 4 de la Constitución establece la prohibición de restricción normativa y la supremacía constitucional como su fundamento, así ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. En este contexto, tanto los actos administrativos en general como los actos administrativos normativos están sometidos a los derechos constitucionales y su contenido esencial no puede ser limitado en ninguna circunstancia.³⁶⁷ Por tanto, este contenido esencial hace parte de la fuerza

³⁶⁵ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 426.

³⁶⁶ *Ibíd.*, art. 424.

³⁶⁷ Klaus Stern, "El sistema de los derechos fundamentales en la república federal de Alemania", accedido el 11 de junio de 2019,

normativa de la constitución y una de sus formas de eficacia: norma de aplicación directa. La acción de protección se instituye como un mecanismo para lograr la efectividad de la Constitución así como lo es el control constitucional de los actos normativos.

Será en este contexto que el juez de garantías ecuatoriano debe descubrir el derecho constitucional y su contenido esencial en cada caso.

2) *Distinción en el caso específico de la afectación directa o indirecta de los derechos constitucionales*

Esta teoría entenderá que es necesaria una acción de protección y por tanto un mecanismo de protección directo cuando también la vulneración de derechos constitucionales es directa, no indirecta. Esta aclaración es importante debido a que una de las características del ordenamiento jurídico es precisamente su unidad y coherencia con la Constitución. Por ello, difícil será encontrar un derecho ordinario que no esté relacionado con los derechos constitucionales. Por tanto, cuando se afecta un derecho constitucional se afecta la integralidad de relaciones de ese derecho con otros derechos ordinarios que por tanto si tienen mecanismos de protección en la justicia ordinaria. En virtud de la determinación del nivel de violación del derecho constitucional: violación directa o violación indirecta de derechos constitucionales, esta teoría propondría la necesidad de utilizar un adjetivo ya desarrollado por el Tribunal Constitucional Ecuatoriano cuando resolvía sobre el amparo: “la gravedad”. Sin embargo, lamentablemente para esta propuesta, la flexibilidad con la que se mueve este criterio da poca seguridad jurídica a los administrados pero justifica el actuar de la jurisprudencia y la justicia constitucional que a través de su jurisprudencia. Ahora un cuestionamiento claro a esta posibilidad teórica es aceptar que exista una gravedad en el nivel de vulneración de derechos constitucionales que no queda protegida y nos puede llevar por un camino de subjetividades.

<file:///C:/Users/Dr.%20Rojas/Desktop/Tesis/Bibliograf%C3%ADa/Bibliograf%C3%ADa/Karl%20Stern-ElSistemaDeLosDerechosFundamentalesEnLaRepublicaFe-1048054.pdf>. Así lo ha considerado también el Tribunal Federal Alemán que es descrito claramente por “Junto al carácter jurídico-subjetivo, tal y como ya se ha apuntado, es posible extraer también de los preceptos en que se contienen los derechos fundamentales contenidos de derecho objetivo y principios de carácter valorativo. En 1975, el Tribunal Constitucional Federal (Sala 1.a) pudo así formular, de modo determinante: “Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional Federal, las normas en que se plasman los derechos fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos reaccionales del individuo frente al Estado, sino que a un mismo tiempo incorporan un orden axiológico objetivo que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del Derecho, proporcionando directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia”; énfasis añadido

3) *El tipo de medidas reparatorias que pueden imponerse por parte del juez*

Para determinar que estamos ante un derecho constitucional deberemos analizar el nivel de afectación o la consecuencia que puede suponer la vulneración de un derecho constitucional. La vulneración de un derecho constitucional es siempre grave.

4) *Diferenciación entre el tipo de interpretación que realizará el juez de garantías frente a un juez ordinario*

Para resolver el caso concreto, serán diferentes las herramientas interpretativas que deba usar un juez ordinario —métodos de interpretación de la ley— que un juez constitucional —además de los métodos tradicionales— deberá utilizar los métodos especializados de interpretación de la Constitución y que constan claramente establecidos en nuestra legislación en el artículo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta postura se fundamenta en que la Constitución y la Ley se originan en órganos claramente diferenciados, el órgano constituyente en el primer caso y un órgano constituido con capacidad de emitir normas en el segundo. El juez ordinario que conoce garantías constitucionales como la acción de protección debe realizar o compartir con la Corte Constitucional la tarea de interpretar el contenido esencial de un derecho constitucional aplicado a un caso más con un efecto en el caso específico y sin el efecto general de una sentencia de la Corte Constitucional.

Estas reflexiones son los caminos para diferenciar entre derechos de rango constitucional y de rango legal al quedar en manos de los jueces ordinarios pero que conocen garantías nos plantea una interrogante central: Cuál es el alcance de las competencias que deben desempeñar los jueces de garantías el momento de determinar si se trata de un derecho constitucional o uno legal? ¿Con qué criterios y herramientas interpretativas cuenta para cumplir esta labor diferenciadora que autoriza su competencia y consiguiente resolución de un caso? ¿Cómo ha guiado a esta tarea la Corte Constitucional?

5) *Acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acción de protección*

La reflexión al respecto, parte de la naturaleza jurídica de las dos garantías que da como consecuencia la determinación de sus requisitos de procedibilidad y por tanto la posibilidad jurídica de interposición.

Como ya advertía López³⁶⁸ es necesario preguntarnos si, sobre un proceso expedito de tutela de los derechos constitucionales es posible interponer otra garantía y luego a más de la reflexión teórica encontrar las dinámicas que en el ámbito jurisdiccional tuvieron lugar y sus consecuencias en la protección de los derechos constitucionales.

El análisis de la acción extraordinaria de protección y su alcance, realizado en el capítulo anterior, puede guiar estas aproximaciones conclusivas.

Se puede colegir de todo lo analizado, la urgencia de establecer parámetros claros para la admisibilidad de la acción de protección, en lo más básico y que está referido en el art. 40. 1 de la LOGJCC: “Violación de un derecho constitucional”.

La importancia de esta determinación permite concluir cuando estamos o no ante un derecho constitucional y se abre la posibilidad de interponer una acción de protección, pero además servirá para establecer criterios claros de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección (art. 61.5 y art. 62.1 de la LOGJCC). La similitud entre las dos garantías está en que las dos protegen derechos constitucionales y sus diferencias son muy claras especialmente aquella referida al sujeto activo y el tipo de acto u omisión que origina dicha vulneración. Así, si el acto u omisión proviene de un órgano de la administración pública o su delegatario, procede una acción de protección; mientras que, si la vulneración procede de una sentencia o auto definitivo, de una autoridad judicial procede la acción extraordinaria de protección. Si bien las otras garantías también protegen derechos constitucionales, el derecho constitucional está claramente determinado (habeas corpus, habeas data, acción de acceso a la información pública). En la acción de protección y en la acción extraordinaria de protección se busca determinar si existe vulneración de un derecho constitucional y los criterios para determinar la vulneración del derecho son, por tanto, comunes a las dos garantías.

³⁶⁸ Sebastián López, *Del amparo a la acción de protección: ¿Regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales?* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2012), 78-85.

La dificultad en determinar la diferencia entre un asunto de mera legalidad y por tanto que puede ser resuelto por la justicia ordinaria, y un tema de constitucionalidad es el *quid* para el funcionamiento adecuado de la acción de protección y también de la acción extraordinaria de protección. Así, en la acción extraordinaria se observará si el asunto resuelto en la justicia ordinaria vulnera o no un derecho constitucional. Por tanto, las dos garantías requieren la intervención de la jurisprudencia constitucional para aclarar con criterio general y objetivo cuándo el acto u omisión administrativo de carácter particular —acción de protección— o judicial —acción extraordinaria de protección— vulnera un derecho constitucional.

Se hace indispensable evaluar los criterios y la pertinencia de la justicia constitucional en este tema.

Es importante señalar porque el presente estudio se ha detenido especialmente en las sentencias de acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección y la conclusión es clara, para indagar el alcance que sobre el funcionamiento de la acción de protección ha tenido la admisión de la acción extraordinaria de protección. Los resultados de este análisis dan cuenta de que la acción de protección por sí misma no da los resultados de protección eficaz esperados y que la débil actuación de la Corte Constitucional con relación a su competencia de selección y revisión han dado como consecuencia que sea la acción extraordinaria de protección la que cierre el sistema de justicia constitucional.

Otros efectos cuestionables de la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acción de protección tienen que ver con la falsa expectativa de que a través de ella —al igual de lo que sucede en la justicia ordinaria— se abre una nueva instancia para el conocimiento de la garantía lo cual va en franca contradicción con el mandato constitucional.

Como bien conocemos la Constitución de 2008 introdujo la acción extraordinaria de protección con la finalidad de controlar las actuaciones judiciales y por tanto autoriza a la Corte Constitucional a revisar las sentencias o resoluciones definitivas emitidas por los jueces. Otro procedimiento, aplicable a las garantías constitucionales, que permite revisar una sentencia de garantías es precisamente el indicado en el artículo 436. 6 de la Constitución vigente.³⁶⁹

³⁶⁹ Ecuador, *Constitución de 2008*: “Art. 436. La Corte Constitucional ejercerá además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones [...] 6. Expedir sentencias que constituyan *jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección*, cumplimiento, hábeas corpus, habeas data, acceso a la

Esto implica que la acción extraordinaria de protección se utiliza en casos de sentencias y resoluciones definitivas de la justicia ordinaria, mientras que la selección y revisión revisará e incluso podrá cambiar las sentencias de la justicia constitucional cuando la misma conoce, entre otras la acción de protección. Esta atribución de la Corte se relaciona con el numeral 5 del artículo 86 de la Constitución que indicará la obligación de los jueces de garantías de remitir sus sentencias ejecutoriadas a la Corte para el desarrollo de su jurisprudencia.³⁷⁰

Es importante recordar que la acción extraordinaria se activa a petición de parte; mientras que, la selección y revisión no, por ello la revisión de una sentencia de garantía será la excepción y el interés de la selección y revisión nace del criterio de la Corte en aplicación del artículo 25 de la LOGJCC y no de un interés del legitimado activo o pasivo de la sentencia de acción de protección que tiene directo conocimiento del caso y su pretensión. De allí la importancia de preguntarnos si es adecuado cambiar de un sistema automático de selección y revisión a uno en el que tanto las partes como cualquier persona solicite o fundamente ante la Corte Constitucional la relevancia del caso para que el mismo sea seleccionado y revisado, eso sí con criterios adecuados para realizar esta petición.

Así, por medio de de una suerte de activación abierta y amplia, se puede realizar una selección y revisión que defienda derechos constitucionales y respete el espíritu democratizador de la justicia constitucional incluido por el Constituyente de Montecristi.³⁷¹

Podemos advertir otras razones que pueden considerarse comprensibles y hasta justificables por las cuales las partes interponen una acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acciones de protección y los jueces de la Corte Constitucional las han admitido, se podría considerar que esto se debe a que los jueces que conocen esta garantía no están fallando adecuadamente ya que como es evidente en los estudios cualitativos respecto de la admisibilidad de la acción de protección, se vulnera el derecho de acceso a la justicia constitucional cuando se utilizan como criterios de admisibilidad los criterios que realmente son de procedibilidad o cuando sin fundamento jurídico alguno se declara

información pública y demás procesos constitucionales, *así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión*”; énfasis añadido.

³⁷⁰ *Ibíd.*, art. 86, num. 5: “Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.” Por su parte, el artículo 25 de la LOGJCC establece las reglas que deberán seguirse para la selección de sentencias de garantías.

³⁷¹ Ver Grijalva, *La nueva Constitución del Ecuador*.

improcedente una acción en cumplimiento haciendo una interpretación restrictiva del art. 42, num. 4.

Otra posible solución que no dé como consecuencia la acumulación exponencial de casos en la Corte Constitucional podría ser que la Corte establezca vía jurisprudencial, como criterios de selección y revisión, la existencia una patente y clara vulneración de un derecho constitucional por una sentencia de garantías. Por tanto, todas las sentencias de garantías que vulneren derechos constitucionales deben ser seleccionadas para la revisión.

Por otro lado el admitir la acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acción de protección o cambiar el marco de actuación de la revisión como se ha propuesto trae como consecuencia que los vicios de la primera se reiteren en la segunda. Así, en la acción extraordinaria de protección el tema de la defensa de la parte que resultó beneficiada con la sentencia que es cuestionada, está gravemente comprometida debido a que el juez puede escuchar su criterio más el mismo no es obligatorio. Igualmente en la selección y revisión al no existir un procedimiento judicial propiamente dicho el derecho a la defensa de quien puede resultar desfavorecido con el proceso de revisión y el cambio de la sentencia tampoco respeta el derecho al debido proceso, particularmente a la defensa.

También podemos señalar como graves conflictos respecto de la acción extraordinaria de protección y que influyen en las sentencias de garantía como es el caso de que una sentencia de garantías ya ejecutoriada pero que a través de la acción extraordinaria de protección la revoque, cuál debería ser la actuación del juez de garantías en ese caso, más aún si los jueces de la Corte Constitucional en algunas ocasiones se permitieron reformar la sentencia o anular una sentencia de apelación y ratificar una de primera instancia?

A más de estas interrogantes caben otras como las que, adecuadamente formula Ismael Quintana³⁷² y que se refieren a casos específicos de conflicto de sentencias en las que sobre un mismo caso la corte puede decidir a través de la revisión de una sentencia y emitir una sentencia contraria en la sentencia de acción extraordinaria de protección. Parecería que sobre este tema resulta indispensable incluir, por lo menos una causal de inadmisibilidad de la acción extraordinaria cuando luego de verificarlo la misma ha sido seleccionada para el proceso de revisión.

³⁷² Quintana, *La acción de protección*, 367.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha admitido 800 acciones extraordinarias de protección sobre sentencias de acciones de protección, desde 2009; por tanto, vía jurisprudencial la Corte ha resuelto un tema que aún deja muchas interrogantes y efectos prácticos negativos que deberían ser solventados a través de una reforma legal.

De las 800 sentencias se pueden encontrar variedad de criterios pero entre ellos hay casos que ameritan un análisis más profundo y que han determinado criterios relevantes por tener reglas y por tanto ser aplicables de manera general.

Entre las sentencias de acción extraordinaria de protección que dan criterio sobre las acciones de protección se encuentran las siguientes:

Tabla 22

Listado de sentencias de acciones extraordinarias sobre sentencias de acción de protección que dan criterio sobre las acciones de protección

2009	2010	2011	2013	2014	2016	2017
022-09-SEP-CC	001-10-PJO-CC	013-11-SEP-CC	006-13-SEP-CC	071-14-SEP-CC	350-16-SEP-CC	030-17-SEP-CC
	039-10-SEP-CC		003-13-SEP-CC	082-14-SEP-CC	364-16-SEP-CC	
	055-10-SEP-CC		012-13-SEP-CC	115-14-SEP-CC	382-16-SEP-CC	
	038-10-SEP-CC		044-13-SEP-CC	037-14-SEP-CC	350-16-SEP-CC	
			059-13-SEP-CC	146-14-SEP-CC	364-16-SEP-CC	
			061-13-SEP-CC	175-14-SEP-CC	382-16-SEP-CC	
			065-13-SEP-CC	025-14-SEP-CC		
			075-13-SEP-CC	098-14-SEP-CC		
			077-13-SEP-CC			
			051-13-SEP-CC			
			021-13-SEP-CC			
			096-13-SEP-CC			
			105-13-SEP-CC			
			006-13-SEP-CC			
			093-13-SEP-CC			
			102-13-SEP-CC			
			019-13-SEP-CC			
			109-13-SEP-CC			
			080-13-SEP-CC			

		102-13-SEP-CC		
--	--	---------------	--	--

Fuente y elaboración propias

Las más relevantes y de las que podemos establecer los principales cambios y secuencia de temas tenemos:

Tabla 23
Criterios emitidos por sentencias de acciones extraordinarias sobre sentencias de acción de protección

Año	Sentencia relevante para análisis	Tema relevante
2010	Sentencia No. 001-10-PJO-CC	Reglas para la solución de “antinomias jurisdiccionales”, es decir, la existencia de sentencias contradictorias en materia de garantías jurisdiccionales sobre el mismo hecho, que hacen imposible su ejecución. Solución: Se crea una causal para admitir la acción de incumplimiento sobre sentencias de garantías incumplidas por existir dos sentencias contradictorias en la misma causa. Se indican reglas para actuación de jueces en acción extraordinaria de protección.
2010	Sentencia No. 038-10-SEP-CC	Se expide a través de la sentencia de acción extraordinaria de protección una nueva sentencia que reemplaza a la sentencia de la acción de protección. En este caso la Corte se atribuye competencias de juez de garantías.
	Sentencia No. 003-13-SEP-CC	Se deja sin efecto la sentencia de apelación de la acción de protección y en lugar de pedir que se vuelva a sustanciar la apelación desde el momento de la vulneración de los derechos constitucionales, declara que no procede la apelación al determinar que la sentencia de primera instancia es la que debe ejecutarse.
	Sentencia No. 59-13- SEP-CC	Deja sin efecto una sentencia de garantía tanto de primera como de segunda instancia.
2013	Sentencia No.102-13-SEP-CC	Falta de motivación del juez para declarar la inadmisibilidad de la acción cuando la causal es de improcedencia.
2014	Sentencia 001-14-PJO-CC	Los jueces de garantías en todos los casos, tienen que verificar si existe vulneración de derechos constitucionales y no limitarse a señalar la existencia de otra vía administrativa o judicial
2014	Sentencia 115-14-SEP-CC	Indica las características de la acción de protección “i) Certeza del derecho que se busca proteger, ii) Actualidad de la conducta lesiva-atentatoria del derecho reconocido en la Constitución; y, iii) Remedio constitucional inmediato del derecho afectado.” La inmediatez es “proporcionar una respuesta urgente frente a la violación del derecho garantizado por la Constitución, por tanto la Corte Constitucional considera que el factor inmediatez hace que se proteja el bien jurídico a través de una medida judicial impostergable.” Finalmente esta sentencia desarrolla la importancia de que los jueces de garantías consideren en la admisibilidad de la acción el principio <i>pro actione</i> . Establece esta sentencia que el juez debe verificar que se afecte el contenido constitucional y no las otras dimensiones del derecho afectado. Si existe un derecho constitucional vulnerado no se puede obligar al afectado a acudir a la justicia ordinaria, cargada de formalidades, ni imponerle a carga procesal de demostrar que las vías ordinarias no son adecuadas y eficaces, pues mientras esto sucede seguramente la vulneración del derecho se consolida, se agrava y se hace irreparable.

Fuente y elaboración propias

La Corte Constitucional se ha atribuido, vía jurisprudencial y a través de sentencias de acción extraordinaria de protección, la facultad de modificar las sentencias

de garantías como las de acción de protección a tal nivel que llega a decidir sobre el fondo el caso que fue conocido por el juez de garantías.

Hay casos en los que la Corte ha modificado tanto las sentencias emitidas por el juez de primera instancia como las sentencias emitidas por los jueces de la Corte Provincial en apelación y otros en los que ha suprimido –independientemente de a quien haya favorecido la sentencia- las dos sentencias tanto de primera como de segunda instancia, sin que para ello haya permitido que las partes expongan sus argumentos y presenten prueba como debería ser en un proceso en el que se decide sobre derechos. Todo esto en franca contradicción con el espíritu constitucional y especialmente con los derechos de protección, en especial el debido proceso.

Todo esto ha generado inseguridad jurídica, violación del derecho a la defensa, al acceso a la justicia, a la apelación y ha restado eficacia a la acción de protección. La consecuencia ha sido que la acción extraordinaria de protección por ser una acción de competencia de la Corte Constitucional y sin un marco claro de regulación del procedimiento, ha adquirido una especie de estatus superior frente a las sentencias de garantías emitidas por los jueces de garantías. Es así como la Corte también ha sustituido, como hemos mencionado, a su competencia de revisión a través del conocimiento de esta garantía.

En todo caso el alcance que la Corte Constitucional, en funciones hasta 2018, dio a la acción extraordinaria de protección es censurable y los efectos se han hecho patentes también en sentencias de acciones de protección ya que la Corte ha invadido las competencias de los jueces de garantías en multiplicidad de casos y con diversos efectos en los derechos de las partes.

También se ha establecido que la Corte 2018 ha redirigido o cambiado el objeto y los sujetos a los que se dirige la acción extraordinaria para que sus sentencias afecten el objeto de la acción ordinaria.

Cambio del objeto de las garantías vía jurisprudencial

Es muy claro que a través de la acción extraordinaria de protección no se puede impugnar la sentencia con relación a los hechos que dieron lugar al proceso ordinario caso contrario estaríamos ante una nueva instancia a un recurso. Por tanto el objeto de la acción extraordinaria son los derechos constitucionales vulnerados por sentencias o resoluciones firmes judiciales, no por actos administrativos con efecto particular o actos

entre particulares. Así, el responsable de la sentencia o la resolución y quien por tanto puede haber vulnerado un derecho constitucional al sustanciar o resolver un caso es exclusivamente el juez, no un particular u otra institución pública parte en el caso que nos preocupa de la acción de protección. La Corte al aceptar una acción extraordinaria de protección no puede invadir la competencia del juez y resolver el caso sino únicamente el acto.

Este desacierto de la Corte Constitucional de 2018 es desarrollado en la Sentencia n.º 115-14-SEP-CC y en las sentencias siguientes:

En la sentencia referida la Corte manifiesta entre sus considerandos que:

La acción extraordinaria de protección tiene por objeto el aseguramiento y la efectividad de los derechos y garantías constitucionales, *evitando un perjuicio irremediable al incurrir el accionar de los jueces en una violación de las normas constitucionales*, sea por acción u omisión en una sentencia, auto o resolución, en ejercicio de su actividad jurisdiccional.

No se trata de una instancia sobrepuesta a las ya existentes, ni tampoco tiene como propósito deslegitimar la actuación de juezas y jueces, sino por lo contrario, permite emerger un sistema de justicia caracterizado por el respeto y la obediencia a las normas y principios constitucionales. De allí que la Corte Constitucional ecuatoriana, cuando conoce una acción extraordinaria de protección, no hace las veces de un tribunal de alzada; por el contrario, interviene siempre que se verifiquen indicios de violaciones a derechos reconocidos por la Constitución de la República. En otras palabras, *la Corte Constitucional ejerce un control especial en la actividad juzgadora de los jueces de la jurisdicción ordinaria, pues fiscaliza sus sentencias y autos definitivos en los que se haya violado las reglas que gobiernan el debido proceso y derechos reconocidos en la Constitución o tratados internacionales sobre derechos humanos, sin que ello signifique intromisión en la independencia del juez [...]*³⁷³

Está claro de este texto que la Corte identifica el objeto de la acción extraordinaria de protección en general; sin embargo, el momento de plantearse los problemas jurídicos no respeta el límite del objeto de la garantía que ella misma indica.

Los problemas jurídicos que la Corte plantea en esta sentencia son los siguientes:

1. La sentencia expedida por la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 1 de octubre del 2012, dentro de la acción de protección N.0 0195-2012 ¿vulnera derechos y garantías constitucionales a la seguridad social, atención prioritaria, y la garantía jurisdiccional de la acción de protección, previstos, en su orden, en los artículos 3 numeral 1, 34, 35, 36 y 169 de la Constitución de la República?³⁷⁴

El planteamiento de este problema jurídico llevará ineludiblemente a que la Corte Constitucional resuelva la pretensión del legitimado activo de la acción de protección.

³⁷³ Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 115-14-SEP-CC*.

³⁷⁴ *Ibíd.*

Esta competencia de conocer y resolver la pretensión del accionante en una acción de protección es exclusiva del juez de garantías, en el caso analizado los jueces de la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial. Si la Corte Constitucional concluye que se han violado los derechos constitucionales indicados en la demanda de la acción de protección, se pronuncia sobre el acto u omisión de la autoridad pública no judicial y lo que le compete es pronunciarse sobre el acto u omisión judicial que vulnera el derecho constitucional.

Es claro que toda la argumentación de la Corte Constitucional en este caso y que es utilizada para esclarecer este problema jurídico utiliza y describe los hechos del caso que conoce mas no se refiere a cómo la actuación judicial ha permitido la vulneración de los derechos. La Corte Constitucional no indicó la vinculación directa o indirecta que la resolución definitiva del juez tiene en los derechos constitucionales sino directamente sustituye al juez y en su lugar concede la acción de protección a través de una acción extraordinaria de protección. Lo que es evidente es que si la Corte Constitucional considera que se vulneró un derecho constitucional por parte del juez debe indicar las razones de esta vulneración no sustentada en los hechos del caso, sino en el contenido de la sentencia o auto definitivo entre él y el derecho constitucional vulnerado debería existir una relación directa.

Si no existe la posibilidad de que la Corte no se pronuncie sobre los hechos del caso “ordinario”, no se debería admitir una acción extraordinaria de protección sobre la acción de protección.

Esto da como conclusión que la Corte Constitucional debería pronunciarse sobre la vulneración de los derechos constitucionales distintos al debido proceso únicamente cuando la vulneración sea consecuencia de una sentencia o auto definitivo. Además, le corresponde a la Corte dejar en manos del juez ordinario la resolución definitiva de la garantía —acción de protección— mas no resolver en su lugar entrando a analizar incluso los hechos del caso.

2. La sentencia impugnada ¿vulnera el derecho a la identidad previsto en el artículo 66 numeral 28 de la Constitución de la República?

La Corte para contestar a este problema jurídico nuevamente analiza las pruebas presentadas por las partes en el proceso ordinario de garantía, lo cual nuevamente da cuenta de la imposibilidad de la Corte de resolver sobre otros derechos, que no sean los del debido proceso, sin conocer los hechos y las pruebas del caso.

3. La sentencia objeto de acción extraordinaria de protección, ¿vulnera el derecho a continuar recibiendo la pensión de invalidez otorgada en beneficio del accionante?

Con este problema jurídico nuevamente la Corte analiza y juzga si el juez resolvió adecuadamente la garantía constitucional cuya consecuencia es que el derecho constitucional siga siendo vulnerado de manera indirecta esta vez por la actuación judicial, pero se refiere al derecho invocado en la acción de protección que luego es también invocado en la acción extraordinaria de protección. Así de manera indirecta, la Corte determinará que el juez de garantías vulneró el derecho a la pensión de invalidez del legitimado activo en este caso.

Finalmente sobre este caso la Corte resuelve sobre las pensiones de invalidez que no se perciben, esto es sobre la pretensión del legitimario activo presentada en la acción de protección mas no respecto de la sentencia de la acción extraordinaria de protección tanto así que la Corte concluye: “La sentencia objeto de la acción extraordinaria de protección, al no declarar la violación de los derechos garantías constitucionales invocado en la acción de protección, ciertamente vulnera el derecho a continuar recibiendo la pensión de invalidez otorgada en beneficio del actor”.

Como es claro el juez constitucional lo que está indicando es que la sentencia viola indirectamente —al no ser favorable— el derecho a la pensión de invalidez indicada.

Finalmente la sentencia comentada concluye en la parte resolutive declarando la vulneración del derecho constitucional a la seguridad social, el derecho de las personas de atención prioritaria y el derecho a la identidad. Con esta parte resolutive de la sentencia la Corte sentencia sobre la causa de la acción de protección no sobre la acción extraordinaria de protección.

En esta parte resolutive la Corte va incluso más allá y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia que negó la acción de protección pero deja firme la sentencia de primera instancia por tanto anula todo lo actuado por la Corte provincial en la apelación de la garantía y es más deja sin derecho a la apelación a la parte vencida en primera instancia.

Estas decisiones jurisdiccionales no solo desnaturalizan la acción extraordinaria de protección y su alcance sino también la acción de protección.

Del análisis de las sentencias de acción extraordinaria de protección sobre sentencias de acción de protección se puede concluir que hay una diversidad de criterios en las sentencias de la Corte de 2018 que no brinda certezas sobre las garantías

constitucionales en general y al admitir acciones extraordinarias de protección sobre sentencias de garantías constitucionales proyectan todos los yerros e imprecisiones de la admisibilidad y procedibilidad de la acción extraordinaria de protección sobre la justicia constitucional y ya no solamente sobre la justicia ordinaria.

Como conocemos se niega la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección, según la LOGJCC, cuando lo que se alega es o la mala aplicación de la ley³⁷⁵ o la mala valoración de la prueba en un juicio ordinario,³⁷⁶ y esta negativa se sustenta en que la Corte no puede conocer sobre la mala aplicación de la ley ni la mala valoración de la prueba por el juez ordinario debido a que no es un juez de alzada.

Es más, la prohibición de conocer los hechos del caso ordinario mediante la acción extraordinaria de protección se infiere claramente del texto legal que textualmente indica:

Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.³⁷⁷

Como observamos la relación directa e inmediata de la vulneración de los derechos constitucionales por parte de juez ordinario es un requisito obligatorio de la admisibilidad, por tanto la Corte debería aclarar cuándo esta relación no es directa e inmediata. La relación directa e inmediata supone que la acción del juez es la generadora de la vulneración del derecho constitucional.

Consideramos que en el caso motivo de análisis —elegido por ser un caso ejemplificativo evidente— no se han respetado estos dos requisitos fundamentales que le dan competencia a la Corte para conocer y resolver el caso que a su vez son requisitos de admisibilidad de la garantía.

Acción de incumplimiento de sentencias de acción de protección

La primera sentencia que la Corte Constitucional emitió al respecto fue en 2008 el caso ingresó el 17 de noviembre del 2008 y fue aceptado antes de que se desarrolle

³⁷⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 62. “Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley”.

³⁷⁶ Ver art. 62, num. 5. “Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez”.

³⁷⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 62.1.

legalmente esta competencia de la Corte³⁷⁸ y se la transforme en garantía. Es así como a través de la Sentencia No. 001-09-SIS-CC. Esta. Es decisivo para esta investigación indicar el criterio en el que la Corte Constitucional de Transición se fundamentó para admitir esta acción, por tanto se lo transcribe textualmente:

El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y pronunciarse sobre las ACCIONES DE INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES, en éste caso, contenida en el artículo 436, numeral 9 de la Constitución de la República y artículos 82, 83 Y 84 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición publicadas en el Registro Oficial N. o 466 del 13 de noviembre del 2008, pues la Corte Constitucional debe pronunciarse, a petición de parte, sobre el INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

La autoatribución de competencias por parte de la Corte Constitucional y que va generando graves distorsiones la naturaleza de las garantías constitucionales, sus finalidades y características, no se agota en la admisión de acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección, también vía jurisprudencial la Corte Constitucional, creó la acción de incumplimiento de sentencias.

Precisamente, mediante la primera sentencia de precedente jurisprudencial obligatorio la Corte indica que en caso de existir dos o más sentencias de garantías sobre la misma causa y por tanto se tornen inejecutables porque sean contradictorias cabe la acción de incumplimiento de sentencias.

La Constitución, en su capítulo tercero titulado “Garantías Jurisdiccionales”, establece las garantías que deben ser conocidas y resueltas por los jueces. Entre estas garantías se encuentran: la acción de protección, la acción de hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, la acción de hábeas data, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección.³⁷⁹ La atribución de estas competencias a la Corte Constitucional se fundamenta en el numeral 9 del artículo 436 de la Constitución, el cual dispone que la Corte debe conocer y sancionar los casos de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, reafirmando su rol como garante de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Al respecto, la Constitución señala de manera clara que la Corte conoce y sanciona, lo que plantea la pregunta sobre si estos dos verbos tienen un alcance tan amplio

³⁷⁸ La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional entró en vigencia a partir de la publicación en el Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.

³⁷⁹ Ver artículos 88, 89, 90, 91, 92, 93 y 94 de la Constitución.

como el de la acción de “resolver”, que implicaría la atribución de una competencia jurisdiccional. En este contexto, se puede observar que el artículo mencionado asigna a la Corte Constitucional una competencia similar a la que se confiere a un juez de garantías en relación con sus sentencias, extendiéndola al ámbito de las sentencias y dictámenes constitucionales emitidos por la Corte Constitucional. Esto refuerza la idea de que su rol no solo es sancionador, sino también garante de la aplicación efectiva de sus decisiones.

Es claro que el artículo 86.4 de la Constitución está asignando a los jueces de garantías —sean de primera o de apelación— la competencia de conocer y sancionar la falta de cumplimiento de sus sentencias. Textualmente el referido artículo indica lo siguiente:

Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de una servidora o servidor, la jueza juez ordenará la destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

Por tanto, cuando la Constitución establece que la Corte tiene competencia de conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales es claro que se refiere a las sentencias y dictámenes expedidos por la misma Corte Constitucional, no hay razón para considerar que la Constitución haya incluido a las sentencias dictadas por los jueces ordinarios que conocen garantías, debido a que como se indicó anteriormente la Constitución expresamente les dotó de competencia y medidas suficientes a los jueces de garantías para hacer ejecutar sus sentencias.

Con la instauración de esta nueva competencia en la Corte Constitucional el efecto negativo en la inmediatez o agilidad de las garantías es dramático al restar de poder de ejecución de sus propias sentencias a los jueces constitucionales. En este contexto, si un ciudadano no puede acceder a la justicia sino es a través de la Corte Constitucional, la virtud de agilidad, informalidad y descentralización de la acción de protección —y de las otras garantías constitucionales— simplemente desaparece.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al regular la acción de incumplimiento³⁸⁰ lo hace en un capítulo independiente al capítulo en el que se regulan las garantías constitucionales.³⁸¹ La referida ley indica que el objeto de la acción de incumplimiento es la falta de ejecución o defectuosa ejecución de sentencias y

³⁸⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, arts. 162 a 165.

³⁸¹ *Ibíd.*, título II, capítulo I, arts. 6-73.

dictámenes constitucionales por responsabilidad judicial o de la autoridad obligada al cumplimiento. Estas sentencias o dictámenes de la lectura del artículo 164 de la Ley se refieren tanto a las sentencias expedidas por los jueces de garantías como por la Corte Constitucional.

Análisis jurisprudencial sobre la acción de incumplimiento de sentencias de garantías

El alcance dado por la Corte Constitucional de 2018 a la acción de incumplimiento de sentencias de garantías nos demuestra que el mayor obstáculo a la eficacia de la acción de protección es precisamente la fase de ejecución de las sentencias de garantías.

Los aciertos o desaciertos de la inclusión jurisprudencial y legal de esta garantía se analizarán a través de las sentencias de esta garantía que se presentan en la Corte Constitucional.

El número de sentencias de acción de incumplimiento emitidas por la Corte Constitucional hasta el momento llegan a 370 sentencias, 382 de estas 157 corresponden a sentencias incumplidas en acciones de protección.

Es alarmante descubrir que del estudio de sentencias de acción de incumplimiento de garantías encontramos que el segundo mayor número de sentencias se refieren al incumplimiento de resoluciones de amparo constitucional presentadas y resueltas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 y que corresponden a 94 sentencias de las 370. Las últimas sentencias se dictaron en el año de 2018.³⁸³ De ellas la última es la sentencia No. 026-18-SIS-CC que nos aporta datos relevantes los cuales se analizan en el siguiente cuadro explicativo.

³⁸² Tomado del portal de la Corte Constitucional, Relatoría. <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx>. Recuperado el 18/06/2019.

³⁸³ Entre las sentencias más recientes encontramos las siguientes: 001-18-SIS-CC; 008-18-SIS-CC; 014-18-SIS-CC; 026-18-SIS-CC.

Tabla 24
Análisis de la sentencia n.º 026-18-SIS-CC

Sentencia/ resolución incumplida	Fecha de resolución	Tiempo	Contenido	Acepta/ Niega	Contenido de la resolución
Resolución N.º 0786-08-RA, dictada el 2 de septiembre de 2009	11 de junio de 2018	8 años 9 meses	La señora María Elizabeth Chancay Macías (fallecida), en calidad de gerente de la compañía Academia Naval Jambelí cía. Ltda., presentó una demanda de acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales a fin de que se garantice el cumplimiento de la resolución N.º 0786-08-RA, dictada el 2 de septiembre de 2009 por la Primera Sala de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, dentro de la acción de amparo constitucional signada con el mismo número.	Aceptada	Dispone medidas de reparación integral se dispone, entre ellas: 3.1 Disponer que el gobernador de la provincia de Esmeraldas en el término de 15 días contados a partir de la notificación de esta decisión, investigue y se pronuncie de manera motivada sobre la denuncia presentada el 25 de enero de 2008 por la señora María Elizabeth Chancay Macías, en calidad de gerente de la compañía Academia Naval Jambelí cía. Ltda. 3.2. Que el gobernador de la provincia de Esmeraldas, en el término de treinta días a partir de la notificación de la presente sentencia, remita a la Corte Constitucional un informe pormenorizado respecto a la ejecución de la presente sentencia.

Elaboración propia

Este caso tomado al azar y únicamente en consideración de ser la última sentencia de acción de incumplimiento de una sentencia de amparo demuestra la grave realidad en cuanto al cumplimiento de las sentencias de garantías y que afecta directamente a la eficacia de la garantía. Las garantías como el amparo o la acción de protección tienen un cumplimiento mínimo y prácticamente nulo en cuanto al tiempo de cumplimiento de la sentencia de garantía. Este tiempo de cumplimiento de la sentencia de garantía debe ser contabilizado para medir la celeridad como característica constitucionalmente establecida.³⁸⁴ Aunque no es materia principal de esta investigación se han considerado este tema en el análisis debido a que se debe considerar como uno de los factores que afectan de manera sustancial los objetivos de eficacia de las garantías y de la acción de protección.

El tiempo de resolución de la garantía por parte del juez más el tiempo que tarda la acción de incumplimiento y toda la complejidad de trámites y formalidades que esta

³⁸⁴ Art. 86. a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz [...]. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

entraña dan como consecuencia que en efecto el procedimiento de la garantía no respete la orden constitucional de ser un procedimiento sencillo, rápido y eficaz.

Sumando las sentencias de acción de incumplimiento de la acción de protección/amparo se contabilizan 251 de las 370. Solo 119 sentencias se refieren a las otras garantías.

En el estudio realizado por Mancero³⁸⁵ en 2015 existían 192 sentencias de acción de incumplimiento respecto de todas las sentencias de garantías constitucionales, de ellas es importante resaltar que el 52% corresponden a resoluciones de amparo; mientras que, el 35 % son de acciones de protección. Esto nos permite concluir que la garantía más incumplida por los jueces y funcionarios públicos es precisamente la acción de protección que llega al 87 % del total de garantías.

De las 119 sentencias, corresponden al incumplimiento de la acción extraordinaria de protección solo 22 sentencia; 7 son de acceso a la información pública; 5 de hábeas data; 7 de medidas cautelares; 5 de acción de inconstitucionalidad; ninguna de hábeas corpus. De las 370 sentencias se aceptan 137 y 19 se aceptan parcialmente.

La consulta judicial de norma y las acciones de protección

Producto de la investigación se logró determinar otro procedimiento constitucional que influye en la acción de protección, su naturaleza y características. Este procedimiento que es competencia de la Corte Constitucional se denomina control concreto de constitucionalidad y también es conocido como la consulta judicial de constitucionalidad. El control concreto de constitucionalidad está regulado tanto constitucional³⁸⁶ como legalmente.³⁸⁷

³⁸⁵ Martha Cecilia del Quinche Mancero Saá, “Acción de y por incumplimiento un estudio desde la jurisprudencia en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5016>.

³⁸⁶ Ecuador, *Constitución de 2008*: “Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

³⁸⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, arts. 141 a 143. “TITULO IV. Control Concreto de Constitucionalidad. Art. 141.- Finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad.- El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales”.

Con esta incorporación de la Constitución de 2008 junto con la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁸⁸ de 2008, se eliminó la posibilidad de que los jueces realicen control difuso de constitucionalidad, pero además la jurisprudencia es tan categórica que incluso genera un efecto de impedir la interpretación conforme de los jueces de garantías y limita su actuar a la más mínima expresión. Textualmente la sentencia No. 001-13-SNC-CC indica:

Esta limitación de las competencias de los jueces de garantías influye directamente en su competencia para resolver los casos sometidos a su conocimiento en las acciones de protección ya que en el caso de que deban resolver una acción de protección por un acto u omisión contrarios a la constitución pero que se fundamente en una norma a su vez inconstitucional, no podrán realizar una interpretación conforme de la ley y deben remitir el expediente a la Corte Constitucional para que resuelva en el término de 45 días conforme indica el mismo texto constitucional.³⁸⁹

Este término que la Corte de 2008 incumplió reiteradamente como se verifica de sus sentencias, se suma al tiempo en el que el sujeto activo de la acción de protección verá limitados sus derechos constitucionales.

Este tema se vuelve a relacionar con otro debatido que consiste en la imposibilidad de interponer una acción de protección por la inconstitucionalidad de una ley que ha sido aplicada en un caso específico. Asunto diferente al que sucede en otros países como en Perú en el cual si se admite una acción de protección cuando la ley que fundamenta el acto administrativo vulneratorio de derechos es inconstitucional.³⁹⁰

³⁸⁸ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-13-SCN-CC”.

³⁸⁹ Ecuador, *Constitución de 2008*, art. 428.

³⁹⁰ La Constitución peruana de 1978 no permite el amparo por leyes inconstitucionales, sin embargo es la jurisprudencia constitucional la que ha abierto esta posibilidad con una visión más garantista. En este contexto, Gerardo Eto Cruz en su artículo “El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo” ha indicado lo siguiente: “En este sentido, la línea jurisprudencial del supremo intérprete de la Constitución se orientó, desde 1997, por admitir el amparo directo contra normas legales, únicamente en el caso de las normas autoaplicativas. A partir de una interpretación sobre los fines de los procesos constitucionales en materia de tutela de derechos fundamentales, el Tribunal consideró que la prohibición establecida en el artículo 200, inciso 2 de la Constitución no debía ser entendida de forma literal ni absoluta, permitiéndose la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra normas legales en caso fueran autoaplicativas, entendiéndose como tales aquellas que generaban efectos inmediatos y lesionaban derechos fundamentales, sin necesidad de actos concretos de aplicación. Este lineamiento jurisprudencial se mantendrá sin variación alguna en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y podemos afirmar que adquirieron la calidad de jurisprudencia vinculante para todos los órganos jurisdiccionales del Estado. Conforme fueron avanzando los años, el Tribunal precisó con una mejor técnica jurídica su posición, pero siempre enmarcándola dentro de la «tesis permisiva amplia», es decir, aceptando la procedencia del amparo contra actos lesivos basados en normas y contra normas autoaplicativas. [...] Mediante ley 28946, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de diciembre de 2006 se modificaron diferentes artículos del Código Procesal Constitucional.” Por tanto, se permite el amparo contra normas con sus debidos límites y regulaciones.

El problema con incluir el control difuso en acciones de protección como en el caso peruano es que se autorizaría un control difuso de constitucionalidad en los jueces de garantías y debería por tanto reformarse la Constitución. Lo que se puede considerar posible es que no se realice en esencia un control difuso sino una interpretación conforme que permita al juez de garantías aplicar la Constitución y proteger los derechos constitucionales con la urgencia y la priorización que los mismos requieren.

Si la reforma constitucional es posible la inclusión del control difuso vía acción de protección es la ideal, claro que para evitar una vulneración a la seguridad jurídica se podría plantear la intervención de la Corte Constitucional para que revise estas sentencias en las que se realiza o interpretación conforme o control difuso. Esta propuesta permitiría que la acción de protección cumpla con el principal objetivo de protección de derechos constitucionales y que no exista justificativo —en el actuar de un órgano como la Asamblea Nacional— que impida la protección de derechos.

Es necesario indicar que la prohibición de acción de protección sobre disposiciones normativas de carácter general es cuestionable debido a que su consecuencia es la vulneración vía legal de derechos constitucionales que no tendría vía legal de protección.

Por tanto, al separarse con tal rigidez el objeto del control constitucional del objeto de las garantías constitucionales se crea una consecuencia negativa en los derechos, por un lado la vulneración del derecho de acceso a la justicia en materia constitucional y además se permite que la vigencia de normas contrarias a la constitución sigan invadiendo la Constitución.

Si una persona considera que un acto normativo de carácter general vulnera un derecho constitucional no podrá interponer una acción de protección y solo se le permitirá interponer una acción de inconstitucionalidad que tiene por finalidad no la protección de derechos constitucionales del sujeto sino la supremacía constitucional. En este contexto, el derecho constitucional del ofendido

En definitiva, como se ha demostrado la acción de protección está sujeta a un sinnúmero de restricciones a su original naturaleza jurídica, finalidades y características procesales. Estos obstáculos se han ido agravando en la práctica judicial con el desarrollo de la jurisprudencia que emitió la Corte Constitucional hasta 2018, por la inadecuada regulación legal y reglamentaria de la garantía y la confusa e incoherente práctica judicial de jueces y abogados.

Conclusiones

La importancia de las garantías constitucionales, en especial la acción de protección es innegable en cualquier Estado que se califique de constitucional de derechos y de justicia. En este contexto, el estudio de las garantías constitucionales y su funcionamiento es un tema de continua actualidad y relevancia.

La evolución histórica positiva del amparo de los derechos constitucionales en el Ecuador es innegable. Se han logrado determinar las siguientes etapas históricas que fueron consideradas para llegar a esta conclusión: 1) Primer período: poder administrativo fuerte, sin reconocimiento jurisdiccional; 2) Segundo período: Reconocimiento jurisdiccional nominal del amparo e inercia administrativa y judicial; 3) Tercer período: Reconocimiento y práctica jurisdiccional inicial del amparo; 4) Cuarto período: Transfiguración del amparo en la acción de protección: Regulación legal restrictiva y lucha por la independencia judicial.

Con estos antecedentes históricos se logró ubicar las características de cada etapa de desarrollo histórico del amparo de derechos en el Ecuador para comprender su influencia el actual estado de regulación y práctica judicial de la acción de protección.

Fue de trascendental importancia para nuestra investigación y para analizar la realidad jurídica actual de la garantía estudiada observar con detalle las diferencias normativas-históricas y del ejercicio práctico jurisprudencial entre la acción de protección de 2008 con el amparo constitucional de 1998. De esa realidad histórica logramos identificar los problemas procesales del funcionamiento de la garantía en la actualidad y que debido a su falta de identificación y resolución no han permitido su avance.

Es así que se logró determinar ciertas pautas repetitivas de regresión frecuente a experiencias pasadas en materia de protección de derechos. Esta regresión se debe especialmente a la influencia de factores externos como la influencia del poder político expresado en el contenido de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Reglamentos de la Corte Constitucionales e influencias políticas en el actuar de los jueces, y el abuso/desconocimiento de la misma por los usuarios del sistema.

En el análisis de datos y experiencias históricas se puede concluir que es negativo regresar históricamente a requisitos de admisibilidad y procedibilidad del amparo para evitar su abuso o mal uso. Observar la historia ecuatoriana de las garantías

constitucionales solo debe servir para ampliar la protección y reducir y plantear adecuados requisitos que no restrinjan la protección (subsidiariedad, centralización de las decisiones, gravedad e inminencia como requisito de procedibilidad, adecuado establecimiento de la reparación integral y su cumplimiento). La opción del mejoramiento normativo y práctico de esta garantía no es desandar los avances sino enfrentar el reto normativo, educativo y cultural. Esto da cuenta también de la necesidad de que las normas legales procedimentales sean tan claras que no dejen posibilidad a los administradores de justicia de adoptar decisiones restrictivas que limiten en la práctica la eficacia de la garantía.

Es precisamente el anquilosamiento en las experiencias y comprensiones teóricas pasadas que hace que los jueces no diferencien entre la naturaleza jurídica del amparo frente a la naturaleza jurídica de la acción de protección y aún se haga referencia a requisitos como la existencia de un acto jurídico ilegítimo, la inminencia del daño o su gravedad.

De allí la importancia de determinar con precisión la naturaleza jurídica de la acción de protección y diferenciarla de la experiencia del amparo constitucional. La legitimación activa ampliada, la informalidad y agilidad, no residualidad, ni subsidiariedad. Temas propuestos por la doctrina constitucional ecuatoriana y que no se ha reflejado en la práctica judicial ecuatoriana.

Esta naturaleza jurídica no puede ser desconectada de los requisitos de procedibilidad y admisibilidad ni de su finalidad principal que es la protección de derechos constitucionales y la reparación integral. Si se regresa a temas como la gravedad para la calificación de esta garantía se corre el riesgo de arbitrariedad y subjetividades, aunque se comprende que solo en el caso concreto la afectación de derechos constitucionales puede comprenderse como sustancial o fundamental, sin dejar de observar que los derechos constitucionales le pertenecen a la persona y naturaleza, independientemente de condiciones consideradas como “graves”

Este estudio permite iniciar y proponer la necesidad de continuar con un seguimiento y análisis crítico de las consecuencias que la jurisprudencia constitucional y el ejercicio de otras competencias como la acción extraordinaria de protección y la acción de incumplimiento de sentencias tiene en la acción de protección en el Ecuador. Para que los estudios y la profundización en las posibles soluciones al funcionamiento adecuado de la garantía sean plausibles se requiere implementar la automatización de la obligación constitucional de los jueces de garantías de remitir a la Corte Constitucional sus

sentencias constitucionales, única forma de acceder a las mismas a nivel nacional. Así se permitirá tener una adecuada comprensión de los problemas prácticos de la misma tanto para que la Corte Constitucional emita adecuada y pertinentemente su jurisprudencia en materia de garantías como para que los investigadores puedan tener acceso a esta información que debería ser pública.

Es clara la necesidad de jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de incumplimiento de sentencias de garantías, la admisibilidad de acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección, el alcance de un caso de mera legalidad frente a uno de relevancia constitucional y jurisprudencia sobre la naturaleza del amparo como garantía directa, de conocimiento o fondo, del alcance de su procedimiento sumario y preferente puede dar en la práctica. La implementación de una relatoría constitucional de alto nivel permitirá a los jueces constitucionales identificar en sus fallos los temas ya tratados y partir de sus propios criterios solo hacia la progresividad en la protección del derecho de acceso en materia de garantías constitucionales.

Además se hace urgente la incorporación del adecuado cumplimiento y procedimiento efectivo de seguimiento de cumplimiento de la obligación Constitucional que tienen los jueces de remitir las sentencias de garantías a la Corte Constitucional así como un procedimiento efectivo de selección y revisión de sentencias de garantías con la previa determinación de criterios objetivos.

Por otro lado, como política de jurisdicción constitucional es urgente una regulación adecuada del establecimiento de jueces especializados con competencia exclusiva de conocer y resolver las garantías constitucionales. Este sistema requiere de suficientes fondos públicos para que esta inclusión nunca implique regresión y límites al acceso a la justicia constitucional, disminución de número de jueces, ni re centralización en el acceso a la garantía. Hay que considerar que en este supuesto la constitucionalización del sistema puesta en manos de todos los jueces sería eliminada y se pueden perder los años de experiencia de los jueces ordinarios que conocen actualmente los casos. Por ello una especialización de jueces requerirá de altos niveles de capacitación y conocimientos emitidos por parte de la Escuela Judicial que permita solventar pruebas de conocimientos específicos especialmente en jurisprudencia constitucional y experiencia como requisito previo para ser candidato a ocupar la función.

Se requiere además de procedimientos de coordinación entre la justicia ordinaria —especialmente contencioso administrativa y laboral— y la constitucional. Esta

coordinación debe realizarse entre las dos altas cortes con la finalidad de evitar contradicciones en el actuar respecto de sus competencias.

Otro mecanismo para garantizar la eficacia de la acción de protección y el acceso efectivo a esta garantía, es esencial fortalecer el patrocinio público gratuito en los casos de garantías constitucionales y la actuación de la Defensoría del Pueblo que tiene un nivel mínimo de intervención.

La cultura jurídica constitucional, que a menudo se proclama en términos teóricos, debe materializarse en las acciones y decisiones de los jueces, quienes necesitan comprender y aplicar plenamente el alcance del Estado constitucional de derechos. Sin la participación activa y comprometida de los actores principales del sistema judicial, ninguna normativa o reforma podrá ser suficiente ni efectiva para mejorar la situación.

Entre las principales limitaciones a la eficacia de la acción de protección se identifican factores exógenos y endógenos. Los factores exógenos incluyen aspectos económicos, políticos y culturales que trascienden la estructura normativa de la garantía. En el ámbito económico, prevalece una postura que percibe el ejercicio de los derechos mediante la acción de protección como un costo para el Estado. Esta visión, junto con políticas fiscalistas restrictivas, limita la concesión de estas garantías. En el ámbito político, la acción de protección se percibe como un límite al ejercicio del poder, generando resistencia en la aceptación de decisiones judiciales que imponen obligaciones a los órganos políticos y afectan la división de poderes.

Por otro lado, los factores culturales reflejan las prácticas judiciales, la formación profesional de los jueces y las políticas administrativas dictadas por el Consejo de la Judicatura. En muchos casos, los jueces priorizan la formalidad procesal sobre la materialidad de los derechos, lo que compromete el objetivo principal de la acción de protección: garantizar derechos constitucionales de manera efectiva.

Entre los factores endógenos destacan las deficiencias normativas, jurisprudenciales y estructurales. En términos normativos, la atribución de competencias a la Corte Constitucional se ha realizado de manera jurisprudencial, lo que va en contra del texto constitucional. Esta situación ha generado inestabilidad en los criterios para resolver casos, derivando en un decisionismo caprichoso que atenta contra la naturaleza jurídica y las características fundamentales de la acción de protección.

Asimismo, la estructura procesal de esta garantía presenta serias deficiencias. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha distorsionado la naturaleza jurídica de la acción de protección, transformándola de una garantía directa en

una subsidiaria. Este error conceptual ha sido replicado a nivel judicial y teórico, afectando su correcta aplicación y generando consecuencias negativas en el funcionamiento práctico de la misma. Otro factor endógeno es la falta de capacitación y comprensión del alcance de la reparación integral por parte de los jueces lo que muchas veces deviene en el incumplimiento de sentencias.

En resumen, tanto los factores exógenos como los endógenos limitan significativamente la eficacia de la acción de protección. Para superarlos, es imprescindible implementar reformas estructurales y cambios culturales que promuevan una comprensión más profunda y equitativa de esta garantía constitucional, asegurando su acceso efectivo y su capacidad de proteger los derechos fundamentales.

Fue en este contexto que la mayoría de acciones de protección fueron inadmitidas por los jueces de garantías. Este problema se ve agravado por la falta de precisión en la utilización del lenguaje técnico de la referida Ley que confunde las causales de inadmisión de la garantía frente a las causales de improcedencia de la misma que al ser aclarado jurisprudencialmente requerirá una serie de difusión para que sea incorporado en el conocimiento constitucional de los jueces. Este tema fue de alguna manera superado gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que guía al juez de garantías respecto a la etapa procesal —calificación de la demanda o sentencia— en la que el juez debe realizar un análisis de los criterios del artículo 42 de la LOGJCC. Así algunas de las causales del artículo 42 de la LOGJCC se consideran de inadmisión frente y la mayoría de causales que son considerados criterios de improcedencia y por tanto solo pueden ser resueltos en sentencia y luego de que el juzgador se ha formado un criterio suficiente.

De todas formas con relación a esta sentencia aún hay temas importantes que continúan en debate, entre ellos, en numeral 6 y 7. El numeral 7 no es claro que pueda ser establecida como causal de inadmisibilidad de la acción es cuestionable si se trata primero caso de inadmisibilidad ya que para determinarlo el juez deberá revisar las pruebas que indiquen si el tipo de acto ante el que se encuentra es uno emitido por el Consejo Nacional Electoral pero que pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral, existen actos administrativos del CNE que no pueden ser impugnados ante el TCE.

Por otro lado, también cabe una reflexión del alcance de la disposición normativa en el numeral 6 parece de obvia resolución vía admisibilidad o no, sin embargo, para que el juez concluya que estamos ante una sentencia se debería admitir la acción y permitir que las partes prueben afirmativa o negativamente esta conclusión. Adicionalmente en virtud del principio pro actione y el derecho a la defensa pueden existir casos en los que

no se impugna una providencia judicial sino un auténtico derecho constitucional vulnerado por autoridad judicial.

La acción de protección ha tenido un proceso histórico evolutivo en Ecuador. La efectividad de la garantía es indispensable para justificar su existencia para la defensa de los derechos constitucionales. Esta tesis ha buscado presentar algunos alcances a la comprensión del funcionamiento procesal de la acción de protección y realizar aportes para identificar sus mayores obstáculos. Si bien no busca agotar los problemas de su funcionamiento constituyen en un acercamiento desde el derecho procesal constitucional para imaginar mejores derroteros en el funcionamiento de esta garantía.

La Corte Constitucional y los jueces de garantías al poner en funcionamiento la acción de protección generaron distorsiones al espíritu constitucional de la garantía al extremo de volverla prácticamente ineficaz de manera general y relativamente efectiva en casos específicos, graves violaciones a los derechos constitucionales de las personas. En esos casos, debido a la falta de investigación y sanción a los responsables, existe impunidad. Frente a esta situación, se propone la aplicación del derecho a la verdad para acceder a la información y sancionar a los responsables de dichas violaciones.

La acción de protección, fundamental en un Estado constitucional de derechos, ha tenido un proceso evolutivo en Ecuador, marcado por etapas que reflejan avances y retrocesos. La transición desde el amparo constitucional de 1998 hacia la acción de protección en 2008 ha significado cambios normativos y prácticos significativos, pero también desafíos recurrentes, como la influencia del poder político y las deficiencias normativas. Este estudio resalta la necesidad de evitar retrocesos que limiten la protección de derechos y de abordar las limitaciones actuales mediante un mejoramiento normativo, educativo y cultural. Además, se hace énfasis en la necesidad de diferenciar claramente entre la naturaleza jurídica del amparo y la acción de protección, enfocándose en garantizar su agilidad, informalidad y finalidad protectora.

La tesis subraya la importancia de mantener el espíritu constitucional de esta garantía, evitando distorsiones que comprometan su eficacia y garantizando un acceso real a la justicia para la defensa de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2006.
- . *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- . “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- Alarcón, Pablo. “Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”. En *Teoría y práctica de la justicia Constitucional*, editado por Claudia Escobar. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2010.
- . “Acción de protección: garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/332/1/T711-MDE-AIarc%c3%b3n-Acci%c3%b3n%20de%20protecci%c3%b3n.pdf>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado”. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.
- . “Retos de una nueva institucionalidad estatal”. En Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.
- . “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, editado por Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.
- . “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. En *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, 89-109. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- . *El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal*. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- . “Diseño y práctica del amparo constitucional”. En *El funcionamiento de la justicia del Estado*, editado por Luis Pásara. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.
- . “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional”. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., 2011.
- . *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito: CEDEC / Corte Constitucional Para el Período de Transición, 2011.
- Ayala Mora, Enrique. *Evolución constitucional del Ecuador: Rasgos históricos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2018.
- Ayala Mora, Enrique, y Rafael Quintero. *Asamblea Constituyente: retos y oportunidades*. Quito: Ediciones La Tierra, 2007.
- Bazán, V. “La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, pensándose como un Tribunal Constitucional”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2009.
- Benavides, Gina. “Avances en la construcción del Estado constitucional de derechos y justicia. Balance 2008”, 37-63. En *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre Derechos humanos Ecuador 2009*. Quito: Abya-Yala, 2009. <http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/Actividadespadh/Informedh2009.pdf>.
- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo Jurídico*. México: Editorial Fontamara, 2007.
- Botero, C. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Magistratura, 2006.
- Botero, Catalina, y Juan Fernando Jaramillo. “El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias”. *Foro Constitucional Iberoamericano*, n.º 12 (2005/2006): 42-81, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19561/El%20conflicto%20de%20las%20Altas%20Cortes%20colombianas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Brewer-Carías, A. *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Carbonell, Miguel, ed. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso aplicable a toda clase de procesos: nociones generales; sujetos de la relación jurídica procesal; objeto, iniciación, desarrollo y terminación del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- Corral, Fabián. “La seguridad jurídica”. *El Comercio*. <http://www.elcomercio.com/>
- . “¿Por qué la independencia?”. *El Comercio*. http://www.elcomercio.com/fabian_corral/independencia_0_499750137.html.
- . “¿Dictadura judicial?”. *El Comercio*. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solotexto.aspx?gn3articleID=233887>.
- . “Principios en entredicho”. *El Comercio*. http://www.elcomercio.com/fabian_corral/Principios-entredicho_0_533346805.html.
- Echeverría, Julio. *El desafío constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2006.
- Eguiguren Praeli, Francisco José, “La opción por un amparo estricto y residual”. En *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, editado por Claudia Escobar García. Quito: 2010.
- Escudero Jhoel. “El cambio de cultura judicial en la Interpretación constitucional”. En *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, 59-93, editado por David Cordero Heredia. Quito: INREDH, 2009. https://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion_final.pdf
- Escobar García, Claudia, “El impacto de la justicia constitucional en las democracias contemporáneas”. En *Teoría y práctica de la Justicia Constitucional*, editado por Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.
- . *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Ferrer-Mac Gregor, E. *La acción constitucional de amparo en México y España*. México: Porrúa, 2000.
- . *El amparo Iberoamericano*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2006.
- Fix-Zamudio, H. “The Writ of Amparo in Latin America”. *Lawyer of the Americas*, 13 (3): 361-91, 1091, 1982.

- Fix-Zamudio, H. & Ferrer-Mac Gregor, E. “El derecho de amparo en México”. En *El derecho de amparo en el mundo*, editado por H. Fix-Zamudio & E. Ferrer-Mac Gregor, 470-91. México: Porrúa, 2006.
- García Máynez, E. *Positivismo jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo*. México: Editorial Fontamara, 1997.
- Gozáíni, Oswaldo. *La justicia Constitucional*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994.
- . *Los Problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales*. México: Editorial Porrúa, 2005.
- Grijalva, Agustín. “Las garantías de los derechos en 2010”. En *Develando el desencanto. Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, compilado por Programa Andino de Derechos Humanos, 41-3. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala, 2011.
- . *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional / Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
- . “Evolución histórica del control constitucional de la ley en Ecuador”. En *Historia constitucional: estudios comparativos*, editado por Enrique Ayala. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014.
- Grijalva, Agustín, y Alex Valle. “Uso y funcionamiento de la justicia constitucional”. En *El funcionamiento de la justicia en el Estado*, editado por Luis Pásara, 175-228. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”. En *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, coordinado por Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2005.
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- . *Teoría pura del derecho: introducción a la génesis del derecho*, 3.^a ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1963.
- Landa, César. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2006.
- Laporta, J. Francisco. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Maldonado, Mauricio. “Reflexiones sobre el Estado Constitucional”. *Revista Jurídica Ruptura*, n.º 54 (2012).

- Montaña, Juan. “Aproximación a los Elementos Básicos de la Acción de Protección”. En *Apuntes de Derecho procesal constitucional*, 101-127, t. 2, editado por Juan Montaña Pinto y Angélica Porras. Quito: CEDEC/ Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- . “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales”. En *Apuntes de Derecho procesal constitucional*, 23-35, t. 2, editado por Juan Montaña Pinto y Angélica Porras. Quito: CEDEC/ Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- Montaña, Juan y Angélica Porras. *Apuntes de Derecho procesal constitucional*, t. 2. Quito: CEDEC / Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- Ordoñez Hugo, *Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador*. Quito: Pudeleco Editores, 1995.
- Oyarte, Rafael. *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito: Andrade & Asociados, 2006.
- . *Acción extraordinaria de protección*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Pásara, Luis. *El funcionamiento de la justicia del Estado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.
- . “La producción judicial: cifras y calidad”. En *El funcionamiento de la justicia en el Estado*, t. 2, editado por Luis Pásara, 3-96. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018.
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Porras, Angélica. “La Prueba en los Procesos Constitucionales”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito: CEDEC/Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Quintana, Ismael. *La acción de protección*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

- . “A propósito del neoconstitucionalismo: ¿Corte Inconstitucional para el Período de Transición?”. *Revista Jurídica Ruptura* n.º 54 (2012).
- Rodríguez Garavito, César. *La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2008.
- Rojas, V. “La reparación integral: un estudio desde su aplicación en acciones de protección en Ecuador”. Tesis de maestría, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3261/1/T1211-MDE-Rojas-La%20reparacion.pdf>
- Ruiz, M. “Cumplimiento de sentencias de acción de protección de derechos en la realidad ecuatoriana”. Tesis de maestría, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3981/1/T1422-MDE-Ruiz-Cumplimiento.pdf>.
- Sagües, Nestor. “El amparo argentino y su reforma”. En *La reforma del proceso de amparo: La experiencia comparada*, 20-45, editado por S. Abad & P. Pérez-Tremps. Lima: Palestra, 2009.
- Salgado Pesántes, Hernán. *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2004.
- Silva Portero, Carolina. “Las garantías de los derechos, ¿invención o reconstrucción?”. En *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 51-85. Quito: Ministerio de Justicia, 2010.
- Storini, Claudia, y Marco Navas. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional / Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Valle, Alex. *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2012.
- Wray, Alberto et. al. *Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ / Projusticia / Banco Mundial, 2002.
- Zaidán, Salim. *Neoconstitucionalismo: Teoría y práctica en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editoa Jurídica, 2012.

Cuerpos legales internos

Constituciones del Ecuador

Riobamba, 23 de septiembre de 1830

Ambato, 13 de agosto de 1835

Quito, 1 de abril de 1843

Cuenca, 8 de diciembre de 1845

Quito, 27 de febrero de 1851

Guayaquil, 6 de septiembre de 1852

Quito, 10 de abril de 1861

Quito, 11 de agosto de 1869

Ambato, 6 de abril de 1878

Quito, 13 de febrero de 1884

Quito, 14 de enero de 1897

Quito, 22 de diciembre de 1906

Quito, 26 de marzo de 1929

Quito, 2 de diciembre de 1938

Quito, 6 de marzo de 1945

Quito, 31 de diciembre de 1946

Quito, 25 de mayo de 1967

Quito, 15 de enero de 1978

Riobamba, 5 de junio de 1998

Proyecto de Nueva Constitución Política del Ecuador. Quito: Comisión de Juristas
CONESUP / Oublicado por la cooperación internacional, 2007.

Montecristi, 28 de septiembre de 2008

Leyes

Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 7 de julio de 2017.

Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 554, Suplemento, 9 de marzo de 2009.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

Ecuador. *Ley de Control Constitucional de 1997*. Registro Oficial 280, 8 de marzo de 2001.

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*. Ley 0. Registro Oficial 481. Suplemento. 6 de mayo de 2019.

Ecuador. *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas*. 9 de abril de 2009.

Ecuador. *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*.

Ecuador. *Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición*.

Resoluciones

Ecuador Corte Suprema de Justicia de 2001. Registro Oficial 378, 27 de julio de 2001.

Ecuador Corte Suprema de Justicia de 2002. Registro Oficial 559, 19 de abril de 2002.

Ecuador. *Resolución 22-058*. Registro Oficial 280, 8 de marzo de 2001.

Cuerpos legales internacionales

Instrumentos intencionales de derechos humanos

Asamblea General de las Naciones Unidas. “Declaración Universal de Derechos Humanos”. París, 10 de diciembre de 1948.

Asamblea General de las Naciones Unidas. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

Asamblea Nacional Constituyente francesa. “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. París, 26 de agosto de 1789.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Constituciones y leyes internacionales

Código Procesal Constitucional del Perú. Ley n° 28237. Vigencia desde 30 de noviembre de 2004.

Constitución de España. BOE n.° 311. 29 de diciembre de 1978.

Constitución de la Nación Argentina. 22 de agosto de 1994.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. 5 de febrero de 1917. Última reforma: 2 de diciembre de 2024.

Constitución de Perú. 31 de diciembre de 1993.

Constitución Política de Bolivia. 7 de febrero de 2009.

Constitución Política de Colombia. 4 de julio de 1991. Última enmienda: julio de 2023.

Ley de Amparo de México. 2 de abril de 2014. Última reforma: 14 de junio de 2024.

Jurisprudencia constitucional

Resoluciones del Tribunal Constitucional

Sentencias de la Corte Constitucional