

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR.**

AREA DE DERECHO.

MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

**“LA ACCION DE PROTECCIÓN ORDINARIA FORMALIDAD Y
ADMISIBILIDAD EN EL ECUADOR”**

DR. IVÁN AGUSTIN CEVALLOS ZAMBRANO

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos a la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

DR. IVAN AGUSTIN CEVALLOS ZAMBRANO

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR.**

AREA DE DERECHO.

MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

**“LA ACCION DE PROTECCIÓN ORDINARIA FORMALIDAD Y
ADMISIBILIDAD EN EL ECUADOR”**

DR. IVÁN AGUSTIN CEVALLOS ZAMBRANO

SUPERVISOR: Dr. RAFAEL OYARTE MARTINEZ

Quito- Septiembre -2009

LA ACCION DE PROTECCION ORDINARIA FORMALIDAD Y ADMISIBILIDAD EN EL ECUADOR.

El estudio de la Acción de Protección constitucional, denominado amparo y otras según el país, para generar una herramienta procesal para su eficacia. Se desarrolla en cuatro capítulos. El primero, establece el origen y la vigencia de las garantías a los derechos fundamentales, el avance normativo, la influencia entre el derecho natural y el positivismo, y los sistemas jurídicos de oriente y occidente, ante la realidad social para su eficacia, incluyendo la penetración jurisprudencial para su adopción interna y universalización. El segundo, ha determinado la autoridad competente, los legitimados activos y pasivos incluyendo los terceros y la admisibilidad. El tercero, contiene las etapas y actos procesales, procedimiento, recursos y ejecución de la sentencia; y el Cuarto capítulo, comprenden elementos que no siendo parte están vinculados a la acción, como la consulta, y la jurisprudencia vinculante, como consecuencia de la sentencia seleccionadas o producto de la opinión resultado de la consulta. Incluyendo las conclusiones y recomendaciones.

DEDICATORIA.

Son muchas las expectativas que pasan por la mente del ser humano al momento de iniciar los estudios y luego al desarrollar un trabajo, evidenciado en el trabajo y los objetivos logrados. Expectativas que no siempre tuvieron los mejores momentos, si detrás de este desafío corresponde continuar con el convivir diario, de esposo, padre y servidor de una sociedad que tanto ansía ser atendida oportunamente, debiendo duplicar el esfuerzo, descuidando en alto grado a la familia. Por ello dedico este trabajo a mi esposa Zulema y a mis hijos Nathaly Zulema e Iván Andrés, como respuesta a la reducción del tiempo de pasar juntos, pero que de seguro no solo ha permitido alcanzar una meta sino que busca fecundar, aún más, el espíritu de dedicación, esmero y anhelo de superación de aquellos. A la vez agradecerles por entender mis aspiraciones, comprender mis desafíos y a Dios porque ustedes son todo para mí.

Iván Agustín Cevallos Zambrano.

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FORMALIDAD Y ADMISIBILIDAD EN EL ECUADOR.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I..... 11

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR 11

I.1. Origen de la Acción de Protección 11

- I.1.1. Referencia histórica..... 11
- I.1.2. Referencia Jurisprudencial sin norma escrita..... 13
- I.1.3. Referencia en Tratados y Convenios Internacionales..... 15
- I.1.4. Referencia en sistemas Regional 16
- I.1.5. Origen en la legislación Ecuatoriana..... 18

I.2. Definición de la Acción de Protección..... 20

- 1.2.1.- Importancia. 23
- 1.2.2. Es acción o recurso 24
- 1.2.3. Elementos o características esenciales de la Acción de Protección. 29

I.3.- Medidas Cautelares..... 37

CAPITULO II..... 40

FORMALIDAD Y ADMISIBILIDAD 40

EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN..... 40

II.1.- Autoridad competente, Legitimación activa y pasiva. 40

- II.1.1. Ante quien se debe presentar la Acción de Protección. 41
- II.1.2. Quién y contra quién se debe interponer la Acción de Protección.- 44
 - Legitimación Activa..... 44
 - Legitimación Pasiva. 47
 - Los Terceros..... 50

En la anterior acción de amparo, no se contemplaba derechos de terceros, sin embargo la nueva LOGJCC, contempla la comparecencia de terceros al señalar, 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 hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado, que podrán intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del requerido, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional. 50

- II.1.3. Contra qué se debe interponer la Acción de Protección. 51
- II.1.4. Que requisitos debe contener y acompañarse a la demanda oral o escrita..... 54

II.2. Admisibilidad de la Acción de Protección..... 57

- II.2.1 Por acto u omisión de autoridad pública, no judicial. 59
- II.2.2. Acción de Protección contra toda Política Pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías..... 60

En qué casos procede la acción contra Políticas Públicas.....	63
II.2.3. Acción de Protección contra personas particulares.....	66
II.2.4.- Improcedencia de la Acción de Protección.....	66
CAPITULO III.....	71
ACTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.....	71
III.1 Demanda o Contenido del requerimiento de garantías	72
PROCEDIMIENTO EN LA TRAMITACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.....	82
III.2. Audiencia Pública.	85
III.3. Etapa de Prueba.....	92
III.3.1 Momento probatorio.....	92
III.3.2 Medios Probatorios	94
III.4 La Sentencia en la Acción de Protección.....	95
III.4.1 Primera instancia.-.....	96
III.4.2 Segunda instancia	101
III.4.3 Sentencias de la Corte Constitucional.	103
III.5. Ejecución de la Sentencia.	107
III.6. Caduca o prescribe el derecho para presentar La Acción de Protección.....	110
CAPITULO IV	113
OTROS COMPONENTES DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	113
IV.1. La Consulta ante la Corte Constitucional.....	113
IV.1.1. Consulta por norma contraria a la Constitución.	115
IV.1.2. Por norma contraria a los instrumentos internacionales de derechos humanos.....	116
IV.1.3. Efectos de la Consulta.	118
IV.2. La Jurisprudencia Constitucional	120

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FORMALIDAD Y ADMISIBILIDAD EN EL ECUADOR.

Introducción

Este trabajo tiene como finalidad, profundizar el estudio de la Acción de Protección constitucional, denominado amparo y otras denominaciones según el país, puesto en manos de los titulares de derechos, como un mecanismo ante las amenazas o violaciones de los derechos garantizados en la Constitución. Tema que sufrió modificaciones pro el momento de transición que ha vivido el país durante el periodo octubre 2008 hasta la conclusión de este trabajo, Septiembre del 2009.

Trabajo desarrollado en cuatro capítulos, que abarcan. El primero, busco establecer el origen y la vigencia de las garantías a los derechos fundamentales, el avance normativo, la influencia entre el derecho natural y el positivismo ante la realidad social para su eficacia, incluyendo la penetración jurisprudencial como el detonante para los procesos de cambio vividos y lograr la adopción interna y universalización de la acción, incluyendo sus características. El segundo, ha determinado con claridad la competencia, los legitimarios activos y pasivos incluyendo los terceros activos y pasivos, la admisibilidad de la acción enumerando las causas para su procedencia. El tercer capítulo, se desarrollan las etapas y actos procesales, con el procedimiento de cada una de ellas, incluyendo los recursos posibles, la caducidad y prescripción de la misma, has la ejecución de la sentencia. Finalmente el cuarto capítulo, denominado otros componentes de la acción, que al parecer serían extraños a la acción, pero están

estrechamente vinculados a ésta, como la consulta, figura nueva en ésta materia, el procedimiento, la procedencia y sus efectos. Incluyendo la jurisprudencia vinculante, como consecuencia de la sentencia seleccionadas o producto de la opinión resultado de la consulta. Llegando a las conclusiones y recomendaciones, con la que se evidencia que la formalidad se sobrepone a la informalidad establecida en la constitución, hasta la recomendación para instrumentar normativa para la conectividad de la Administración Pública y la Función Jurisdiccional, y lograr la celeridad, eficacia y economía procesal.

Correspondió utilizando los métodos, aplicables a la estructura conceptual del conocimiento jurídico, como el jusnaturalismo, jusnormativismo y juscociologismo, considerados de importancia. Por ser el primero, el que sostiene la existencia de principios morales o de justicia universal asequibles a la razón humana, donde el sistema normativo no puede ser jurídico si contradice dichos principios, lo que nos lleva a la supremacía constitucional, garantista de derechos fundamentales y que son los que deben prevalecer al momento de ser aplicados por el juez constitucional.

En contraposición del primero, el jusnormativismo o positivismo, con los que el juez aplicando la norma o la ley frente a los derechos garantizados en la constitución, interpretando de manera contraria a los principios constitucionales, del derecho internacional y universal inclusive, inobservando la aplicación directa de la norma suprema y sus principio, y sin tomar en cuenta la no aplicabilidad de una norma cuando esta se contrapone a la norma constitucional o a los tratados internacional.

Pero que sin embargo, frente a juscociológico, como necesita social, se determina la poca efectividad de la acción de amparo en su momento hoy la acción de protección,

por influencia de factores sociales, políticos, incluyendo la discriminación, que se convirtieron, en gran parte, en los detonantes para direccionar los resultados en la protección a los derechos y a la misma acción. Lo que ha significado, que pesa a la respuesta de muchos operadores judiciales por garantizarlos los derechos y principios, se han visto avocados a procesos administrativos e investigativos incluyendo el cese de sus funciones, por que las resoluciones no fueron del agrado de la Autoridad Pública. Y desde ahí los temores reverenciales al órgano de control disciplinario y el sopesar entre la función o el cargo y la decisión.

Es de interés que el presente trabajo luego de la calificación, sea considerado para su publicación y constituya un aporte para los operadores de justicia, profesionales del derecho, profesores universitarios y estudiantes, por su contenido práctico e ilustrativo.

Iván Agustín Cevallos Zambrano.

CAPITULO I. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR

I.1. Origen de la Acción de Protección

La Acción de Protección, conocida anteriormente como Amparo Constitucional e identificada como recurso, juicio, proceso, acción o derecho de amparo, según el *nomen iuris*,¹ que se le ha dado por la normatividad, jurisprudencia o doctrina de cada país, no necesariamente debió constar en norma constitucional o legal expresa para que tenga vigencia en su aplicación. Por el contrario se ha hecho efectiva en varios sistemas, sin necesidad de que constituya norma constitucional expresa. Para un mejor desarrollo de este trabajo distinguiremos tres momentos sobre la vigencia misma del amparo como tutela efectiva de los derechos fundamentales: El primer momento, es el que nos remonta a la vigencia de dicho amparo desde las primeras constituciones y leyes para la protección de los derechos fundamentales, conocido como el antecedente histórico; El segundo momento, comprende la protección de los derechos fundamentales sin que exista norma escrita específica o norma reglamentaria para su vigencia efectiva, denominado antecedente jurisprudencial; y el Tercer momento aquel en que se constituye en norma internacional o supranacional vinculante para los países miembros de los organismos internacionales, denominado el amparo en el Derecho Internacional.

I.1.1. Referencia histórica.

La acción de Protección o amparo como institución de garantías procesal constitucional, es una acción globalizada, independiente de la denominación de cada país, convirtiéndose en el mecanismo de mayor protección jurisdiccional de los

¹ Ferrer, Mac Gregor Eduardo, *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Breves notas sobre el Amparo Iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), Buenos Aires, Ed. Porrúa S.A, 2006, p 3

derechos y libertades fundamentales de los países, expandiéndose de manera sistemática.

La Acción de Protección o Amparo, nace propiamente como consecuencia de la tendencia del poder de todo tipo (político, económico, religioso, etc), por el abuso arbitrario o despotismo, es decir por el ejercicio del poder para fines distintos, implicando una limitación del poder que los ciudadanos han ido arrancando de manera dificultosa. Tiene su antecedente en el Derecho Romano, en instituciones de la edad Media y en la Carta Magna inglesa dictada el 15 de junio de 1215,² como consecuencia de la lucha entre el rey y la nobleza, que consigue arrancar ciertas concesiones del poder real. Luego en la Edad Moderna, se constituyen los primeros decretos civiles y políticos, con los que la burguesía limitaba los privilegios de la nobleza y reclamaba la igualdad ante la ley, cuya garantía se encomendaba a los jueces, donde se destaca la Petition of Rights (Petición de Derechos) de 7 de junio de 1628³ que protege los derechos personales y patrimoniales. Posteriormente La Revolución Francesa produjo La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789,⁴ en la que se reconoce los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, como los de libertad, propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; completando en la Constitución francesa de 1793⁵ que introdujo los derechos de carácter social (trabajo, dignidad, etc) incorporándolos a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793.⁶ Pero fue en Estados Unidos con la Declaración de Derechos de

² Carta Magna, inglesa de 15 de junio de 1215 (Valencia Vega, Alipio, Desarrollo del Constitucionalismo, La Paz, Bolivia, Juventud, 2ª, 1998, pagina. 81)

³ Petition of Rights, (Petición de Derechos) de 7 de junio de 1628. www.petición.de.derechos.

⁴ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Asamblea Nacional Constituyente francesa, 26 de agosto de 1789. www.wikipedia.org/wiki.

⁵ Arraut Amat Xavier, *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. Los Derechos Fundamentales como Pilares de Europa, Quito Ecuador 2007. P 66.

⁶ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, www.wikipedia.org/wiki, 1793.

Virginia, de 12 de junio de 1776, en la que se proclama el derecho a la libertad⁷, y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776,⁸ en la que destacan como “derechos inalienables”, los relativos a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, ampliando su inviolabilidad en la Carta de Derechos de los Estados Unidos (Bill Of Rigths) de 3 de noviembre de 1791⁹, con la que se aprueban diez enmiendas a la Constitución americana, sobre el derecho de libertad, de propiedad y del debido proceso entre otras.

I.1.2. Referencia Jurisprudencial sin norma escrita.

El Amparo o acción de protección, se hace efectiva en el sistema de control judicial de las leyes, allá por 1803 cuando se reivindica para los jueces sin norma explícita previa, la potestad, apegada a su función, de interpretar la norma fundamental del Estado y extraer de ella conclusiones individuales y concretas, específicamente con la actuación decidida del Juez John Marshall en el caso Marbury vs Madison, en Estados Unidos de América,¹⁰ constituyéndose en la guía para desarrollarlo en las legislaciones internas de los demás países, así como de las Declaraciones y Convenciones Internacionales.

Caso parecido ocurrió en Argentina, con la acción de amparo que nace recién en el siglo XX, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, anticipó lo que sería la

⁷ Declaración de Derechos de Virginia 12 de junio de 1776. www.wikipedia.org/wiki. “*que todos los hombres son por naturaleza libre e independientes y tienen una serie de derechos inherentes de los cuales no pueden ser privados*” Considerada la primera declaración de derechos humanos moderna de la historia, aunque reconoce un antecedente en la Carta de Derechos Inglesa de 1689.

⁸ Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica. www.wikipedia.org/wiki. Su contenido fue elaborado por Thomas Jefferson entre junio y julio de 1776.

⁹ Carta de Derechos, Bill of Rigths, 3 de noviembre de 1791. Con la que se aprueban diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos..

¹⁰ Sentencia del juez Marshall en el caso [William Marbury](#) y [James Madison](#), Publicación de C.C. Buxter el 9 de diciembre de 2007.

acción de amparo, en los casos “Blanco” 1864,¹¹ cuando reconoció la obligación de proteger los derechos constitucionales por los tribunales, como el derecho a trabajar y a contratar libremente según el Art. 14 de la Constitución, aunque la ley no lo proteja, contradiciendo su fallo en el caso “Bochar” 1899,¹² en el que habiéndose reconocido la protección al derecho de contratación la Corte lo desconoció por considerarlo distinto de la libertad. Reconociendo el derecho de propiedad en un amparo en 1935 en el caso de la Comisión de Fomento¹³. Pero fue en diciembre de 1957 en el caso “Siri, Àngel S”. en que la Corte Suprema ante la clausura de un periódico durante un régimen militar, constató la lesión al derecho constitucional de libertad de imprenta y de trabajo sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa legal; aclaró que la acción intentada no era la de habeas corpus (que concierne a la libertad física), y sentó una tesis trascendente: *“Basta con la comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pudiera alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente”* afirmando que *“las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”*¹⁴.

Extendiéndose, poco después, el amparo para cuestionar actos lesivos provenientes de particulares, entendido como un derecho de rango constitucional de tipo “implícito”, o “no enumerado”, al señalar que: *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*, la definición de esos derechos la realiza la Corte Suprema de

¹¹ Díaz, Silvia Adriana, *La Acción de Amparo*, Argentina, La Ley, 2001, p. 13. Caso Blanco Julio C/ Laureano Nazar, de 1864, Fallos 1:170.

¹² Díaz, Silvia Adriana, *La Acción de Amparo*, Argentina, La Ley, 2001, p. 2, Fallo CSJN T. LXXXI p. 246, 3 de octub 1899 En el caso Brochar Antonio y otros, de 1899 Fallo 81:246.

¹³ Gentile, Jorge Horacio, *El Amparo en Argentina*. Cordoba Agosto 2005. En el caso de la Comisión de Fomento de Gálvez S, fallo 174:178.

¹⁴ Díaz, Silvia Adriana, *La Acción de Amparo*, Argentina, La Ley, 2001, p. 13. Fallo CSJN, No. 239.459, dicbre 27 de 1957

Justicia de la Nación argentina, como intérprete final de la constitución.¹⁵ Sentencia que según Nestor Pedro Sagüés, tuvo trascendencia de primer orden. “*Por un lado, implicaron la creación pretoriana del amparo nacional argentino, aún a falta de ley reglamentaria, y que significó un ejemplo de activismo judicial. Por otro, generaron una especie de derecho consuetudinario constitucional, sin que nadie se atreva a impugnar la validez jurídica del amparo, o a negarle jerarquía constitucional*”¹⁶.

La Corte argentina señaló que “*las declaraciones, derechos y garantías no son simples formulas teóricas ya que cada uno de los artículos y cláusulas contenidas en ella tienen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y la Nación, debiendo los jueces aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Ellas son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina*”¹⁷. El autor Rivas precisa al comentar el fallo, que no deja entrever la Corte “*que el amparo pueda justificar la pérdida de la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes*”¹⁸. Dejando atrás dicho tribunal su anterior criterio, consagrado jurisprudencialmente al amparo y pasando por alto recaudos formales que no pueden prevalecer por sobre el resguardo de garantías constitucionales.¹⁹.

I.1.3. Referencia en Tratados y Convenios Internacionales.

¹⁵Sagüés, Nestor Pedro. *El Derecho de Amparo en el Mundo*, El Derecho de Amparo en Argentina. Argentina, Ed. Porrúa S.A, 2006, p 42. Fallos. 239.459 CSJN.

¹⁶ Sagüés, Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. Acción de Amparo, Buenos Aires, 4ª ed. Astrea, 1995, t.4 p.s. 334/5.

¹⁷ Díaz, Silvia Adriana. *La Acción de Amparo*, Argentina, La Ley, Argentina, p.14.CSJN, Fallos 239.459 dicbre 27 de 1957

¹⁸ Rivas A, *Perspectivas del amparo después de la reforma constitucional en Amparo*, Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Procesal. Ed.Buenos Aires, marzo de 2000. pg. 20.

¹⁹ Díaz, Silvia Adriana, *La Acción de Amparo*, Argentina, La Ley, 2001. CSJN, Fallos 239.459 27 dicbre 27 de 1957, pg. 15.

Es desde 1948 que el amparo o acción de protección, se convierte en obligatoria su implementación por parte de los Estados, con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece un recurso efectivo²⁰. También la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, que establece la disponibilidad de un recurso sencillo²¹.

Con el mismo alcance lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que para muchos juristas lo catalogan como el “amparo interamericano”, al referirse a la Protección Judicial que señala: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*, convención en la que los estados partes se comprometen: *“a) Garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, b) Desarrollar las posibilidades del recurso judicial, de no haberlo; y c) Garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”*.²²

I.1.4. Referencia en sistemas Regional

El Amparo como norma en la Región, nace en el siglo XIX, en México y Perú, al igual que en el resto de los países latinoamericanos, habiendo recibido la influencia

²⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, Art. 8.

²¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948, Art. 18.

²² Convención Americana sobre Derechos Humanos (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos Art. 25.

directa de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787²³; pero fue en 1941 en el estado de Yucatàn que por primera vez se incorpora en un texto supremo la institución del amparo, como garantía constitucional contemporánea.²⁴

Haciendo una síntesis referencial de la acción de protección, aunque como ya indicamos se le ha denominado de diversas maneras, la legislación comparada no ha permitido visualizar las normas vigentes con rango constitucional y reglamentario que rigen para cada país de América Latina, como Argentina que contempla en su constitución el amparo en el Art. 43 párrafo 1 y 2²⁵ y como norma reglamentaria en la ley de Acción de Amparo desde 1966, en el caso de Bolivia constaba en el Art. 19 y en la Ley del Tribunal Constitucional vigente desde 1998, pero en la constitución recientemente aprobada en febrero de 2009 consta en los Arts. 128 y 129²⁶; En Colombia consta en la constitución de 1991 en el Art. 86 y reglamentado mediante decreto 2591²⁷. Pero es Chile que contempla en su Constitución en el Art. 20, y mediante auto acordado de la Corte Suprema, sobre la tramitación del Recurso de Protección de Garantía Constitucional desde 1992²⁸, denominación que es concordante con la hoy acción de Protección que está en vigencia en Ecuador desde el 20 de octubre del 2008, aunque se originó en la Constitución de 1967, diferenciándose, por denominársele en Chile Recurso de Protección; Mientras que Perú lo identifica en el Art. 200.2, y normado a través del Código Procesal Constitucional del 2004, entre otros esquemas para hacer efectiva las garantías constitucionales. En el Brasil consta en su Constitución en el artículo 5, y un ordenamiento reglamentario contemplado en la ley de

²³ Ferrer Mac Gregor Eduardo, *“El Derecho de Amparo en el Mundo”* Breves notas sobre el amparo iberoamericano desde el derecho procesal constitucional comparado), Argentina. Ed. Porrúa S.A, 2006, pg 15.

²⁴ El Origen del Juicio de Amparo en Mexico, Jesús Ángel Arroyo Moreno, Alexis de Tocqueville, La democracia en América. Ed. Crítica de Eduardo Nolla. Madrid, Aguilar, 1989.

²⁵ Constitución Argentina de 1994. Art. 43.

²⁶ Constitución de Bolivia 2009. Artículo 128 Y 129.

²⁷ Constitución de Colombia. Artículo 86.

²⁸ Constitución de Chile.- Artículo 20

Mandado de Seguridad desde 1951.²⁹ En Ecuador con la Constitución del 2008 la Acción de Protección que reemplazó al Amparo Constitucional, habiéndose aprobado por la Asamblea Nacional la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. A pesar que la Corte Constitucional, que reemplazó al Tribunal Constitucional, dictó Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las competencias de La Corte Constitucional para el Período de Transición, en la que incluyó reglas para las garantías jurisdiccionales y constitucionales.³⁰

I.1.5. Origen en la legislación Ecuatoriana

En el Estado ecuatoriano el Amparo Constitucional 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 en la década de los setenta del siglo XX, pero que contemplaba que “ (...) *el Estado le garantiza: El derecho de demandar el amparo jurisdiccional sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes*”³¹. La Constitución de 1978-79, que restablece el actual período democrático, no consagró el amparo y aunque las reformas constitucionales de 1983 buscaron reintroducirlo, el estatuto procesal quedó como una facultad del Tribunal de Garantías Constitucional; ante este organismo cualquier persona natural o jurídica podría presentar “*las quejas... por quebrantamiento de la Constitución que atente contra los derechos y libertades garantizados por ella...*”³², hablándose de queja no de amparo.

Posteriormente se fueron dando intentos y etapas como en 1993 con el proyecto

²⁹ Alfonso Herrera García, *El Derecho de Amparo en el Mundo, Argentina*. Ed. Porrúa S.A, 2006, pg 1225. **Art. 5º**

³⁰ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, S.R.O. 466 de 13 de noviembre de 2008. Art. 45 al 51.

³¹ Constitución de 1967, Art. 28 numeral 15.

³² Salgado Pesantes, Hernán, *La Garantía de Amparo en el Ecuador*. Tomado del Derecho de Amparo en el Mundo, Ed. Porrúa S.A, 2006, p 306

de Constitución Política elaborado por la Corte Suprema hoy Corte Nacional, que trata sobre el Amparo constitucional;³³ en el Estatuto Transitorio del Control Constitucional, se reguló el Amparo Ejecutivo; en el Proyecto de Reformas Constitucionales de diciembre de 1994, producto de una Comisión de Juristas nombrada por el Presidente de la República, se restableció la institución del amparo concebida en 1967, pero con una orientación más avanzada y como una garantía autónoma.³⁴ Reformas que fueron aprobadas en 1996, cuando el Congreso aprobó un bloque de reformas a la Constitución, constando en el Art. 31 de la codificación vigente hasta el 10 de agosto de 1998, en la que recoge a la acción de amparo constitucional, con ligeras modificaciones, contemplada en el Art. 95³⁵ vigente hasta el 20 de octubre del 2008. Debiendo reconocer que a la Constitución de 1998, precedió en 1997 la Ley de Control Constitucional³⁶, y de inmediato el Reglamento Orgánico del Tribunal Constitucional, con una reforma en 1998; concediendo al Tribunal Constitucional la competencia de conocer el Recurso de Amparo, en segunda instancia, naciendo por ello la nueva figura en la Legislación Constitucional,³⁷ como necesidad de dar protección o tutela al individuo frente a las decisiones de la Administración, con lo que el Amparo Constitucional se estableció por mandato constitucional, la instrumentación mediante ley y la reglamentación para la admisibilidad mediante resolución.

Es necesario puntualizar que, pese a los antecedentes históricos, las Constituciones ecuatorianas no dejaron de reconocer desde 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros tratados y convenios internacionales, que reconocen que toda

³³ Propuesta de Reforma Constitucional para el Sector Justicia Febrero 2008 Corte Suprema de Justicia.- Art. xx

³⁴ Salgado Pesantes, Hernán, *La Garantía de Amparo en el Ecuador*. Tomado del Derecho de Amparo en el Mundo, Ed. Porrúa S.A, 2006, p 305.

³⁵ Constitución de 1998. El Amparo Art. 95

³⁶ Ley de Control Constitucional RO No. 99 2 de julio de 1997. Art. 46 A 58.

³⁷ Reglamento Orgánico del Tribunal Constitucional RO. No. 189 de 7 de noviembre de 1997.

persona tiene el derecho de disfrutar en igualdad de condiciones de todos los derechos y garantías reconocidos universalmente, considerado en este caso el mayor logro de las reformas, por el acceso del pueblo a la Constitución, logrando su mayor cambio con la Constitución de la República del Ecuador del 2008 con una vigencia de pocos meses, aprobada por la Asamblea Constituyente en referéndum³⁸, que cambió la denominación de Amparo Constitucional por Acción de Protección, convirtiéndole en una acción que no requiere de formalidades procesal para su efectiva vigencia, pero que a mi entender la Corte Constitucional en el periodo de Transición, reforma la norma constitucional del Art. 86 estableciendo los requisitos de admisibilidad de la acción³⁹, lo que es superado con la aprobación de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En dichas reglas contemplaban el Procedimiento para el Ejercicio de las competencias para el Período de Transición⁴⁰ en la que acogiendo la norma constitucional determinan los derechos protegidos, los principios fundamentales propios de la acción, determinando los casos de la improcedencia y segregando y ampliando los requisitos que debe contener la demanda hoy requerimiento y la sentencia, trasladando su ejecución a las reglas procesales comunes de las garantías jurisdiccionales contenidas en el Art. 43 de dicho cuerpo normativo. Normas que han sido acogidas en gran parte por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como lo veremos más adelante.

I.2. Definición de la Acción de Protección.

Como ya lo señalamos al inicio, la Acción de Protección recibe diferentes denominaciones en los países de la región, en nuestro país la nueva Constitución

³⁸ Constitución de la República del Ecuador. R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008. Arts. 86 y 88.

³⁹ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, S.R.O. 466 de 13 de noviembre de 2008. Art. 45 a 50.

⁴⁰ Ibidem. Art. 51.

reemplaza el Amparo Constitucional por la Acción de Protección, señalando que “*La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales...*”⁴¹. Nótese que en esta definición se mantiene la palabra amparo, por lo que estamos frente a la misma acción que establecía la Constitución de 1998; Al igual que Chile, que adoptó la denominación de “recurso de protección”, pero no menos de dieciséis países Latinoamericanos, utilizan la misma connotación de “amparo” para referirse al “*recurso*”, “*acción*”, “*garantía*” o “*proceso*” de protección jurisdiccional directa de la mayoría de los derechos y libertades fundamentales. A diferencia de otros dos países que le otorgan otra denominación, aunque con finalidad semejante: Brasil, “*mandado de segurança*” (mandamiento o mandato de seguridad), y Colombia, “*acción de tutela*”. En todo caso las expresiones “*amparo*”, “*tutela*” o “*seguridad*” adquieren significaciones semejantes por el fin que persiguen cada una de ellas como lo hace la acción de “protección”.⁴²

La Acción de Protección Constitucional, se la puede considerar una garantía del derecho interno y reconocido por el derecho internacional, definido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, con la proclamación ya señalada “*que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que le ampara contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la Ley*”⁴³. Para Manuel Osorio, al referirse al amparo constitucional señala que “*es una institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Público o Constitucional y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad pública no judicial, que actúe fuera de sus*

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 88.

⁴² Ferrer Mac Gregor Eduardo, *El Derecho de Amparo en el Mundo*. Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), Ed. Porrúa S.A, 2006, p 21

⁴³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los derechos que ella protege”.⁴⁴

La Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, en su momento señaló que el Amparo no era un recurso común por inconstitucionalidad, sino una medida protectora de carácter especial, cuya admisibilidad está limitada en primer lugar a los casos en que el acto de autoridad es violatorio de alguno de los derechos reconocidos por la Constitución a las personas. La misma consideraba al Amparo como “recurso”, hasta 1998; pero para el Dr. José García Falconí, el Amparo “*es una acción especial, de derecho público, verdadera garantía, superior a las leyes de mero procedimiento*”⁴⁵, aun cuando el Amparo es una institución jurídica de aparición reciente en la vida ecuatoriana.

Entiéndase la acción de vulnerar o vulnerabilidad, que puede ser: herido, recibir lesión, física o moralmente, transgredir, violar una ley o precepto, dañar, perjudicar, etc⁴⁶, que a diferencia de lo que contemplaba el Art. 95 de la Constitución de 1998, dicha acción se planteaba como consecuencia de un acto u omisión “*que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución*”, con el consiguiente daño inminente, que en la acepción del castellano, significa “*infringir, quebrar una ley o precepto, penetrar, profanar, hacer sufrir*”⁴⁷, lo que equivalía a que debía perpetrarse o violarse con el acto u omisión, y que ésta causara daño inminente para solicitar la tutela judicial, no así en la nueva Acción de Protección.

La Constitución del 2008, ha definido a la Acción de Protección como “*el*

⁴⁴ Manuel Osorio, tomado de la obra de García, Falconí José, *El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional*, 3ra Ed. Quito, Ed Rodín. 1999, Pg. 112

⁴⁵ García, F J, *El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional*, (...)3ra Ed. Quito, Edito Rodín, 1999, Pg. 114.

⁴⁶ Diccionario Enciclopédico, Hachette Castell, Mentor. Ediciones Castell, 1983.Pg. 1458.

⁴⁷ Ibidem. Pg. 1452.

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" , acción que permite al ciudadano no solo recurrir por la violación de un derecho fundamental, si no por la vulneración de cualquiera de los derechos garantizados en la constitución, sin esperar que el acto se consuma o la omisión impida ejercer su derecho, definición constitucional que es recogida en la nueva Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la que más adelante describiremos de forma detallada en cada una de las características que rodean dicha acción.

1.2.1.- Importancia.

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

Esta acción, tiene por objeto limitar el poder de los gobernantes, se enmarca en una garantía judicial indispensable, no susceptible de suspensión ni siquiera en un

gobierno de facto, como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1986, con ocasión de la consulta formulada por el Gobierno del Uruguay. Acción ésta, que por su importancia se ha convertido en un instrumento jurídico confiado por el constituyente a través de la Constitución a todos los jueces de instancia como Jueces Constitucionales, cuya competencia se radicará conforme a la ley, por sorteo donde haya más de uno, permitiendo a la persona acudir sin formalismos de ninguna clase, presentando la pretensión en forma verbal o por escrito, sin auspicio de abogado ni mencionar las normas que le garanticen sus derechos, y en la certeza de que obtendrían oportuna resolución.

Se puede considerar que 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 contengan normas más favorables a los contenidos en la Constitución. Sin perjuicio de los principios generales que son comunes a todas las garantías jurisdiccionales de los derechos, siendo por tanto la acción de protección de naturaleza tutelar, directa, sumaria, preferente, inmediata, intercultural y reparatoria o preventiva, según sea el caso, y así lo ha concebido la ley de Garantías.⁴⁸

I.2.2. Es acción o recurso

Dado a la discusión de siempre, si el Amparo o Protección, es una Acción o Recurso, como ya indicamos recibe diferentes denominaciones en los países de la región andina y en el mundo, de tal suerte que algunos ordenamientos lo identifican

⁴⁸ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, S.R.O. 466 de 13 de noviembre de 2008.Art. 46

como “*acción*” y otros como “*recurso*”, como en los países europeos que suele utilizar la expresión “queja”, o “petición” constitucional⁴⁹. En el caso de Chile, adoptó la denominación “recurso de protección”, Ecuador cambiando la denominación de Amparo Constitucional a la “*Acción de Protección*” en la Constitución de 2008, siendo los dos países sudamericanos que adoptan el termino protección, aunque Chile lo identifica como recurso y Ecuador como acción, continuando la disyuntiva que es el tema de análisis.

En términos generales con la expresión “acción” se hace referencia a la potestad que tiene toda persona para acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado a fin de hacer valer una pretensión. Por su parte la expresión “recurso” indica la presencia de un medio de impugnación de los actos procesales destinado a promover su revisión y eventual modificación. Sin embargo, ambas expresiones resultan insuficientes para comprender la verdadera esencia del amparo o protección de los derechos, que es la de ser un proceso constitucional que se sigue ante los órganos jurisdiccionales competentes con el objetivo de proteger los derechos de la persona que cada ordenamiento ha previsto como susceptibles de ser garantizados a través de esta vía,⁵⁰ sin importar su denominación⁵¹.

Si bien es un tema polémico y se discute por la doctrina de cada país si se trata de un recurso, medio impugnativo, acción, institución política, de control, interdicto o cuasi-proceso, entre otros, lo cierto es que es difícil encuadrar en una sola categoría la naturaleza de la institución en estudio, ya que en la practica adquiere perfiles propios, incluso tratándose del mismo país. Existe la tendencia en la mejor doctrina

⁴⁹ Revista Jurídica de Macau, 199, tomado de “El Derecho de Amparo en el Mundo”, Ed. Porrúa S.A, 2006, p 13

⁵⁰ Comisión Andina de Juristas, *El Proceso de Amparo en la Región Andina*, Lima, septiembre 2000 pg 15-105

⁵¹ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, S.R.O. 466 de 13 de noviembre de 2008.Art. 45

iberoamericana, sin embargo, de englobar el fenómeno a la luz de la teoría general del proceso y de ahí considerar la naturaleza de la garantía constitucional (acción o recurso / amparo o protección) como un autentico proceso jurisdiccional autónomo.⁵²

Para el diccionario de la lengua, define al recurso como *“Acción que concede la ley al interesado en un juicio o en otro procedimiento para reclamar de las resoluciones, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante alguna otra”*, Para Alsina, *“ Llámese recursos los medios que la ley concede a las partes para obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto”*⁵³; mientras Couture, define como *“Medio técnico de impugnación y subsanación de los errores de que eventualmente pueda adolecer una resolución judicial, dirigido a provocar la revisión de la misma, ya sea por el juez que la dictó o por otro de superior jerarquía”*⁵⁴; encontrando una definición a mi criterio más certera la de Rosemberg, que señala *“Todo recurso es una petición de otorgamiento de tutela jurídica contra una resolución que no la ha otorgado en todo o en parte. Distinguiendo, que son recursos aquellos auxilios jurídicos con los cuales una de las partes, prosiguiendo la controversia, trata de anular por vía de examen mediante un tribunal superior, la resolución que le es desfavorable, y todavía no firme”*⁵⁵. Aunque cuando al referirse al Recurso de Protección, Ballesteros lo define: *“Los recursos de protección son las quejas que se interponen contra los actos de los poderes públicos en que, abusando de su autoridad, lastiman algunos de los derechos o alguna de las garantías aseguradas por la Constitución a todos los habitantes de la República”*⁵⁶. Encontrando en el Código de

⁵² Ferrer Mac Gregor Eduardo, *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), Ed. Porrúa S.A, 2006, p 21

⁵³ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires. 1942 .T. II Pg. 602-

⁵⁴ Couture, Eduardo J, *Concepto de Derecho Procesal Civil*, Tomado del Repertorio de Roberto Guzman Santa Cruz, Santiago de Chile. Ed. Carlos Fibbs, Pg. 188.

⁵⁵ Rosenberg Leo, *Derecho Procesal Civil*, Ed. AJEA, Buenos Aires 1955 T.II, pg.349. Tomado del Repertorio de Concepto de Derecho Procesal Civil, Roberto Guzman Santa Cruz, Ed. Carlos Fibbs, Santiago de Chile. Pg. 188.

⁵⁶ Ballesteros, Manuel Egidio, *La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago 1890, pg.545. Tomado del Repertorio de Concepto de Derecho Procesal Civil, Roberto Guzman Santa Cruz, Ed. Carlos Fibbs, Santiago de Chile. Pg. 201.

Procedimiento Civil ecuatoriano la disposición que señala, “*la ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso*”⁵⁷, esto nos lleva a concluir, que para hablar de un recurso este debe tener varios elementos que le diferencia claramente de la acción, entre ellos:

1. Que el recurso este previsto en la ley, como el de apelación, casación y de hecho, en materia procesal,
2. Que el mismo sea por la decisión de autoridad judicial o administrativa,
3. Que sea interpuesto ante una autoridad superior jerárquica, jurisdiccionalmente competente, y
4. Que la decisión o resolución no se encuentre en firme, ejecutoriada o ejecutada.

Entendida la definición del recurso, nos referimos a la **Acción**, que para el diccionario de la lengua es, “1. *Derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio, 2. Modo legal de ejercitar el mismo derecho pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe*”; Para Escriche, cree que la acción es: “*El derecho de exigir alguna cosa, y el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro o se nos debe por otro*”⁵⁸; pero con una definición más próxima al tema de análisis, se encuentra la definición doctrinaria de Alessandri, que considera que: “*Acción es la facultad que tiene una persona para ocurrir (concurrir) ante los tribunales de justicia, cuando se le desconoce o viola un derecho que cree tener*”⁵⁹; cabe agregar que una definición más amplia es la de Alsina, al señalar “*considerándola como la facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado a efecto de tutelar una pretensión jurídica material. Ello es consecuencia de la*

⁵⁷ Código de Procedimiento Civil, ecuatoriano, Art. 320, Codificación 2005-011 R.O.S. 58 de 12 de julio de 2005.

⁵⁸ Guzmán Santa Cruz, Roberto, *Repertorio de Concepto de Derecho Procesal Civil*, Editor. Carlos E. Gibas, Santiago de Chile, pg 26.

⁵⁹ Alessandri R Fernando, *Derecho Procesal Civil 1957*. Tomado de Guzmán Santa Cruz, Roberto, *Repertorio de Concepto de Derecho Procesal Civil*, Editor. Carlos E. Gibas, Santiago de Chile, pg 26.

*prohibición de hacerse justicia por mano propia y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional”.*⁶⁰

Si nos referimos a la acción cautelar, Carnelutti señala “*entendida como derecho al cumplimiento de los actos necesarios para decidir sobre la emanación del procedimiento cautelar y, una vez emanado, al cumplimiento de los actos necesarios para su ejecución. La especie más conocida de tal género es la acción posesoria, en antítesis con la acción petitoria, entendida como acción relativa al proceso definitivo*”⁶¹, por ello es de considerar que cuando nos referimos a las acciones en materia constitucional, a más de la acción de protección tenemos la acción de habeas corpus, acceso a la información pública, de habeas data, de incumplimiento y la acción extraordinaria de protección, recogidas en la Constitución ecuatoriana del 2008, en el capítulo tercero de las garantías jurisdiccionales, si a ello sumamos que en la jurisdicción contenciosa tenemos claramente identificadas las acciones: penal, contenciosa administrativa, civil y dentro de ésta última la acción ordinaria y acción ejecutiva, etc. Hasta llegar a un concepto moderno de la acción, entendido por De la Rúa como un “*poder jurídico de hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional*”⁶², concluyendo que “*no cabe duda que el amparo es una acción*”, aunque para Bidart Campos se refiere a la acción de amparo “*como ejercicio del derecho a la jurisdicción dejando el término juicio de amparo para cuando la acción pone en movimiento un proceso de tipo jurisdiccional.*”⁶³

Cabe considerar que el constituyente al definir la protección, consideró que lo

⁶⁰ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires. 1942 .T. I Pg.185. Tomado de Guzmán Santa Cruz, Roberto, Repertorio de Concepto de Derecho Procesal Civil, Editor. Carlos E. Gibas, Santiago de Chile, pg 28.

⁶¹ Carnelutti, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Ed. Hispanoamericana. Buenos Aires 1922, t. II, Pg 653. Tomado de Guzmán Santa Cruz, Roberto, Repertorio de Concepto de Derecho Procesal Civil, Editor. Carlos E. Gibas, Santiago de Chile, pg 33.

⁶² De La Rúa, E, *Proceso y Justicia*, Argentina, Ed. Lerner, 1980, pag. 49.

⁶³ Díaz, Silvia Adriana, *La Acción de Amparo*, Argentina, La Ley, Buenos Aires 2001. Pg. 27

pertinente es que se plantee como acción y no como recurso, que como ya indicamos la acción tiene una connotación distinta de un recurso, por tanto se puede concluir que bien ha hecho el constituyente denominar a las acciones constitucionales como tal, en este caso particular la Acción de Protección, que es como se deberá llamar, más si en la misma acción de protección encontramos el recurso de apelación ante la Corte Provincial.

I.2.3. Elementos o características esenciales de la Acción de Protección.

En este estudio, debemos puntualizar que la garantía constitucional no se restringe a lo judicial, sino también a la función de los poderes del Estado y a los derechos y al rol de la justicia constitucional, derivándose con ello en las garantías normativas (art 84), políticas públicas (art 85) y garantías jurisdiccionales (Art 86 a 94), correspondiendo a los jueces controlar que los actos públicos no violen derechos. Sin que exista poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido o judicializado. De esa forma, el enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos (art. 11,9) cobra sentido.⁶⁴

La Constitución vigente establece que *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona*

⁶⁴ Avila Santamaría, Ramiro, *Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Desafíos constitucionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia. Quito-2008. Pag.93.

particular,”⁶⁵ La reciente Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala que la acción de protección, tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las otras acciones jurisdiccionales.⁶⁶

Si hablamos de las características de la Acción de Protección, se puede señalar que se trata de una **acción de amparo directa y eficaz**, para proteger los derechos reconocidos en la Constitución, a la que son aplicable todas las disposiciones comunes a las garantías jurisdiccionales, lo que evidencia que a diferencia del texto constitucional sobre el Amparo en la Constitución de 1998, amparaba los derechos fundamentales de las personas, la actual constitución con esta acción protege no solo a los derechos fundamentales, sino a todos los reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales, sin diferenciar las jerarquías. Cuyo 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, incluyendo a las comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, dando igual jerarquía a todos los principios y derechos ⁶⁷, pudiendo demandarse dicha acción cuando exista una vulneración de derechos constitucionales.

Entre los elementos y características de la “Acción de Protección”, encontramos la titularidad para accionar, es decir para acudir ante una autoridad judicial, conocida como legitimidad activa, pudiendo cualquier persona, grupo de personas, comunidad,

⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador R.O. 449 del 20 de octubre del 2008, Art. 88.

⁶⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 40.

⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador, R.O.449 de 20 de octubre de 2008 Art. 11,n 7 y 6.

pueblo o nacionalidad (art 86.1) proponer la acción de protección,⁶⁸ así mismo encontramos la legitimación pasiva, encontrando en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el requirente que puede ser distinto del afectado, los terceros que podríamos identificarlos como activo o pasivo, ya por el interés de estos, del Estado o de la comunidad, por las violaciones de derechos, para que se corrijan las acciones atentatorias a los derechos, sin que pueda tolerar la violación de los derechos humanos sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete.

69

En si la Constitución establece que las garantías son tanto cautelares como de fondo o conocimiento, debiendo solicitar la medida cautelar cuando se trata de evitar una violación, acción preventiva, o cuando se debe detener el cometimiento de una violación de derechos, acción que permite cesar un acto, no importa la gravedad; y cuando la acción ya se ha ejecutado con la violación o ya se ha consumado, es una acción reparadora.

En este caso, los elementos que caracterizan la acción de protección según la LOGJCC, cuando se presentan los siguientes requisitos:

- a) Violación de un derecho constitucional,
- b) Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente.
- c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.⁷⁰

⁶⁸ Avila Santamrìa, Ramiro, *Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Desafíos constitucionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia. Quito-2008. Pag.95.

⁶⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 40.

⁷⁰ Ibidem, Arts. 40 y 41

De acuerdo al texto constitucional se puede señalar que la Acción de Protección, es una acción: sencilla, rápida, informal, no requiere invocar norma infringida y eficaz. Sin embargo Las Reglas dictadas por la Corte Constitucional, le dotaban a más de las características establecidas en la Constitución otras características como: Celeridad = rapidez, la No subsidiariedad, con trámite preferencial, y de diversidad cultural⁷¹, pero que la LOGJCC, no desarrolla de manera amplia dichas características. Características que nos permitimos desarrollar brevemente para un mejor entendimiento, sin que sea necesario referirnos a la forma de presentarse sea oral o escrita:

Sencillez.- Elemento que lo encontramos en la misma norma constitucional cuando señala que el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Determinemos hasta donde nos lleva la interpretación de la sencillez en un proceso de acción de protección, pero que lo veremos al momento de hablar de la procedencia. Sencillez que incluye no solo la presentación, si no en la facultad de notificar a los legitimados activos o pasivos, por cualquier medio eficaz y al alcance del juzgador.⁷²

Rapidez o Celeridad.- En este caso 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. En cuanto a la Celeridad, las reglas de la Corte Constitucional señalaban, que el trámite de las garantías jurisdiccionales se desarrolla 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

⁷¹ Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. Art. 43 n.l. R.O.466 13 de noviembre de 2008.

⁷² Constitución del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008, Art. 86 literal a)

dilaciones innecesarias que retrasen su resolución.⁷³ Se debe aclarar, que la vía más idónea no es vía más rápida, sino que significa más apta, más hábil, más apropiada, de acuerdo a todas las circunstancias que el caso presenta, resultando idónea la vía, si mediante otras se efectiviza evitando un daño grave que se convertirá en irreparable si se aguarda a la sentencia de esa vía alternativa. Ello debe ser considerado por cuanto el tiempo resulta un factor esencial a tener en cuenta en la elección de esta vía.⁷⁴ Sin que se tome el factor tiempo aisladamente, sino que debe ser tenido en cuenta para saber si guarda relación causal con el daño que provoca acudir a otra vía, como la ordinaria o verbal sumaria, que de acudirse a estas vías produciría daño. Si bien es cierto la celeridad es muy anhelada por cualquier justiciable, pero no debemos olvidar que el proceso puede terminar en un rechazo de la demanda ante la limitación del campo de acción del órgano jurisdiccional, sin perjuicio, claro esta, de que el juez puede decidir la reconducción de la vía, debiendo el amparista reformar su pretensión.

La sola palabra celeridad nos manda directamente a la aplicación, del principio de celeridad, que es un derecho fundamental al debido proceso. Según este principio el proceso debe llevarse a cabo de forma rápida, sin dilaciones injustificadas. Sin que el extremo de celeridad del proceso, nos lleve a precluir etapas del mismo o a que, como consecuencia, se afecte el derecho de defensa. De este modo y como ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia, que el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas no puede ser un principio absoluto, sino que implica un “equilibrio razonable ente el principio de celeridad y el derecho de defensa”. Debiendo ser tarea de los Asambleístas, buscar armonizar el principio de celeridad, que el proceso se tramite en el menor tiempo posible, y el derecho de defensa que implica que *“la ley debe prever*

⁷³ Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. Art. 43 n.1. R.O.466 de 13 de noviembre de 2008.

⁷⁴ Díaz, Silvia Adriana, *La Acción de Amparo*, La Ley, Buenos Aires 2001. Pg. 110

un tiempo mínimo para que el imputado pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa”,⁷⁵ lo que se concreta con los términos establecidos en la LOGJCC, con la oralidad del proceso y al disponer que en la misma audiencia se dicte sentencia en forma verbal.⁷⁶

Informalidad.- En la norma Constitucional claramente se señala que las Garantías jurisdiccionales, podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida, y no será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción, bastando detallar los hechos u omisión.⁷⁷ Sin embargo la Corte Constitucional a través de las reglas estableció requisitos que debe cumplir la pretensión,⁷⁸ requisitos que han sido acogidos por la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 10, pese a que la norma constitucional no establece formalidad alguna, considera los requisitos constante en la norma invocada, pero sin apartarse de la no exigencia de formalidades, toda vez que de observarse la falta de estos requisitos se mandará a completar la demanda de no ser así el juez solventará dichos requisitos de ser posible para lograr la audiencia.⁷⁹

No requiere invocar norma infringida.- La norma constitucional se va al extremo de la informalidad y de la aplicación del derecho, al establecer que para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales no requiere citar norma infringida. Esta falta de invocación de norma infringida, consideramos traslado al Constituyente, imaginariamente, al ciudadano analfabeto o que siendo letrado no lo es en el campo del

⁷⁵ Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia 2005. Corte Constitucional Sentencia C-699-2000.

⁷⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 14.

⁷⁷ Constitución del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008, Art. 86 numeral 2, c).

⁷⁸ Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. S.R.O. de 13 de noviembre de 2008. Art. 43 n.1.

⁷⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 14

derecho ni mucho menos en las normas constitucionales o legales, pero que sin importar su condición cultural se encuentra en una situación en la que se le están o han violando sus derechos fundamentales, para que, sin importar dicha condición pueda concurrir a cualquier juez de instancia y pida la protección o reparación de su derecho, abundando en la petición que puede hacerla oral y sin firma de abogado. Estas disposiciones, para la sociedad legalista podría interpretarse como el caos jurídico, sin embargo desde la necesidad del ciudadano común es la oportunidad para sin formalismos se protejan sus derechos, no hacerlo será seguir en el pasado desconociendo la realidad social de las clases menos favorecidas e incumpliendo con la disposición del Art. 426 de la Constitución que obliga garantizar los derechos aunque las partes no lo invoquen.⁸⁰

Eficaz.- Con este elemento⁸¹ el Constituyente ha buscado que las acciones y las resoluciones, en las que se resuelvan la vulneración de los derechos, tengan eficacia, desde su presentación, la medida cautelar, el procedimiento y la ejecución de la sentencia, para ello se ha dictado normas imperativas disponiendo la destitución del funcionario que incumpla la sentencia de la acción.⁸² Esto no podía obedecer a otra cosa que el abuso de autoridad y el desacato permanente en el que incurren los funcionarios públicos, que ni aún con el desacato se lograba la eficacia de la acción. Esto podremos entender como la nueva estrategia para lograr la efectividad en la protección de los derechos ciudadanos garantizado en la Constitución, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales, ya que en el sistema anterior la eficacia de las acciones para la defensa de los derechos fundamentales, se reducía a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son

⁸⁰ Constitución del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008, Art. 426.

⁸¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 14

⁸² Constitución del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008, Art. 86, 4.

aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias en la nueva acción de protección, así lo entiende y expresa la Corte Constitucional de Colombia, cuando de garantizar los derechos fundamentales se trata⁸³. Con estas consideraciones anotadas podemos concluir que la Acción de Protección se caracteriza por ser:

- Una acción y no un recurso, porque no tiene por objeto impugnar resolución judicial alguna, sino que es el mecanismo para por medio de la jurisdicción poner en conocimiento una acto u omisión que vulnere un derecho garantizado en la constitución,
- Una acción cautelar y directa, que da origen a un procedimiento de urgencia, que persigue la adopción de las medidas necesarias para impedir se cause daño y otorgándole la debida protección,
- La acción de protección es un proceso sumarísimo, preferente e inmediato,
- Es una acción preventiva o reparadora, según el caso,
- En su tramitación no cabe inadmisión sin motivación, rechazo por falta de requisitos, ni inhibición del juez, aunque aplicable la excusa según las normas del procedimiento común.
- Permite al juez constitucional disponer la práctica de prueba,
- Permite la intervención de un tercer interesado, debidamente justificado, incluyendo en estos casos a la Procuraduría General del Estado como un tercero pasivo, según el caso.
- Prohíbe presentar más de una acción sobre la misma materia y objeto,
- La sentencia es un acto de naturaleza jurisdiccional, que tiene por objeto la reparación integral de los derechos fundamentales, estableciendo el alcance de

⁸³ Corte Constitución de Colombia, Sentencia No T406-92.

dicha reparación, las obligaciones positivas y negativas y las circunstancias en que se debe cumplir, dependiendo de cada caso concreto,

- Los jueces competentes son los jueces de primera instancia del lugar donde se dicta el acto o surte los efectos, por sorteo,
- Es un proceso de doble instancia, la primera ante el juez de primera instancia y la segunda ante la Corte Provincial, cuya resolución es inapelable, definitiva y una vez ejecutoriada se remite a la Corte Constitucional constituyendo la jurisprudencia.

I.3.- Medidas Cautelares.

El constituyente con el fin de proteger de manera eficaz los derechos garantizados en la Constitución, prevé que *“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”*⁸⁴, la que se convierte en una medida importante de la acción de protección, con alcance preventivo. Esto lo puede hacer el ciudadano a través de un juez, solicitando dicha medida en forma directa, según las reglas dictadas por la Corte Constitucional y acogidas en la LOGJCC, sin perjuicio de los principios generales que son comunes a todas las garantías jurisdiccionales de los derechos, consolidando el carácter preventivo, tutelar y reparador de la acción de protección; posibilitando en este caso la acción popular,⁸⁵ estableciendo en la LOGJCC el procedimiento, requisitos y ejecución de la medida, incluyendo la posibilidad de revocatoria, audiencia y apelación de dicha actuación procesal de ser negada la pretensión del legitimado pasivo.⁸⁶

⁸⁴ Constitución del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008, Art. 87

⁸⁵ *Ibidem* Art. 99

⁸⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 26 al 38.

Debe quedar claro, que en principio la medida cautelar no constituye un procedimiento judicial y el juez debe actuar de inmediato y tomar cualquier medida siempre que sea efectiva, como así lo señala Ramiro Ávila.⁸⁷, aunque para Carolina Silva Portero, se debe distinguir la gravedad del hecho y la urgencia, de los que no lo son, para impedir o hacer cesar la violación, adoptando medidas urgentes para evitar daños irreparables a la persona.⁸⁸ Considerando grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación, sin que ello constituya prejuzgamiento sobre la declaración de la violación, ni tendrá valor probatorio.

Pero en la nueva LOGJCC, manda a desarrolla todo un procedimiento, que siendo tutelar la medida, luego de su ejecución lo convierte en un proceso de conocimiento. Debiendo dejar en claro que la medida cautelar, puede tener dos posibilidades para su ejecución, uno si se presenta de forma directa previo a la acción principal, y el otro si en la pretensión principal se solicita medidas cautelares, la mismas que de acuerdo a las disposiciones del cuerpo de normas en referencia, desembocaría en verdaderos procesos de conocimiento.

Debiendo el juez, para la eficacia de esta medida, buscar los medios mas sencillos y que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado. Distinguiendo que de ser presentada conjuntamente con el requerimiento principal, la medida cautelar se tramitará previamente a la acción para declarar la violación de derechos, por lo que no se requerirá la calificación de requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares, pudiendo el juez, de ser procedente, ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción.

⁸⁷ Ávila Santamaría, Ramiro, *Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Desafíos constitucionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia. Quito-2008. Pag.95-96.

⁸⁸ Silva Portero Carolina, *Las Garantías de los derechos*, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. pag.73.

Este hecho genera contradicción por lo siguiente: Al momento de disponer previamente la acción principal la medida, según lo dispuesto en el Art. 35, dicha medida puede ser revocada a petición de parte, por lo que deberá tramitarse en cuaderno separado dicho procedimiento de revocatoria, toda vez que calificada la admisibilidad se debe señalar, en la causa principal, la audiencia pública, por lo que debe impulsarse la revocatoria y la acción principal, pero no en el mismo cuaderno, si no por el contrario en dos cuadernos, por cuanto la revocatoria puede ser materia la revocatoria misma, sino que puede interponerse el recurso de apelación ante la negativa del cese de la medida, pudiendo inclusive generarse audiencia a parte de la señalada en el tema principal.

En este caso la medida cautelar no procede cuando se trata de derechos patrimoniales o derechos que se derivan del cumplimiento de contratos, cuando existan vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección derechos, como así se lo contempla en los artículos del 26 al 38 del marco legal invocado. Ello nos lleva a concluir que la acción de protección, solo está provista de elementos constitutivos sin que su procedimiento se vea limitado para hacer efectivo el derecho a acceder a la tutela judicial efectiva, pero que a su vez le resta la eficacia al convertirle un procedimiento separado de la acción principal, que en este caso le desnaturalizará tanto la acción, como el fin mismo de la medida, a tal punto que mientras el juez resuelva la procedencia de la acción principal, la medida cautelar puede estar para resolución del superior por la apelación, sin que el juez de instancia pueda tener el control.

CAPITULO II. FORMALIDAD Y ADMISIBILIDAD EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

II.1.- Autoridad competente, Legitimación activa y pasiva.

Partiendo de la premisa de que, si el Sujeto Activo de las garantías es el individuo, el sujeto pasivo, en principio, es el Estado. La juridicidad de esta relación se deriva del orden de derechos, escrito o consuetudinario según de qué sistema estamos hablando. El Gobernado tiene el goce y disfrute de las garantías directamente frente a las autoridades estatales e indirectamente frente al Estado como ente jurídico, que necesariamente tiene que estar representado por aquellas. Por eso, desde el punto de vista del sujeto activo, las garantías se traducen en un derecho, en una potestad jurídica. Para el Estado, a través de sus autoridades, las garantías generan una obligación traducida en la imposición constitucional de respeto a los derechos de los gobernados. El cumplimiento de la obligación constitucional tiene dos dimensiones: la abstención, dejar de hacer, o la acción, conducta positiva o de hacer.⁸⁹

Por esta razón corresponde distinguir a los sujetos de la relación jurídica, que en el caso de las garantías jurisdiccionales intervienen el Estado a través de la autoridad pública, el Juez como el garantizador de los derechos ciudadanos, el requirente o legitimado activo, afectado, que puede ser distinto del requirente, el requerido como legitimado pasivo, incluyendo la LOGJCC, como parte en los procesos de Garantías Jurisdiccionales a los terceros, sean estos activos o pasivos.

⁸⁹ García Falconí, José, *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador*. 1ra Edición 2008, Ediciones Rodin. Pag. 58.

II.1.1. Ante quien se debe presentar la Acción de Protección.

La nueva Constitución de 2008, Art. 86,2, señalan que para conocer no solo la acción de protección, sino todas las garantías jurisdiccionales, “*Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos*”, de igual manera se contemplaba las reglas dictadas por la Corte Constitucional, para el periodo de transición, y la reciente LOGJCC en el Art. 7 establecen los jueces competentes como lo señala la norma constitucional, para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales de los derechos. En este caso corresponde al accionante elegir ante cual de las dos autoridades le es conveniente presentar la acción, sin que ello signifique favorecerse, sino por la incidencia de factores logísticos, económicos etc.

La duda surge, cuando en la misma circunscripción territorial hay más de una jueza o juez, y el requerimiento se presenta verbalmente o en días de descanso, generándose dos escenarios: Un primer escenario es, en qué momento se radica la competencia, si la acción de protección se presenta de forma verbal?, aunque ni la Constitución ni las Reglas, establecen cual sería el juez competente cuando la petición es oral. El segundo escenario es, qué hacer si se la presenta fuera de horario y días feriados?, en estos casos ya la LOGJCC señala que se realizará el sorteo sólo con la identificación personal, por lo que la competencia se radica mediante sorteo, y así se instruyó a la sala de sorteos del Distrito de Pichincha, aunque no consta por escrito, y cuando sea fuera de horario la misma norma señala que será competente el juez penal o de tránsitos que este de turno,⁹⁰

En todo caso la competencia está dispuesta a todas las juezas y jueces, sin que se

⁹⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 7.

pueda alegar incompetencia en razón de la materia o el fuero, aunque con la Constitución de 1998 hubo más de una discrepancia determinar quién era el competente para conocer y resolver la acción de amparo, por cuanto la disposición constitucional señalaba por un lado a los jueces civiles y por otro a los jueces de primer instancia, habiendo lógicamente de acuerdo a la organización de la Función Jurisdiccional, varios tribunales que eran de 1er instancia, como los Tribunales Distritales Contencioso Administrativo, Fiscal, las Corte Superiores, y la Corte Suprema que tenían competencia de 1ra instancia en determinados casos, debiendo por varias oportunidades el Tribunal Constitucional pronunciarse que no correspondía a las Cortes Superiores y Suprema, (hoy Provinciales y Nacional) conocer las acciones de amparo. En este caso la Constitución del 2008 establece para el conocimiento y resolución de las Acciones de Protección, a todos las juezas y jueces, sin que especifique si de primer instancia, pero ello está solucionado con la disposición de la misma norma constitucional que señala *“Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial”*⁹¹, por lo que al ser los competentes en segunda instancia las Cortes Provinciales, es lógico y que no amerita discusión, que los competentes son todos los jueces de primera instancia, porque la segunda instancia está asignada a los jueces de las Cortes Provinciales, mas si los Tribunales Distritales que tenían competencia de primera instancia han dejado de existir para convertirse en salas especializadas en las Cortes Provinciales, a excepción de los Tribunales Penales que el Código Orgánico determina su competencia de primera instancia y también son competentes para estas acciones. Competencia que se radica por sorteo, como lo dispone el Art. 7 de la LOGJCC y Art. 160 del Código Orgánico, al referirse de los modos de prevención de la competencia, cuya asignación corresponde a todos los jueces cuando haya más de uno en cualquier localidad, sin que se pueda pensar que se debe sortear de acuerdo a la materia o especialidad de cada uno de los juzgados,

⁹¹ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 86.4

lo que sería equívoco, debiendo incluir a los Tribunales Penales como lo dispone el numeral 2, de la norma citada, lo que ha evitado que el ciudadano esté buscando establecer ante qué juez puede presentar su requerimiento. Esto obligará a que todas las juezas y los jueces estén obligados a observar la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, y no se podrá alegar su desconocimiento o falta de ley, para resolver las acciones constitucionales.

Cabe destacar como positivo, el hecho que al ser competente todos los jueces de primera instancia, para conocer y resolver las acciones de protección, es decir los jueces civiles, niñez, penales, laborales, tránsito, tributario fiscal, Tribunales Penales, permite darnos cuenta, que desde la vigencia de la Constitución, el 20 de octubre del 2008 al 20 de abril del 2009, es decir en 180 días, solo en el distrito de Quito, provincia de Pichincha han ingresado un total de 431 causas, las cuales se han distribuido en 44 jueces equivalente a un promedio de 10 causas por juzgado en los 6 meses, que haciendo un comparativo en igual periodo con la acción de amparo, las causas sorteadas llegaron a un promedio de 40 a 50 causas, pero que al año alcanzaba un total de 100 causas en todos los recursos constitucionales, en este caso el promedio que resolvería cada juez sería de un aproximado de 20 a 30 causas promedio al año, distribución que ha beneficiado al usuario, afectado o legitimado activo.⁹²

Cabe preguntarse, si los Jueces de Paz serán competentes para conocer y resolver las acciones de protección?. De inicio por ser jueces y porque sus resoluciones garantizarán y respetarán los derechos reconocidos en la Constitución, se pensaría que sí. Pero No, primero porque la ley ha establecido sus atribuciones y no incluye la competencia para conocer las acciones de protección; mas si consideramos que para ser

⁹² Fuente, Departamento de Informática de la Función Judicial-Pichincha.

Juez de Paz no se requiere ser profesional en Derecho, su designación estará dada por la comunidad, la competencia es exclusiva para resolver conflictos en equidad sometidos a su jurisdicción de conformidad con la ley, salvo que la ley de manera expresa les asigne dicha competencia, pero hasta hoy no tienen competencia. Igual ocurre con las juezas y jueces Especiales de Policía y Militares y del Tribunal Contencioso Electoral, en estos casos la ley expresamente ha establecido su competencia, y que no la tiene, como ya señalamos en el caso del Contencioso Electoral en líneas anteriores.⁹³

II.1.2. Quién y contra quién se debe interponer la Acción de Protección.-

Legitimación Activa.

La persona que acuda ante una autoridad judicial y pone en conocimiento la existencia de una violación de derechos, se denomina **legitimación activa**, es decir corresponde interponer la acción de protección a cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad,⁹⁴ Al respecto Ramiro Ávila al referirse a las garantías como herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos, en el avance conceptual de la Constitución de 2008, señala: *“La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a persona o grupo de personas alguna. Al Estado y a la comunidad le interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos” (...)* y que los llamados *hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución son aquellos a quienes les han sido vulnerado sus derechos.*⁹⁵ En este caso La Constitución, en el Art. 86,1, señala *“Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”* y la LOGJCC, en

⁹³ Tribunal Contencioso Electoral. expediente No 361-2009, propuesto en contra del Director de la Delegación Provincial Electoral del Guayas, citada en líneas anteriores.

⁹⁴ Constitución del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 86 numeral 1.

⁹⁵ Ávila Santamaría Ramiro, *Desafíos Constitucionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Pg.94

el Art. 9, manteniendo el criterio que contempla las Reglas dictadas por la Corte Constitucional para el período de transición, estableciendo que las acciones podrán ser ejercida: “ a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) Por el Defensor del Pueblo”⁹⁶.

Pero a la legitimación activa, aunque se determina quienes son, se la debe considerar, no solo de quien es el agraviado, por los actos u omisiones de la autoridad pública no judicial, sino también cuando la privación en el goce o ejercicio de los derechos provenga de políticas públicas, de la prestación de servicios públicos impropios o de particulares, mas si éstos afectan a un colectivo, en estos casos, se debe aplicar en el sentido literal la disposición constitucional, de que sea cualquier persona agraviada quien presente la acción de protección, porque no todos los ciudadanos tiene la posibilidad de entender ni mucho menos conocer el alcance de una política pública, ni que ésta pueda vulnerar derechos fundamentales en el presente o en el futuro, por lo que bajo esta perspectiva la acción de protección, para el caso de políticas públicas debe ser de acción popular.

La preocupación surge también, cuando el agraviado se encuentre en estado de subordinación e indefensión, y que ello ocurra en las denominadas instituciones totales o cerradas, la posibilidad de que quien sufra el agravio pueda hacer uso de las acciones que la ley le franquea para garantizar sus derechos son mínimas, por no decir nulas. Corresponde preguntarse quién defiende a estas personas, mas si no tienen representación que puedan defender sus derechos. Situaciones de esta naturaleza que

⁹⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 9.

pueden alcanzar a aquellos que se sienten discriminados por la falta de protección de un derecho fundamental, como en el caso de un enfermo que no es atendido en un hospital por desconocer su identidad o porque no tiene las garantías reales que el centro de salud impone y que por sus condiciones no puede hacer valer sus derechos, y que como bien lo señala la LOGJCC en el Art. 9 inciso segundo “*Se considera 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.*” En estos casos considero que debe ser de acción popular, porque en ese momento no está el Estado, el Defensor del Pueblo, ni puede ser representado por una persona en particular.

Podemos decir también que Legitimación Activa, comprende a cualquier persona física o jurídica que estime vulnerados sus derechos garantizados en la Constitución. Hoy en día, existe la tendencia de ampliar la legitimación activa hacia figuras de representación colectiva, a parte del Defensor Público a asociaciones legalmente constituidas para la tutela de los intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos. En algunos países se ha regulado el “amparo colectivo” con cierta efectividad, como por ejemplo en Argentina, Brasil y Colombia.⁹⁷ Así mismo en México se reconoce como legitimario activo al agraviado, sin que exista limitación alguna para que el juicio sea promovido por cualquier persona física o moral de carácter privado.⁹⁸ Pero en la legislación chilena al igual que en la nuestra, el afectado puede concurrir por sí o por cualquier persona a su nombre, capaz de comparecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, comprende toda clase de personas, aunque se trate de entidades que carecen de personalidad jurídica (grupos intermedios). Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado de forma unánime en el sentido de que no

⁹⁷ Ferrer Mac Gregor Eduardo, *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), , Ed. Porrúa S.A, 2006, p 23

⁹⁸ Luna Ramos Margarita Beatriz, *Medios de Control Constitucional en el Derecho Mexicano*, Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, Quito 2006. Pg. 42

es una acción popular, y que debe tratarse de personas afectadas, las que deberán encontrarse determinadas e individualizadas en el libelo de demanda, es decir el no afectado no puede accionar en el recurso de protección.⁹⁹ La LOGJCC, contempla que si la acción ha sido presentada por interpuesta persona, se deberá notificar a la persona afectada, quien podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir, deducir los recursos aunque no haya comparecido antes. Incluyendo a los terceros que tengan interés en la causa para mejor proveer, a los que podrá el juez escuchar en audiencia pública.¹⁰⁰

Legitimación Pasiva.

La Acción de protección procede contra actos u omisiones de autoridad pública y de particulares que violen o amenacen violar los derechos fundamentales. En el caso de que la violación o la amenaza de vulneración del derecho fundamental provengan de una autoridad pública, su delegatario o de un funcionario de nivel jerárquico inferior, la acción se dirigirá contra la máxima autoridad o el representante del órgano que viola o amenaza el derecho fundamental. Aunque parecería, que si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción, se entendería, se deben dirigir contra ambos. Ello nos lleva a la interrogante, para que se demanda a tantos si quien es el responsable de la vulneración de los derechos es la máxima autoridad pública, sea que la violación se cometa de manera directa o a través de delegados o subordinados, entonces cabe concluir que la demanda debe ser propuesta contra la autoridad pública representante del ente estatal. La situación se agravaría, si el requirente debiera demandar a todos los miembros de cuerpos colegiados, como el caso de los Tribunales o Consejos de

⁹⁹ Constitución Política de Chile,

¹⁰⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Arts. 11 y 12.

Disciplina de la Policía Nacional o Fuerzas Armadas, lo que imposibilita al afectado poder demandar a todos los miembros de dichos órganos, por la ubicación de su repartos a la fecha de planteada la acción de protección, pero como ya señalamos no requiere demandar a cada uno de sus miembros, si no exclusivamente a la autoridad representante de la institución, a la que pertenecen los cuerpos colegiados. Ello se justifica por que en la Acción de Protección, solo se resuelve determinando si existió o no la vulneración del derecho garantizado en la Constitución, sin que importe si quienes dictaron el acto hayan hecho o no la defensa, ello es concordante con el hecho de que no es indispensable que comparezcan los requeridos a la audiencia de la acción de protección ni justificar la vulneración de derechos constitucionales.

Que diremos entonces si las acciones de protección se plantean contra Políticas Públicas, corresponden establecer para lograr la eficacia de la acción, cual es la autoridad pública responsable de dicha política pública, ya sea por acción u omisión, sería por tanto contra esa autoridad que se plantee la Acción de Protección. Y en el caso de que dicha política pública provenga de la iniciativa presidencial, correspondería presentar la acción contra el Presidente de la República, con la correspondiente notificación al Procurador General del Estado como Abogado del Estado, en ambos casos.

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

particular actúa por representación, concesión o delegación.¹⁰¹, por ser el más alto deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, y que El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.¹⁰²

Por lo que no cabe duda que el responsable de todos los actos tanto de las autoridades públicas, como de los particulares que prestan servicios a nombre del Estado, es precisamente el Estado, por lo que se puede decir que el principio básico de la acción de protección, es dirigirla en contra del Estado, a través del funcionario público representante de la entidad o empresa pública, a quien se emplazará por la privación, perturbación o amenaza del derecho vulnerado. Pudiendo ser un particular pero que como ya dijimos, al prestar servicios públicos por delegación o concesión, es responsable el particular y la autoridad pública. En este caso se debe considerar que hay actos de autoridad, manifestados mediante resoluciones o decretos y hay vías de hecho, que pueden provenir de la misma autoridad con los particulares, contra cuyas autoridades procede la acción.

En este tema, la tendencia se dirige claramente hacia la procedencia de la acción contra actos de particulares, especialmente a los grupos sociales. Esta corriente que inició con el caso paradigmático de “Samuel Kot”, en Argentina (1958), se ha recogido en las actuales Constituciones de Argentina, Colombia, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y

¹⁰¹ Constitución del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 88. Reglas de la Corte Constitucional Art. 48.

¹⁰² Constitución del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 11, 9.

Ecuador, considerada la protección horizontal de los derechos fundamentales como una variable en franca expansión en Iberoamérica y que está alcanzando la aceptación vía jurisprudencial por varios Tribunales o Cortes Constitucionales.¹⁰³

Los Terceros.

En la anterior acción de amparo, no se contemplaba derechos de terceros, sin embargo la nueva LOGJCC, contempla la comparecencia de terceros al señalar, 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 hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado, que podrán intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del requerido, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional.¹⁰⁴

En el primer caso estamos hablando de un tercero legitimado activo, que sería la persona que tenga interés en que se proteja los derechos vulnerados, en el segundo caso estamos hablando de un tercero pasivo, que sería la persona que tendría interés en que se mantenga el acto u omisión impugnado, por el cual se ha planteado la acción de protección. Debiendo considerar que el tercero activo puede ser también, la persona o grupo de personas, que sin ser afectadas presenten la acción sin necesidad de poder o ratificación, a quien se lo considera el requirente. Entendiendo que la participación de los terceros es activa, que de considerarlo la jueza o juez autorizará la intervención en la audiencia, quienes tendrán derecho a intervenir diez minutos.

¹⁰³ Ferrer Mac Gregor Eduardo, *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), Ed. Porrúa S.A, 2006, p 23

¹⁰⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 10, num 5, 11, 12 y 14.

No se puede desconocer la intervención, como tercero pasivo, de la Procuraduría General del Estado, quien sin ser parte interviene en la acción de protección defendiendo los actos u omisiones impugnado en la acción, esto obedece a que se considera que la acción se ha planteado contra la autoridad pública, pero que a nuestro entender no debe tener una actuación como tercero pasivo, sino que dentro de su competencia establezca la existencia de la vulneración de los derechos garantizado en la Constitución, y según el resultado deba intervenir, toda vez que al ser el Estado garantista de los derechos no puede desconocer la real violación de los derechos de los ciudadanos, ello allanaría el camino para que se allanen a la pretensión de la acción, permitir un acuerdo de reparación, y considerar que la misma no se debe apelar por la evidente vulneración de un derecho, ello constituiría la eficaz garantía de los derechos y reparación cuando estos hayan sido vulnerados, por parte del Estado.

II.1.3. Contra qué se debe interponer la Acción de Protección.

Se debe determinar contra qué se debe plantear la acción de protección. Estableciendo previamente y determinar cuál es el acto u omisión de autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio,¹⁰⁵ que sea impugnado mediante esta acción. Si se trata de acto administrativo de autoridad pública no judicial, una política pública o por actos de particulares.

Cuando hablamos de vulneración de los derechos constitucionales, nos remitimos a los principios de aplicación de los derechos, donde la norma constitucional identifica a las personas, no distingue entre personas naturales o jurídicas, comunidades,

¹⁰⁵ Idem, Arts.41 num 1.

pueblos, nacionalidades y colectivos, tampoco distingue si reconocidos o no legalmente, como los titulares de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, incluyendo a la naturaleza como titular de derechos.¹⁰⁶ Analizando su alcance, nos lleva a determinar, en primer lugar, que son todos los derechos garantizados en la Constitución sin excepción, y que dichos derechos se los puede ejercer en forma individual o colectiva, aplicables directa e inmediatamente por cualquier servidor público administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, sin que se pueda alegar falta de norma para su pleno reconocimiento, y considerándoles de igual jerarquía. Sin que se pueda excluir los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades necesarios para su desenvolvimiento.¹⁰⁷ Comprendiendo en dicha impugnación, de acuerdo al desarrollo normativo constitucional, los Derechos: del buen vivir, derecho al agua y alimentación, a un ambiente sano, a la comunicación e información, a la identidad cultural, al goce del progreso científico, a la educación, al hábitat y a una vivienda, a la salud, al trabajo y la seguridad social, a la movilidad (migración), a bienes y servicios de calidad, a la participación y al derecho de libertad, etc. Incluyendo los derechos de mantenimiento y regeneración de la Pacha Mama (la naturaleza), y los derechos de protección como el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva de sus derechos, entre otros. Concluyendo que la acción de protección se debe plantear contra todo acto u omisión que pueda vulnerar (transgredir, quebrantar, violar, dañar, perjudicar)¹⁰⁸ a cualquiera de estos derechos, sin que se pueda permitir en ningún caso, a título de reforma constitucional, legal o por actos de gobierno o del poder público, se atenten contra los derechos que reconoce la Constitución.

¹⁰⁶ Constitución del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008. Art.10.

¹⁰⁷ Constitución del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008. Art.11.

¹⁰⁸ Diccionario de la Real Academia Española, Ed.22.2001.pg 1576.

No se puede dejar de establecer cuándo o en qué casos se debe plantear la Acción de Protección contra Políticas Públicas, nacional o local, si ésta priva el goce o ejercicio de los derechos y garantías,¹⁰⁹ para ello debemos determinar el alcance de éstas, debiendo recurrir a la norma constitucional que señala: *“Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad”*¹¹⁰. En este caso, nos queda claro que la prestación de bienes y servicios públicos, constituye política pública; entonces si un servicio o política pública vulnera o amenace con vulnerar derechos constitucionales, estos deberán ser objetos de acción de protección, debiendo la jueza o juez, en caso de constatar la vulneración del goce de derechos, declarar tal vulneración, disponer su reformulación o adoptar medidas alternativas buscando conciliar los derechos en conflictos, sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, debiendo tomar en cuenta incluso el derecho de participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, lo que significa que aún si se considera vulnerado el derecho de participación en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas, cualquier persona puede proponer la Acción de Protección contra cualquiera de estos componentes, tema que desarrollaremos con mayor amplitud más adelante.

Que podremos decir si el acto u omisión proviene de particulares, en este caso se debe distinguir dos hechos. **Uno.**- Si el acto proviene de particulares, en condición de delegatario o concesionario, la acción de protección se debe plantear contra el acto u omisión que permita determinar la vulneración del derecho garantizado en la constitución, ya que si se trata de un servicio público deficiente, cabe entonces la

¹⁰⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Arts.41 num 2.

¹¹⁰ Constitución del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008. Art.85, n.1.

comprobación de la deficiencia de dicho servicio, disponiendo el juzgador la práctica de las pruebas conducentes a determinar la vulneración del derecho en discusión; y **Dos.-** Si el acto u omisión, proviniendo de particulares, vulnera el derecho de un subordinado o indefenso, en este caso se debe detallar claramente el hecho que se considera vulnera los derechos de personas, pero será el Juez como garantista de los derechos quien deba adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos vulnerado; bajo este supuesto, la acción de protección, se accionaría bajo la premisa de la vulneración de un derecho, ya que inicialmente no se conoce con certeza los sujetos ni los hechos propios de la vulneración alegada, cabe entonces señalar que en este caso la acción se convierte previamente en una acción indagatoria, es decir primero se investiga el hecho para luego determinar la existencia o no de la vulneración de un derecho, sin que haya acto u omisión contra la cual se planteó la acción de protección, pero si la presunción de la vulneración de derechos.

II.1.4. Que requisitos debe contener y acompañarse a la demanda oral o escrita.

No se debe perder de vista, que la sencillez, informalidad y eficacia, constituya la ninguna identidad de los sujetos procesales en la acción de protección, ni mucho menos que no haya que identificar, describir o determinar el acto u omisión que vulnera los derechos reconocidos en La Constitución, creería que la presentación de la acción es del todo simple, pero que en muchos de los casos no, por el contrario debió el Constituyente detenerse en los requisitos básicos que debe contener una reclamación o pretensión de esta naturaleza, mas si la propia norma constitucional le da la presunción de certeza de los fundamentos alegados por el accionante, cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre la información. El seguir en esta línea podría convertir a la administración de justicia en el espacio para reclamaciones

sin fundamentación ni veracidad de los hechos. Situación ésta que se ha superado con la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC, que establece en el Art. 10 los requisitos que debe contener la pretensión, aunque muchos fueron considerados en un principio por las reglas, mientras que la LOGJCC establece los siguientes:

- 1 Los nombres y apellidos de la persona o personas requirentes y, si no fuere la misma persona, de la afectada.
- 2 Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano requerido.
- 3 La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona requirente no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su requerimiento.
- 4 El lugar donde se le puede hacer conocer del requerimiento a la persona o entidad requerida.
- 5 El lugar donde ha de notificarse a la persona requirente y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el requirente lo supiere.
- 6 Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional pro los mismos actos u omisiones y contra la misma persona o grupo de personas. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia.
- 7 La solicitud de mediada cautelares, si se creyere oportuno.
- 8 De ser posible, los elementos probatorios que demuestren el daño.¹¹¹

¹¹¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art..10, num 5, 11, 12 y 14.

Sin que se indique, que la petición sea presentada ante un Juez de instancia, tampoco exige el señalamiento de casillero judicial, constitucional, ni la firma o huella digital del demandante, aunque dichos requisitos se consideraran incorporados tácitamente.

En cuanto a las demandas formuladas oralmente, luego del sorteo referido, la jueza o juez dispondrá al actuario que se las reduzca a escrito, observando lo dispuesto en los artículos 7 y 10 de la LOGJCC, esto es, que el ejercicio de las garantías jurisdiccionales de los derechos no requerirá de formalidad alguna.¹¹² Como lo señala el, y que las juezas y jueces constitucionales adecuarán las solicitudes a los requerimientos formales de una demanda por escrito cumpliendo con los requisitos detallados, y establecerán durante el proceso las normas aplicables o presuntamente violadas. Esto si bien nos lleva a una contradicción con la informalidad del recurso, no podemos desconocer la necesidad de que dichas acciones contemplen los requisitos en referencia, ello permitirá identificar a los legitimarios activos y pasivos de la acción, y lo más importante es que corresponde al juez constitucional determinar cuáles serían los derechos vulnerados, y las medidas que debe adoptar para su protección o remediación, incluyendo la aplicación de las normas que garanticen los derechos sin que estas sean enunciadas por la parte interesada. Es decir, la persona cuyo derecho se ha vulnerado no tiene la obligación de saber que norma legal es la que garantiza sus derechos.¹¹³

Así mismo, a más de los requisitos que contempla en el Art. 10 de la LOGJCC, para el requerimiento, deben los operadores judiciales para calificar la admisibilidad,

¹¹² Constitución del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008. Art. 86

¹¹³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 10, num 3.

determinar:

- a) Que la misma sea presentada por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,
- b) Por el Defensor del Pueblo.

Cabe puntualizarse, que si bien la norma constitucional prohíbe la aplicación de las normas procesales, la LOGJCC, establece en el Art.10 inciso último, *“Si la demanda no contiene los elementos anteriores, se dispondrá que se la complete en el término de tres días. Transcurrido este término, si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia”*. Es decir son aplicables las normas procesales para mandar a completar el requerimiento, lo que estaba contemplado en las reglas de la Corte.¹¹⁴ Aclarando que no se permite la inhibición de la jueza o juez para conocer o tramitar una causa, salvo excusa¹¹⁵ como lo contempla el Art. 856 del Código de Procedimiento Civil.

II.2. Admisibilidad de la Acción de Protección.

Partamos de que todos los derechos son justiciables, por mandato de la propia Constitución que establece las garantías constitucionales y las garantías normativas, así como que, *“En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”*¹¹⁶, es lógico pensar que todo acto u omisión de autoridad pública, políticas pública y aún de

¹¹⁴ Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. R.O.466 13 de noviembre de 2008. Art. 44, a)

¹¹⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 7 inciso 2do.

¹¹⁶ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 84

particulares, que vulnere los derechos garantizados en la constitución debe ser impugnado, bajo el principio de aplicación de los derechos, “*las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales*”¹¹⁷, derechos y garantías constitucionales que para su ejercicio no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, es decir estos derechos serán plenamente justiciables, sin que pueda alegar falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos, ni para negar su reconocimientos; acción de protección, que podría considerarse como la medida de acción afirmativa que promueve la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Mas si partimos de que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, sin que se pueda excluir los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, necesarios para su pleno desenvolvimiento.¹¹⁸, normas éstas que constituyen el marco constitucional para determinar los casos en que las acciones y omisiones vulneren derechos garantizados en la Constitución.

Al respecto, la LOGJCC, establece para la presentación de acción de protección los siguientes requisitos:

- a) Que haya la violación de un derecho constitucional,
- b) Que sea por acción u omisión de autoridad pública o de un particular
- c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.¹¹⁹

Procediendo la acción de protección contra:

¹¹⁷ Ibidem, Art. 10

¹¹⁸ Constitución del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 11. inciso tercero

¹¹⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 40

- 1.- Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
- 2.- Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías,
- 3.- Todo servicio público que viole los derechos y garantías,
- 4.- Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado cuando:
 - a) Presten servicio públicos o de interés público, que actúan por delegación o conexión del Estado,
 - b) Provoque daño grave,
 - c) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a su poder económico, social, cultural, religioso o cualquier otra condición.
- 5.- Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.¹²⁰

En este caso procederemos a analizar la procedencia según cada uno de los requisitos.

II.2.1 Por acto u omisión de autoridad pública, no judicial.

En este caso, para mejor claridad, debemos separar cada uno de sus elementos para definir su contenido y luego establecer el alcance en su conjunto y su aplicabilidad. Esto significa que el estudio se centra en la acción de protección por acto de autoridad pública, por omisión de la autoridad pública, distinguiendo que dicha autoridad pública no debe ser judicial, comprendiendo en este caso los señalados en la Constitución artículo 225,¹²¹ para lo cual identificamos en qué consiste el acto u omisión de dicha autoridad pública.

¹²⁰ Ibidem Art. 41

¹²¹ Constitución del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre del 200. Art.225.

Acto de Autoridad Pública.- La autoridad pública en el marco de su actividad está facultada a dictar actos según su competencia, pero dichos actos pueden violar o vulnerar derechos de los administrados garantizados en la Constitución, por ello no se excluyen de la acción de protección a los actos de las cinco funciones del Estado, Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. Mientras que la **Omisión de Autoridad Pública.-** Omisión o incumplimiento, consiste en el no cumplir, aplicado o desconocido uno o varios derechos garantizados en la Constitución. Existen omisión absoluta y relativas y ambas cuando se evidencian pueden constituirse en violadoras de los derechos constitucionales. En este caso cabe acción de protección, por la omisión de la autoridad pública de las cinco funciones del Estado, que vulnere o pueda vulnerar cualquier derecho de los administrados. Específicamente la autoridad pública no podrá ser judicial.

II.2.2. Acción de Protección contra toda Política Pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.

La Constitución vigente, entre las garantías constitucionales, establece un capítulo de Políticas pública, servicios públicos y participación ciudadana.¹²² Entendiendo como Políticas pública, la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, que se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad,

¹²² Ibidem Art. 85

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto;
3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evolución y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades¹²³.

Esta garantía, de generar y ejecutar las políticas públicas, controlar y sancionar su incumplimiento, como deber general del Estado, constituye la consecución del buen vivir,¹²⁴ y es el ejecutivo la autoridad a quien le corresponde implementar, ejecutar y determinar los resultados en la aplicación de la política pública, bajo los estándares del derecho internacional, para obtener los objetivos deseados, y el Estado como tal, tiene el deber de desarrollar un plan que asegure el cumplimiento de las obligaciones y derechos, con políticas claramente formuladas y adaptadas al sistema. Como lo ejemplifica Ramiro Ávila, una política pública de vacunación, acceso a la educación, alimentación escolar, en este caso la autoridad competente debe verificar que sus decisiones (reglas) guarden conformidad en el plano normativo con los principios y, en el plano axiológico, con la justicia. Si las políticas no guardan conformidad con los

¹²³ Ibidem, Art. 85

¹²⁴ Ibidem, Art. 277, 3.

principios y con la justicia, estarán sujetas a control constitucional.¹²⁵ Esto considerado en la concepción liberal del Estado implicaba que, en la división de poderes, el ejecutivo sólo podía hacer lo que estaba prescrito en la ley y en el ámbito privado, como ha quedado enunciado, las personas no podían hacer sino lo que no estaba expresamente prohibido. En el Estado constitucional, en cambio, los órganos públicos y el ejecutivo, en particular, definen y ejecutan lo que denomina las Políticas Públicas, que se materializan en planes, programas y proyectos; definen objetivos, actividades, destinatarios, recursos, responsables y cronogramas. En las políticas públicas se manejan márgenes de discrecionalidad que no están expresamente determinados en la ley. La ley ya no establece mandatos concretos sino parámetros de actuación. Dentro de esos parámetros y márgenes de discrecionalidad, el ejecutivo toma decisiones que tienen características propias de la ley. Una política pública al igual que la ley, es de carácter general y de cumplimiento obligatorio. En otras palabras, los actos administrativos y las políticas públicas también tienen que sujetarse a los parámetros constitucionales y están sujetos a control constitucional.¹²⁶

Esta garantía incumbe al Ejecutivo, en razón de su potestad administrativa y consisten en la adopción de estándares derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que vinculan obligatoriamente a las autoridades en la implementación, ejecución y rendición de cuentas de una política pública, de manera que se hagan efectivos los derechos que busca promover dicha política. Así en los tratados Internacionales establecen la obligación de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter de manera progresiva que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en dichos instrumentos, y que una de las

¹²⁵ Ávila Santamaría, Ramiro, *Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, Ministerio de Justicia.2008, Pag. 28

¹²⁶ Ávila Santamaría, Ramiro, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*. Ministerio de Justicia.2008, Pag.33

interpretaciones de esta norma internacional, es que el Estado tiene el deber de desarrollar un plan que asegure el cumplimiento de las obligaciones de todos los derechos mediante la elaboración de “políticas claramente formuladas y cuidadosamente adaptadas a la situación, entre ellas, el establecimiento de prioridades que reflejen los derechos protegidos”¹²⁷. Entre estos principios se encuentran, el de inclusión, de participación, de rendición de cuentas, de responsabilidad y los estándares sobre igualdad y no discriminación.

En qué casos procede la acción contra Políticas Públicas.

Partiendo del más alto deber del Estado de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, que estos se desarrollarán de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, y que 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.¹²⁸ Frente a este deber es lógico que le corresponda al Estado cumplir con aquello, el no hacerlo, como corresponde, a través del Ejecutivo, estaría incumpliendo su responsabilidad. Esta falta de cumplimiento se puede apreciar, cuando el Estado no ha adoptado políticas públicas con estándares como inclusión y participación en la ejecución de una política, como el mejoramiento del sistema de salud preventiva, mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos, mejoramiento del sistema penitenciario y mejoramiento de la educación. Este último como un fenómeno que se está viviendo al momento de desarrollar este trabajo, con el asombro de todos los ciudadanos al observar que son los propios gremios de educadores que se oponen a los procesos de mejoramiento de la

¹²⁷ Silva Portero Carolina, *La Garantía de los Derechos*, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. Pag. 76.

¹²⁸ Constitución del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 11 numeral 8 y 9

educación como política de Estado o política pública, pese a la decisión del pueblo aprobada en consulta. En estos casos cualquier ciudadano como destinatarios de dichas políticas, que constante que la misma no cumple con los estándares de desarrollo, podrá demandar su reformulación.

Si hacemos una breve revisión a la evolución de países vecinos podemos señalar el caso de Chile, donde el enfoque de las políticas públicas permitió un avance sobre la situación de pobreza, vinculando a las personas que viven en situación de pobreza con una estructura de oportunidades y bienestar que les permite su desarrollo humano, apoyado de sub garantías, como el acceso, calidad, oportunidad, participación y exigibilidad.¹²⁹ En el caso de Colombia, donde la Corte Constitucional, mediante declaratoria de inconstitucionalidad, ha revisado casos paradigmáticos en los cuales las políticas públicas no cumplían sus objetivos debido a falencias estructurales, y ordenó su rediseño.¹³⁰ Como en el caso de la política de educación, que tomando en cuenta los procesos en los que se ventilaban los mismos hechos, corta el problema de raíz, disponiendo que el Estado rehaga su política en relación con esos temas.

De ser así de fácil como se contempla en la Constitución ecuatoriana, de seguro se habría presentado ya varios acciones y constituido varios frentes desde la sociedad para exigir dicha garantía, a través de la acción de protección, si consideramos que no son las detalladas las únicas que pueden reflejarse como necesidad social, como el derecho de una vivienda digna, lo que no se cumple si miramos las zonas suburbanas de las principales ciudades y en zonas rurales donde se encuentran situaciones de extrema

¹²⁹ Banco Interamericano de Desarrollo, Relatoría sobre Garantías Explícitas en la implementación de los derechos económicos sociales y culturales en América Latina y el Caribe. 2007.pp 13-17. Tomado de Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ramio Ávila Santamaría, Serie Justicia y Derechos Humanos. Ed. 2008. T.I, p.76.

¹³⁰ Silva Portero Carolina, *La Garantía de los Derechos, (invención o reconstrucción)*, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Serie Justicia y Derechos Humanos Ed. 2008. T.I, P. 77

pobreza al carecer de condiciones básicas para la sobrevivencia, lo que entenderíamos que de seguro traería como consecuencia las innumerables acciones de protección, como tal vez no, según señala Carolina Silva Portero, “dentro de la propuesta se ha previsto como garantía jurisdiccional y a la vez como garantía de política, la posibilidad de que la obligación de elaborar políticas sociales sea revisada judicialmente por la Corte Constitucional”¹³¹. Esto genera la interrogante si corresponderá o no a las juezas y jueces de instancia conocer y resolver acciones de protección contra políticas públicas. Pese a que se entendería que no, yo pensaría que sí, porque si bien una política pública puede pasar el control de constitucionalidad y cumplir con los estándares requeridos, no nos olvidemos que esta será factible su ejecución y eficacia en tanto y en cuanto la misma no afecte derechos de grupos sociales o vulnerables, aún a los derechos de la propia naturaleza, pero esto solo se sabrá cuando el Juez Constitucional determine si dicha política vulnera o no derechos directos y particulares, al momento de la reclamación mediante acción de protección.

Cabe reflexionar en este tema, sobre el riesgo que puede constituirse la acción por una política pública, al que nos atreveríamos a pensar que éste se daríamos si se lo desarrolla o analiza desde el punto de vista netamente político, no así si se basa en principios sociales de solidaridad y buen vivir, que en el primer caso, estaríamos hablando del momento político que viva el gobierno de turno, pero en el segundo caso no sería aplicable al caso, porque será el juez constitucional quien deberá verificar si la política pública impugnada vulnera o pueda vulnerar derechos constitucionales, pero para ello habrá que dar el curso del procedimiento y obtener resolución. Es decir, bajo el principio de independencia y supremacía constitucional, el juez no podría estar sujeto a

¹³¹ Silva Portero Carolina. *La Garantía de los Derechos, (inversión o reconstrucción)*, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Serie Justicia y Derechos Humanos Ed. 2008. T.I, P. 77

riesgos políticos ni a temporalidad para determinar la inminencia en la vulneración de derechos constitucionales.

II.2.3. Acción de Protección contra personas particulares.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actué en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de los operadores del servicio públicos en el desempeño de su cargo.¹³² Pero este no es el caso, en este tema nos referiremos a las acciones u omisiones de los particulares contra cualquier persona, que causa daño grave, por prestar servicios públicos impropios, y por encontrarse la persona afectada en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

II.2.4.- Improcedencia de la Acción de Protección.

Al contrario de la Admisibilidad de la acción de protección por actos administrativos de los cinco poderes del Estado, la LOGJCC, ha establecido los casos en los que no es procedente dicha acción, como los siguientes:

- 1.- Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos
- 2.- Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación,
- 3.- Cuando en el requerimiento 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

¹³² Constitución del Ecuador R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 11 numeral 9

se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

5.- Cuando de los hechos se desprenda que existe una violación de derechos patrimoniales o contractuales y existan vías ordinarias.

6.- Cuando la pretensión del requirente sea la declaración de un derecho,

7.- Cuando se trate de providencias judiciales.

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

9.- Cuando se impugnen actos administrativos de carácter general.¹³³

Sobre este tema la Corte Constitucional, en las reglas dictadas incluyó actos no señalados por la LOGJCC, por considerar que vuelven improcedente la acción de protección, como:

- a) Cuando la indemnización de perjuicios es la pretensión principal, siempre que esta no sea la única alternativa para la reparación integral, en este caso consideramos que la ley lo incluye en numeral 5;
- b) Cuando se trate de una interposición abusiva, temeraria, maliciosa o fraudulenta de la acción de protección.
- c) 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.¹³⁴ Estos dos casos (b y c) la LOGJCC, antes que calificarlos como requisitos de inadmisión los vuelve de improcedencia, calificándolos de abuso del derecho, normado y sancionado en el Art. 23 de dicha ley;

¹³³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 42

¹³⁴ Reglas de la Corte Constitucional R.O.466 de 13 de Noviembre de 2008. Art. 50.

En el caso de la función Ejecutiva, no procedía la acción de amparo contra actos normativos, pero en la práctica diaria tampoco procedía contra actos de gobierno, pero hoy con la acción de protección ya se incluye como actos de gobierno a las políticas públicas, con lo cual se tiene un avance en el control de los actos de gobierno, por lo que se puede considerar que dichos actos ya son susceptible de impugnación, la pregunta es quién se atreve a impugnar un acto de esta magnitud, si influyen la limitación de las libertades.

En el caso del Poder Legislativo, no procede la acción contra ningún acto de carácter político, fiscalizador, ni de procedimientos parlamentarios, siendo solo impugnables los actos administrativos, contra los derechos de los administrados.

En cuanto a la Función Judicial, la propia Constitución establece que la impugnación procederá contra acto de autoridad no judicial, esto comprende contra las decisiones jurisdiccionales, procediendo si la acción contra los actos administrativos del órgano de Gobierno, en este caso los actos del Consejo de la Judicatura, las Direcciones Provinciales y cualquier acto de dicho órgano de gobierno o del denominado sector Justicia.

En cuanto a la función electoral, se ha establecido en el Código de la Democracia, la imposibilidad de interponer la acción de protección contra actos electorales, como las decisiones del Consejo Electoral, los que deberán ser conocidos y resueltos por el Consejo Contencioso Electoral, de conformidad a la misma ley, por la imposibilidad de que una autoridad pueda interrumpir el proceso de elección desde el momento de la

convocatoria hasta que se proclamen los resultados de una elección, comprendiendo todo acto que pueda interrumpir o entorpecer un proceso electoral. Pero en cuanto a la facultad del Tribunal Contencioso Electoral, corresponde conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas, pero esto no vuelve competente para conocer y resolver las acciones de protección, si los competentes son los jueces de instancia y en segunda las Cortes Provinciales, mientras que los actos que sean apelables en el Contencioso Electoral, la segunda instancia corresponde a los jueces del mismo órgano, por sorteo.¹³⁵

Sin embargo no deja de llamar la atención, que el Tribunal Contencioso Electoral, en el expediente No 361-2009, interpretando las normas de las garantías jurisdiccionales, la vigencia de los derechos y concordando con la disposición que otorga competencia a la Función Electoral, acogiendo el principio de doble instancia atendió una pretensión, consideramos equivocada, contenciosa como de garantías jurisdiccionales.¹³⁶ Actuación, que a nuestro modesto criterio, confundió el alcance de la disposición Constitucional y del Código de la Democracia que les denomina Jueces Contencioso Electoral, con la facultad de resolver recursos electorales, cuando son tramites contenciosos ante el mismo órgano y no como acción de protección. Ello obedece a tres razones: 1ro. El acto impugnado emana del órgano electoral provincial, siendo competente el Tribunal Contencioso Electoral; 2do.- La segunda instancia, ante los jueces del mismo organismo por sorteo; y, 3ro. Por la materia es Juez Electoral, sus fallos y resoluciones constituyen jurisprudencia electoral, y no serán revisado ni remitidos a la Corte Constitucional, para la jurisprudencia, como lo dispone la

¹³⁵ Constitución del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 221

¹³⁶ Tribunal Contencioso Electoral. expediente No 361-2009.

Constitución, como en el caso de las acciones de protección;¹³⁷ pudiendo concluir, que el Tribunal Contencioso Electoral no es competente para conocer y resolver las acciones jurisdiccionales, ni mucho menos los Jueces de la Justicia ordinaria, serán competente para conocer y resolver reclamaciones en temas electorales, inadmitiendo de plano cualquier pretensión.¹³⁸

¹³⁷ *Código de la Democracia. Art. 70.*

¹³⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 13 numeral 1.

CAPITULO III. ACTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Recordando, lo señalado por el Dr. Rafael Oyarte, que el Amparo Constitucional era un proceso de naturaleza eminentemente cautelar y no un proceso de conocimiento ni declarativo, aunque existen criterios encontrados que señalan que se trata de un proceso declarativo y de conocimiento, pues al otorgar el amparo se declararía que el peticionario tiene ese derecho, lo que lo haría un proceso de conocimiento.¹³⁹ Sin embargo de acuerdo a las disposiciones de las garantías jurisdiccionales en la nueva Constitución del 2008, nos lleva nuevamente a preguntarnos, ¿La Acción de Protección es un proceso tutelar y cautelar ?, y consideramos que sí, pero también de conocimiento y declarativo, toda vez que claramente se señala en el Art. 86, 3, que se declara el derecho vulnerado, se dictarán las medidas positivas para la remediación del daño causado. Pero esta declaración sería si hablamos de un acto violatorio de derechos, pero cuando hablamos de la acción para evitar la vulneración de un derecho, estamos frente a un proceso cautelar, que en este caso puede convertirse en un proceso de conocimiento pero no declarativo. Evidenciándose el conocimiento mediante la práctica y carga de la prueba para establecer la verdad, presumiéndose cierto los fundamentos de la pretensión.

En todo caso, este capítulo pretende desarrollar cada uno de los actos procesales y determinar el procedimiento a seguir para la tramitación de la acción de protección, considerando los principios relativos al proceso mismo y la resolución de la Acción de Protección, entre los más importante los principio de oralidad y escrito, de sencillez,

¹³⁹ Oyarte Martínez Rafael. *La Acción de Amparo Constitucional*. Fondo Editorial Andrade & Asociados 2006. 2da Edición. Pg.165

rapidez o celeridad, preferencia, informalidad, de no subsidiaridad, diversidad cultural y motivación de la resolución.¹⁴⁰ Sin que se pueda desconocer los Principios, según el doctor Carlos Salmón Alvear, que a más de la motivación de la resolución, el de despacho urgente e inmediato de la misma, de la eficacia, de la relatividad de la resolución y de la suplencia de la queja, y sin descuidar los principios relativos al debido proceso, respeto a la defensa y su libre ejercicio, de sumariedad, de prosecución de oficio, de indagación de la verdad, de rechazo de actos y hechos impositivos de incidentes en el proceso. Sin que se puedan desconocer en la resolución los principios de urgencia de la resolución, motivación y eficacia de la misma.¹⁴¹

Como preámbulo a todo proceso de garantías jurisdiccionales la LOGJCC, establece entre las normas comunes, la finalidad de las garantías, la competencia y normas comunes a todo procedimiento, la legitimación activa, evidenciando claramente el carácter cautelar de la acción, procediendo a analizar cada etapa procesal con sus requisitos y efectos.

III.1 Demanda o Contenido del requerimiento de garantías

Considerando que una demanda o pretensión debe reunir elementos básicos que permitan identificar los sujetos procesales de ésta y de cualquier otra acción jurisdiccional, corresponde analizar la importancia de cada uno de los requisitos. Debiendo puntualizar que a la pretensión inicial se le ha denominado en la Constitución pretensión, en las reglas de la Corte Constitucional, petición y en la LOGJCC requerimiento, que al ser sinónimos, estamos hablando de la intención del ciudadano

¹⁴⁰ Constitución del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 86 numerales 3 Y Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. R.O.466 13 de noviembre de 2008. Art. 43 n.1.

¹⁴¹ García Falconí José, *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución Política del Ecuador*. Quito. Rodin.2008, Pag. 167 y 168

como primer acto procesal, que es la demanda, que da inicio a toda acción. Así la demanda (requerimiento), es el acto en que el requirente deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo¹⁴², esto permite concluir, que la pretensión inicial debe cumplir con requisitos básicos para una buena consecución. En principio y luego de la vigencia de la Constitución, y ante la falta de norma expresa, la Corte Constitucional dictó reglas que exigían que la pretensión para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales de los derechos, seguirán el trámite cumpliendo no menos de nueve requisitos.¹⁴³ Mientras que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, identificando como el Contenido del requerimiento de garantía, los siguientes **requisitos**: 1. Los nombres y apellidos de la persona o personas requirentes y, si no fuere la misma persona, de la afectada. 2. Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano requerido. 3. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona requirente no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su requerimiento. 4. El lugar donde se le puede hacer conocer del requerimiento a la persona o entidad requerida. 5. El lugar donde ha de notificarse a la persona requirente y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el requirente lo supiere. 6. Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones y contra la misma persona o grupo de personas. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia. 7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno. De ser posible, los elementos probatorios que demuestre el daño.¹⁴⁴

¹⁴² Código de Procedimiento Civil. R.O.S.58 12 de julio de 2005. Art.66.

¹⁴³ Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. R.O.466 13 de noviembre de 2008. Art. 49.

¹⁴⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 10

Corresponde entonces, analizar los requisitos o los elementos del contenido de la pretensión o requerimiento inicial, como lo veremos a continuación:

1.- **La designación de la jueza o juez ante quien se interpone.** Aunque no se lo ha señalado como requisito, sin embargo se establece con claridad en la norma constitucional y en la LOGJCC en el 7 que serán competente todos los jueces, como ya señalamos cuando nos referimos a la autoridad competente. Esto tiene importancia porque la pretensión no debe ser dirigida a un juez específico, como en el amparo que se dirigía al juez civil o penal, hoy con esta acción la petición debe ser dirigida al juez de la jurisdicción territorial, por ejemplo: “SEÑOR JUEZ DE PICHINCHA-QUITO”, “SEÑOR JUEZ DE MANABI-SUCRE”, etc, y el sorteo se efectuará como lo dispone el Art. 160 del Código Orgánico, sobre los modos de prevención de la competencia, cuya asignación corresponde a todos los jueces cuando haya más de uno en cualquier localidad, incluyendo a los Tribunales Penales, según la misma norma numeral 2, lo que ha evitado que el ciudadano esté buscando establecer ante qué juez puede presentar su requerimiento. Esto obligará a que todas las juezas y los jueces estén obligados a observar la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, sin que se pueda alegar desconocimiento o falta de ley, para resolver las acciones constitucionales.

2.- **Los nombres y apellidos de la persona(s) requirentes, y si no fuere de la misma persona, de la afectada. (Legitimación activa).** Es lógico pensar que el requirente debe estar plenamente identificado con la acción de protección que se plantea, en este caso la LOGJCC, especifica que debe contener el requerimiento “*Los nombres y apellidos de la persona o personas requirentes y, si no fuere la misma persona, de la afectada.*” identificación que no dista de la señalada en el numeral 2do del Art. 67 del

Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, en esta acción lo novedoso es, que pueda presentar el requerimiento un tercero aunque no sea el afectado, incluyendo como tercero al Defensor del Pueblo¹⁴⁵ ante la imposibilidad del afectado. En este caso la LOGJCC, señala que cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa, (*amicus curiae*),¹⁴⁶

3.- La identidad de la persona, entidad u órgano requerido.- Corresponde lógicamente en este caso identificar claramente a la persona que vulneró el derecho por acción u omisión, esto por el derecho de repetición que pueda derivarse, en la entidad u órgano público, debiendo requerir (demandar) no al director o jefe, sino a quien tenga la calidad de representante legal de la institución u órgano, y en el caso de los particulares por concesión o delegación, se debe requerir tanto a la autoridad pública como a quien ostenta la calidad de representante del concesionario o delegatario. Esto se justifica, primero, porque la autoridad pública debe conocer sobre los actos impugnados de sus concesionarios o delegatarios; y segundo porque siempre se debe de demandar a quien legalmente represente a una empresa o sociedad, por ser quien debe responder por la vulneración alegada. Esto es lo que conocemos como los legitimarios pasivos, es decir las personas demandadas, que como legitimarios son los que se encuentran legalmente facultados y obligados a responder por las acción u omisión, aún de los subordinados. Cabe la interrogante, se debe contar en las acciones de protección con el Procurador General del Estado?. En este caso, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, aunque deja la facultad a las entidades autónomas y con personería jurídica para que comparezcan a través de sus representantes legales y procuradores síndicos, no es menos cierto que de acuerdo al mandato expreso del Art. 6 ordena que toda demanda o

¹⁴⁵ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. *Art. 215.*

¹⁴⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 12

actuación, contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado, y que la omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o procedimiento.¹⁴⁷ Cabe en este caso señalar, que la LOGJCC no contempla dicha formalidad, aunque se podría considerar beneficioso contar con dicha autoridad, intervención a la que nos referimos cuando hablamos de los terceros pasivos.

4.- La descripción del acto u omisión violatoria del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona requirente no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su requerimiento. Este requisito comprende tres elementos, que estaban claramente descrito en las reglas dictadas por la Corte Constitucional, pero que lo dividiremos para mejor entendimiento. El primero.- **Sobre los hechos circunstanciales.**- Es decir los fundamentos de hecho que debe señalar todo reclamante en cualquier tipo de acción, y que se contempla en las normas procesales comunes del Código de Procedimiento Civil, Art. 67.3, es decir describir con claridad los hechos o el acto u omisión que considera vulneró un derecho garantizado en la Constitución. Hechos que de conformidad a la Constitución no está obligado a probar, pero la LOGSCC contempla la posibilidad que se requiera y presenten los elementos probatorios que demuestren el daño, correspondiendo al requerido desvirtuar los actos u omisión. Aunque pensaríamos que se debe probar el daño, revirtiendo la carga de la prueba, lo que analizaremos más adelante.

El segundo, comprende **El o los derechos que se consideran violados o**

¹⁴⁷ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. R.O. Oficial 312 de 13 de Abril del 2004. Art. 6

amenazados.- Es lógico suponer que toda persona si recurre con una acción de protección, es porque considera que se están vulnerando o amenazando un derecho, para ello si bien debe identificar el derecho que el recurrente considera vulnerado o amenazado, estos no pueden ser todos aquellos que de conformidad al ordenamiento jurídico puedan demandarse por la vía ordinaria, solo deberán ser aquellos que garantiza La Constitución de la República, aunque en este caso se ha podido observar que tanto con el Amparo como con la Acción de Protección, ha existido confusión a la hora de proponer la acción tutelar para reparar o evitar la violación de un derecho, esta confusión no solo se deriva de los peticionarios, es decir sus abogados, si no de los propios juzgadores o jueces garantistas de dichos derechos. Que en este caso con la Constitución del 2008, son pocos los derechos no garantizados por la norma suprema, porque en ella se incluyen aquellos garantizados en los instrumentos internacionales y aquellos derechos inherentes a las condiciones de vida del ser humano para un buen vivir. Por lo que si de derechos garantizados en La Constitución hablamos y que pueden ser vulnerados, la lista se tonar extensa, como los derechos del buen vivir, que incluyen al agua, alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad; entre otros grupos de derechos como el de las personas y grupos de atención prioritaria; De las comunidades, pueblos y nacionalidades; de participación; de libertad; de la naturaleza; de protección. Tal vez pensaríamos que solo serían estos grupos de derechos, pero de acuerdo a la definición clara de la norma constitucional Art. 88, comprenden también las Garantías Constitucionales, Garantías normativas, políticas públicas y participación ciudadana.

El Tercero comprende, **la identificación clara de la pretensión.-** En este, el peticionario o recurrente, debe identificar con claridad la pretensión, esto es, si se trata

de un derecho vulnerado por el acto impugnado, debe solicitar dejar sin efecto el acto impugnado, pero si el acto impugnado ya se ha ejecutado, corresponde en este caso solicitar la reparación del daño. Esto es, vuelvan las cosas al estado anterior. En cambio si la acción se ha planteado por la omisión, corresponde solicitar se disponga que la autoridad cuya misión es alegada, proceda conforme dispone el marco jurídico legal y constitucional, es decir, dar atención a las solicitudes hecha o proceda a corregir la omisión. Cabe recalcar, que cuando el acto impugnado ya ha sido ejecutado, a más de disponer se deje sin efecto el acto, corresponde a la misma jueza o juez, dictar las medidas positivas o negativas para hacer efectiva la reparación, conforme lo contempla la norma constitucional.¹⁴⁸ Igual habrá que hacerlo cuando la acción se plantee contra políticas públicas, nacional o local, que prive el goce o ejercicio de los derechos y garantías; los servicio público que violen los derechos y garantías, y de aquellos actos u omisiones de personas del sector privado. Por lo que se debe concluir, que es necesario cumplir con este requisito, para una correcta y coherente resolución, y la eficaz ejecución de la misma.

5.- El lugar donde se le puede hacer conocer del requerimiento a la persona o entidad requerida. Este requisito se lo podría considerar básico e indispensable, para la inmediata atención en la tramitación del requerimiento y evitar la indefensión al requerido. Por ello, para lograr la rapidez y eficacia de la acción, ley dispone que la notificación se la haga por los medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez, de la persona legitimada activa y de la persona, entidad u órgano responsable del acto u omisión. Que de ser posible se preferirán medios electrónicos.¹⁴⁹ Para ello es recomendable, que todas las instituciones del Estado, deban tener registrado un casillero

¹⁴⁸ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 86.4

¹⁴⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. de 22 de octubre de 2009, Art. 18. 5.

judicial y electrónico, para de esa forma sean notificados de forma directa con la calificación de las acciones planteadas en contra de éstas, incluyendo a la propia Procuraduría General del Estado, lo que permitiría la agilidad de la notificación, y evitaría destinar recursos físicos, humanos y económicos para cumplir con la notificación, que en muchos de los casos no llegan a tiempo a la autoridad pública, ni mucho menos al funcionario que deba asumir la defensa.

6.-El lugar donde ha de notificarse a la persona requirente y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el requirente lo supiere. Entendemos que en este caso, el Constituyente busca que los jueces hagan uso de los medios más eficaces que estén al alcance de las partes procesales,¹⁵⁰ lo que se hace efectivo en la norma del artículo 8 numeral 4, de la LOGJCC. En este caso, el medio más conocido es el **casillero judicial**, pero que resultaría contradictorio si el requirente comparece en forma personal sin patrocinio de abogado, imposibilitando al requirente conocer el progreso de la acción. Esta falencia sería solucionada con **la designación del lugar para recibir notificaciones**, lo que al parecer sería posible si hablamos del correo electrónico, pero si se fija la dirección del domicilio del accionante, que debería hacerse. En este caso, nos atrevemos a pensar que, su aplicación sería poco probable cumplirlo, porque ello conlleva que el juzgador si bien tiene que emplear los medios más eficaces, no podemos desconocer que los operadores judiciales se encontrarían imposibilitados de cumplir con agilidad la notificación, si no es factible hacer uso del fax, correo electrónico, la última posibilidad sería una boleta en domicilio, pero tendrá retraso para cumplirse, porque debe remitirse a la oficina de citaciones. Creeríamos que la solución sería calificar en ese mismo momento la pretensión o requerimiento, señalando día y hora para la audiencia y notificar en ese momento al requirente. Caso contrario se podría considerar

¹⁵⁰ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 86.2 literal d).

la vía telefónica, como lo considera la reglamentación colombiana. Aspectos estos que se deben tomar en cuenta al momento de recibir la petición por escrito o verbal sin patrocinio de Abogado. Esto podría traer como consecuencia que el accionante, por falta de medios para conocer de las notificaciones, incurra en indefensión y por último si de llevarse a cabo la audiencia sin su presencia caería en desistimiento tácito.

7.- Declaración que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones y contra la misma persona o grupo de persona.

Declaración que podrá subsanarse en la primera audiencia.- Este requisito como juramento, se contempló en la Constitución de 1998, el mismo fue tema de mucha discusión por el cual hubieron criterios divididos y contradictorios en el Tribunal Constitucional, no se diga los juzgadores, a tal punto que por falta de este requisito se inadmitía de plano la tramitación de la causa. Hoy, la constitución 2008, no contempla el juramento si no una declaración, aunque la Corte Constitucional en las reglas lo estableció como requisito.¹⁵¹ Este requisito se contempla en La LOGJCC, mediante prohibición de presentar más de una vez, pero provee, que de faltar este elemento, al igual que los otros, se disponga completar la pretensión en el término de tres días.¹⁵² Permitiendo también, que la falta de declaración podrá ser subsanarse en la primera audiencia, lo que impediría que se inadmita el trámite sin calificarse, evitando también, el abuso de la acción de protección, por ello la norma manda al sorteo de modo adecuado.¹⁵³ De existir más de una causa, dicha declaración, no solo implicará la negativa de la acción planteada, sino la obligación de archivar la causa, debiendo aplicarse las reglas previstas en el Art. 160 numerales 1 y 2 del Código Orgánico de la

¹⁵¹ Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. R.O.466 13 de noviembre de 2008. Art. 49 letra g)

¹⁵² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O.52 2do S. de 22 de octubre de 2009, Art. 10 inciso segundo.

¹⁵³ *Ibidem* Art. 7, 8 n 6.

Función Judicial.

8.- La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.- La solicitud de medida cautelar será expresa, por el requirente o accionante y no podrá disponerla el juez de oficio. Esta medida está prevista en la Constitución de la República,¹⁵⁴ pero al reglamentarse como elemento de la pretensión, exigiendo que se solicite expresamente la medida, nos parece que se estaría contrariando la norma constitucional que establece *“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”*.¹⁵⁵ En este caso, si de la petición el juez toma conocimiento de un hecho que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho, corresponde a éste dictar medidas cautelares, y acogiendo dicha disposición podría dictar la medida cautelar de oficio.¹⁵⁶ Aunque esta se la podrá solicitar de manera independiente de la acción principal o por cuerda separada, que en ese caso, tiene su propia tramitación, pudiendo revocarla, si se ha evitado o interrumpido la violación de derechos o se demuestre que no tenía fundamentos, previa el cumplimiento de los requisitos.¹⁵⁷

9.- De ser posible los elementos probatorios que demuestren el daño. En este caso se está requiriendo que se demuestre la existencia del daño ocasionado, por la acción u omisión de la autoridad pública o persona privada, pero en el caso de la omisión no se requerirá demostrar el daño, si no la falta de atención o acción como respuesta de la pretensión solicitada. Esto implicará que deja a la discrecionalidad del juzgador, que de

¹⁵⁴ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 87

¹⁵⁵ Ibidem Art. 11. 3.

¹⁵⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 27

¹⁵⁷ Ibidem Art. 35.

no demostrarse el daño la pretensión sea desechada, contradiciendo la norma constitucional que establece de la carga de la prueba corresponde al requirente y de no desvirtuarse se los considerará por cierto.¹⁵⁸

Finalmente aunque no se ha establecido como elemento de la pretensión, **la firma o huella digital del requirente**, el mismo tácitamente es obligatorio, como es lógico, toda petición llevará la firma del interesado, en caso de no saber firmar debe imponer la huella digital del accionante, en este caso se evidencia la informalidad, cuando la denuncia se la presenta en forma verbal ante el actuario del juzgado, pero esto no impide que se exija las formalidades del derecho procesal civil,¹⁵⁹ como norma secundaria señalado en la Disposición Final de la LOGJCC. Todo esto lleva a la conclusión, que por más que se diga que la acción de protección es informal, no se puede desconocer que en el fondo debe cumplir con requisitos elementales, como lo establece el Art. 10 de la ley en referencia, y así lo concebía el Tribunal Constitucional, con el Reglamento de Tramites y las Reglas de procedimiento para la tramitación de las acciones constitucionales, desde la presentación de la acción hasta la notificación de la sentencia, incluyendo las normas para la ejecución de la misma.

PROCEDIMIENTO EN LA TRAMITACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.

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

¹⁵⁸ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 86.3

¹⁵⁹ Código de Procedimiento Civil. Art. 1010.-“ ... obliga al actuario verificar, numero de cédula, fecha de emisión y oficina que otorgó la cédula, y a falta de cédula firme con un testigo o a ruego el defensor”.

legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.¹⁶⁰

Sobre el sistema escrito y oral, debemos recordar, que tal vez la preeminencia del uno u otro sistema no es ha sido clara. Hablemos de un proceso oral en las primeras épocas (Código de Hamurabi o proceso romano de los primeros tiempo), también pueden ver sus principios en las ordalías y los juicios de Dios, los procesos ante las asambleas del pueblo, etcétera. En definitiva, el siglo XX estuvo plagado de cambios, por la derivación de los actos, y la aparición del estado democrático de derecho o estado legalista, estado de derecho, pero que en este caso esperemos que sea la respuesta a una sociedad que busca la protección del Estado.

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

La demanda será **calificada** dentro de las 24 horas siguientes a su presentación, auto que deberá contener lo siguiente: La aceptación al trámite, el día y hora que se efectuará la audiencia pública, que no podrá ser en un término mayor de tres (3) días desde que se calificó la demanda. La orden de correr traslado con la demanda a las personas que deban comparecer a la audiencia. La disposición de que las partes presenten los elementos probatorios para determinar los hechos en el momento de la

¹⁶⁰ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 86, 2,a-d; y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 8, 1y 2.

audiencia, cuando lo considere necesario; y la disposición de la (s) medida (s), cautelares si se consideran procedentes.¹⁶¹ Auto que deberá cumplir con los requisitos de procedencia, ya anotados, contemplados en el Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el mismo que podrá ser estructurado según consta de anexos, al que se debe incluir la notificación al afectado si no es el requirente y a la Procuraduría como un tercero pasivo.

La LOGJCC, señala que al momento de calificar la aceptación del trámite, al igual que se califica la procedencia, se califica la improcedencia la que mediante auto, de manera sucinta la jueza o juez, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma, cuando dicha improcedencia se encuentre inmersa en los siguientes casos:

1. Si se demanda contra un acto u omisión en un lugar distinto del lugar en el que se originó el acto o la omisión o donde se producen sus efectos.¹⁶²
2. Si no se establece:
 - a) Violación de un derecho constitucional;
 - b) Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo 41 (requisitos de procedencia y legitimación pasiva);
 - c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.¹⁶³
- 4.- Cuando los actos hayan sido revocado o extinguidos, salvo que de tales acto deriven daños susceptibles de reparación.
- 5.- Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.

¹⁶¹ *Ibidem* Art. 86, 3; y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art.13, 1,2,3,4 y 5.

¹⁶² *Ibidem* Art. 86,2; y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 7.

¹⁶³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art..41.

- 6.- Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
- 7.- Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
- 8.- Cuando se trate de providencias judiciales.
- 9.- Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.
- 10.- Cuando se impugnen actos administrativos de carácter general.¹⁶⁴

En este caso la inadmisión debe ser calificada en el auto inicial, y la improcedencia luego de la tramitación de la causa. Auto de inadmisión y fallo de improcedencia, que podrán ser apelados al igual que la sentencia ante la Corte Provincial.¹⁶⁵

III.2. Audiencia Pública.

Bajo el principio de oralidad, la audiencia se debe convocar dentro de los tres días (3) desde la fecha de calificación del requerimiento, siguiendo los siguientes procedimientos:

1. Asegurarse que las partes haya sido notificada en debida forma,
2. Se debe instalar la audiencia en la hora fijada, en caso que el requirente no esté presente, se debe esperar los 10 minutos que contempla el Procedimiento Civil.
3. La ausencia de la persona, institución u órgano requerido no impedirá que la audiencia se realice, pero la ausencia del requirente y el afectado a la audiencia (si no es la misma persona), sin causa justa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño, podrá considerarse como desistimiento tácito.¹⁶⁶
4. La Audiencia se debe registrar por cualquier medio que esté al alcance del juez,

¹⁶⁴ Ibidem, Art. 42.

¹⁶⁵ Ibidem. Art.8,8.

¹⁶⁶ Ibidem Art.14 inciso 3, Art. 15 n 1.

de preferencia grabación digital, debiendo mantenerse un expediente electrónico,

167

5. Iniciará la intervención, el requirente o el afectado, si no fuere la misma persona, debiendo de ser posible, demostrar el daño y los fundamentos del requerimiento.
6. Luego intervendrá la persona o entidad requerida, quien deberá contestar exclusivamente los fundamentos del requerimiento.
7. Tanto el requirente como el requerido tendrán derecho a la réplica, debiendo terminar la intervención el requirente.
8. El tiempo que debe disponer cada parte serán de 20 minutos en la intervención inicial y 10 minutos adicionales para replicar.
9. En la audiencia podrá intervenir los terceros, de autorizarlo la jueza o juez, quien podrá disponer de 10 minutos, estos terceros podrán ser activos o pasivos.
10. Durante la audiencia la Jueza o juez, actuará para controlar la actividad de los participantes, evitar dilaciones innecesarias y hacer las preguntas que crea necesarias para resolver el caso.
11. No se permitirán incidentes de ninguna clase. Sin embargo la jueza o juez si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla.¹⁶⁸
12. En el momento de la audiencia la jueza o juez, podrá disponer la práctica de pruebas, en un término máximo de ocho días por una sola vez, excepto cuando el caso se complejo, pudiendo nombrar comisiones unipersonal o pluripersonal, para recabar prueba.¹⁶⁹
13. Concluida la audiencia y formado un criterio sobre la violación de los derechos,

¹⁶⁷ Ibidem. Art.8,2.

¹⁶⁸ Ibidem. Art.14.inciso 3

¹⁶⁹ Ibidem Art.16, inc 2 y 3.

la jueza o juez dictará sentencia en forma verbal, expresando únicamente su decisión sobre el caso, la resolución se dictará en cuarenta y ocho horas.¹⁷⁰

Se debe tomar en cuenta, que muchas veces el **término de tres días** no es suficiente para que las instituciones públicas comparezcan a la audiencia, a través de sus abogados, ni entregar los elementos probatorio para desvirtuar las pretensiones, esto, porque cuando llega la notificación a la institución pública es recibida como cualquier otro trámite administrativo, y cuando llega al destinatario final en muchos casos se enteran minutos antes de la audiencia, hecho que se ha visto reflejado en la falta de comparecencia o en la falta de informe de los hechos y por ende la deficiente actuación de los profesionales. Término el cual el Consejo de la Judicatura, solicitaba para la audiencia y que hoy se ha recogido en la ley.¹⁷¹ Sobre estos procedimientos nos permitimos hacer un análisis breve de cada uno.

La importancia de esta etapa procesal, como dice el doctor Rafael Oyarte, no es, como se puede creer, que la autoridad ejerza su derecho de defensa, lo que tampoco se excluye. La norma toma en cuenta a la autoridad o persona accionada para efectos de que éstas informen al juez sobre los argumentos del peticionario.¹⁷² Así la acción de protección y las demás acciones constitucionales son procesos contra actos, de autoridad pública, particulares y de políticas públicas, y no una demanda contra la autoridad misma.

Se debe señalar que para esta audiencia, los **abogados y las partes intervinientes** deben tener la capacidad legal para intervenir en la audiencia, en el caso de los

¹⁷⁰ Ibidem Art.15 numeral 3

¹⁷¹ Of. No. 0103-DE-CJ-MJ-09, de 25 de febrero de 2009, Consejo de la Judicatura.

¹⁷² Oyarte Martínez Rafael. *La Acción de Amparo Constitucional*. Fondo Editorial Andrade & Asociados 2006. 2da Edición. Pg.197

abogados legitimando su intervención en la misma audiencia, y el requirente o terceros, la legitimación de su interés, por lo que no habrá término para legitimar la intervención de los abogados.

Surge la interrogante, si **se debe esperar los 10 minutos que contempla el Código de Procedimiento Civil**, si la norma constitucional restringe la aplicación de las normas procesales. En este caso, sin que se viole norma constitucional, es lógico que se debe esperar los diez minutos, toda vez que en la disposición final de la LOGJCC, establece como norma supletoria el Código de Procedimiento Civil, y dicha espera evitaría dejar en la indefensión al requirente, mas si de no comparecer se considerará desistimiento tácito y se archiva la causa.

Sobre la misma audiencia, haya la inquietud si **se debe permitir el ingreso a personas que no sean partes procesales**, o familiares de las partes procesales, y si **se debe o no permitir que dicha audiencia sea gravada, televisada** o no. La misma norma constitucional señala que los procesos son públicos, y la audiencia es una etapa procesal, salvo los casos que la ley limita, por lo que no se debe limitar el acceso al público a las audiencias, siempre que no se altere el orden, pero será el Juez quien instruya las reglas para el buen desenvolvimiento de la misma. Como tampoco se debe impedir la grabación de las diligencias.

En cuanto a **levantar un acta de las exposiciones de cada parte o solo se debe hacer un acta de comparecencia**. Si la jueza o juez debe dictar la sentencia verbalmente al terminar la audiencia pública, y al ser obligación registrar la audiencia

por cualquier medio, esto obliga levantar un acta,¹⁷³ para ello los abogados deberán hacer exposiciones sucinta, concreta, demostrando o desvaneciendo los fundamentos de la pretensión según sea el caso, debiendo preparar la exposición. Así mismo deberán presentar en el momento de la audiencia la legitimación de sus intervenciones, las pruebas de descargo, al no contemplarse término para la legitimación, ni mucho menos para presentar alegatos. Esto obliga a una profunda preparación de los profesionales. Acta que debe constar por escrito, al no existir registro de firmas electrónicas en el sistema judicial.

En cuanto al orden de la **intervención en la audiencia**, sin embargo queda en duda si la intervención del Procurador General del Estado, debe hacer como legitimado pasivo o como un tercero. Al no ser parte procesal, considero que la intervención deberá ser siempre como un tercero pasivo, porque será quien busque se mantenga el acto impugnado o que no habido omisión. Aunque según del Dr. Oyarte, debió iniciar el accionado, porque ya se conocen la pretensión, y que de ese modo la audiencia gana en el objetivo que tuvo el constituyente, que era debatir las posiciones jurídicas y se confronten argumentos.¹⁷⁴

En cuanto a los **tiempos de intervención** en la audiencia, se ha recogido la propuesta de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que era de 20 minutos para cada parte, incluyendo el tiempo de la réplica.¹⁷⁵ Sin que se tome en cuenta en el procedimiento o manejo de la audiencia, la prohibición de leer la exposición o alegatos, aplicando el principio de oralidad del proceso y especialmente de la audiencia con una

¹⁷³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 8, 2

¹⁷⁴ Oyarte Martínez Rafael. *La Acción de Amparo Constitucional*. Fondo Editorial Andrade & Asociados 2006. 2da Edición. Pg.202

¹⁷⁵ Propuesta de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de Procedimiento Constitucional, Cuadernos sobre Temas Constitucionales. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Adenaur, N.1. Abya-yala Enero 2001. Pg 14

utilidad práctica como es la aspiración constitucional.

Qué pasa si una de las partes solicita **diferimiento de la audiencia.**- Aplicando el razonamiento lógico, a la solicitud de diferimiento debe preceder un hecho o circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, por lo que si a la solicitud de diferimiento no se agrega el motivo o circunstancia de fuerza mayor, se debe negar el diferimiento de la audiencia. De justificarse las circunstancias, se debe diferir, en los términos del Art. 15 numeral primero “Se considerará desistimiento tácito cuando la persona afectada no compareciere a la audiencia sin justa causa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño, lo que demuestra que si es factible diferir la audiencia si se justifica la causa. En la vigencia de amparo, el Tribunal Constitucional en estos casos se pronunció, considerando que mal hace el Juez en fijar nuevo día y hora para que se realice otra audiencia, resolviendo: “declarar el desistimiento y remitir copia de esta Resolución al Consejo Nacional de la Judicatura”. En otro caso similar la Sala pese a que concedió el amparo, llamó la atención al juez a quo y remitió copia del fallo al Consejo Nacional de la Judicatura. Considerando que en estos casos no se puede diferir la audiencia, y en el caso de circunstancias de fuerza mayor debe estar justificado en legal y debida forma, caso contrario se debe llevar a cabo la audiencia, y el Juez sentando la razón de la falta de comparecencia del actor y disponer el archivo de la causa.¹⁷⁶

Qué pasa si **no se ha citado al demandado o no se han dado las facilidades**, por lo cual no concurren el actor ni demandado. En este último caso se debe considerar por desistimiento tácito de la acción, debiendo el Juez a la hora de la audiencia dictar el auto de archivo de la causa y anotando los hechos ocurridos. Aunque en ciertos casos, se cree

¹⁷⁶ Tribunal Constitucional. Primera Sala. Resolución No. 303 RA-01-IS, caso 066-2001-RA.

que es el juzgado quien debe encargarse de la notificación a las partes, y al no haber sido citadas las partes lo lógico es diferir la diligencia.

Cabe preguntarse si procede el **Desistimiento** en la Acción de Protección, la LOGJCC, contempla los medios para la terminación del proceso, entre los cuales se define el auto definitivo de inadmisión, por desistimiento tácito y expreso, por Allanamiento total y por sentencia. En cuanto al desistimiento ya nos hemos referido, el mismo que obliga el archivo de la causa. Sobre el allanamiento, la norma permite que la persona o institución requerida podrá allanarse, siendo éste total o parcial, en ambos casos el juez declarará la violación del derecho y la forma de reparar la violación. En caso de allanamiento parcial el proceso continúa en lo que no estén de acuerdo. También podrá terminarse mediante acuerdo reparatorio, el que será aprobado mediante auto definitivo. En ningún caso se aceptará desistimiento, allanamiento o acuerdo de reparatorio, que implique afectación a derechos irrenunciables o acuerdos manifiestamente injustos. Este auto definitivo no será apelable.¹⁷⁷ Sobre este tema en su momento el Tribunal Constitucional, desechó el desistimiento, por considerar: “ (...) *que los derechos constitucionales no son transigibles y la autoridad pública no tiene facultad propia para dejar de defender los derechos del Estado*”.¹⁷⁸ Esto podría interpretarse como dos situaciones jurídicas que harían viable el desistimiento: Una.- que puede haber el desistimiento si el acto u omisión ha sido subsanado, y Dos.- Si dicho desistimiento no causa daño grave en este caso al Estado,¹⁷⁹ aunque de tratarse de desistimiento expreso debe preceder el reconocimiento de firma y rúbrica.

¹⁷⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 15

¹⁷⁸ Pleno del Tribunal Constitucional. Resolución No. 048-2001-TP en el caso No. 516-2000-RA. Tomado de Oyarte Rafael, La Acción de amparo Constitucional Pg. 203.

¹⁷⁹ Propuesta de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de Procedimiento Constitucional, Cuadernos sobre Temas Constitucionales. Corpo Latinoamericana para el Desarrollo. Adenaur, N.1. Abya-yala Enero 2001. Pg 14

Una preocupación importante se presenta cuando la acción de protección se ha presentado **sin patrocinio de un Abogado**. Como hará su intervención en la audiencia pública, y donde estaría la defensa profesional de la que habla la Constitución,¹⁸⁰ a pesar que la ley ha establecido que la defensa profesional no se requiere ni para la apelación. En este caso, de ser necesario o cuando la persona lo solicite, la jueza o juez deberá asignar al accionante o persona afectada un defensor público, un abogado de la Defensoría del Pueblo o un asistente legal comunitario según lo que establezca el Código Orgánico de la Función Judicial.¹⁸¹

III.3. Etapa de Prueba

Habría causado sorpresa, que en las acciones constitucionales se practiquen pruebas, aunque parecería contradictorio que por un lado la norma constitucional prohíbe la aplicación de normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho,¹⁸² y por otra parte señalar que, “*en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas*”,¹⁸³ disposición que no se refiere a una etapa procesal de prueba, si no de la práctica de pruebas cuando se requiera comprobar la vulneración de un derecho garantizado en la constitución, ni mucho menos se concede términos para que las parte las solicite, dicha práctica corresponde a la jueza o juez de oficio de así considerarlas, no a petición de parte.

III.3.1 Momento probatorio

Como ya señalamos se trata de las pruebas que puedan aportar cada parte y que no se trata de una etapa procesal, como ocurre en los procesos contenciosos. La práctica

¹⁸⁰ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 76.7, e) y g); 191 inciso segundo.

¹⁸¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 8, 7.

¹⁸² Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008. Art. 86.2,e)

¹⁸³ Ibidem. Art. 86.3

de la prueba queda a discrecionalidad del juzgador, quien podrá disponer su práctica, aunque en las reglas dictadas por la Corte Constitucional, preveía la práctica de prueba o la realización de cualquier otra diligencia que considere indispensable para la decisión, incluyendo los principios a los que se sujetarían.¹⁸⁴

Bajo la premisa de la LOGJCC, se establece varios momentos procesales en los cuales se puede presentar o practicar las pruebas, así:

- a) Al momento de presentar el requerimiento, se debe en lo posible adjuntar los elementos probatorios que demuestren el daño.¹⁸⁵
- b) En la demanda, con los hechos que goza de certeza mientras no se desvirtúen
- c) En la audiencia, por la disposición de oficio en el auto de calificación, que dispone que las partes presenten los elementos probatorios, para determinar los hechos.¹⁸⁶
- d) Luego de la audiencia, por la orden del juez de practicar prueba, pudiendo nombrar comisiones, suspender la audiencia y practicadas en un término no mayor de ocho días.¹⁸⁷ Pudiendo ampliarse el término en casos de especialidad.¹⁸⁸
- e) Los interrogatorios que el juez realice en la audiencia para resolver el caso.¹⁸⁹
- f) Y la que se practique en cualquier momento de conformidad a la Constitución política Art. 86,3, en concordancia con el Art. 16 de la

¹⁸⁴ Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. R.O.466 13 de noviembre de 2008. Art. 44 No. 2. b y d.

¹⁸⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 10,8.

¹⁸⁶ Ibidem, Art. 13,4.

¹⁸⁷ Ibidem Art. 14 inciso 3do

¹⁸⁸ Ibidem, Art. 16 inciso 2do

¹⁸⁹ Ibidem. Art 14 inciso 2do

LOGJCC.

III.3.2 Medios Probatorios

Según el principio de la carga de la prueba, contemplado en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano,¹⁹⁰ cada parte está obligado a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Sin embargo en esta acción el juez podrá disponer la práctica de cualquier diligencia, incluyendo el interrogatorio para esclarecer el hecho.

Entre los medios de prueba, se debe entender que son todos aquellos que contempla el Código de Procedimiento Civil, como norma supletoria en las garantías, como la confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Incluyendo las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, o informáticos, telemáticos o de nueva tecnología: así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica.¹⁹¹ Es decir que la Jueza o Juez puede disponer la práctica de cualquier diligencia de las descritas, para llegar a la verdad de los hechos y así resolver la vulneración de un derecho garantizado en La Constitución, por acción u omisión. Si a ello sumamos que la carga de la prueba corresponde al requerido por la presunción de certeza de los fundamentos alegados.¹⁹² En este mismo tema, si de valoración de la prueba hablamos, se debe tener en cuenta los principios de valoración, la sana crítica, etc, y el **Principio de interculturalidad**, que se refiere a la diversidad cultural, cuando el legitimado activo o pasivo sea una comunidad, pueblo o nacionalidad, para lo que las juezas y jueces considerarán los códigos y valores que ha

¹⁹⁰ Código de Procedimiento Civil Codificación 2005-011 R.O.S 58 12 de jul 2005.Art. 114 a 119

¹⁹¹ Idem. Art. 120 y 121

¹⁹² Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008.Art. 86.3

desarrollado dichos pueblos culturas,¹⁹³ y los actos procesales y su valoración no podrán ser interpretados o ejecutados, si no de acuerdo a la diversidad cultural aplicable al caso. Igual consideración se adoptará en los daños ambientales.¹⁹⁴

III.4 La Sentencia en la Acción de Protección.

Recordando la disyuntiva inicial, de que la Protección o Amparo es una Acción o un Recurso, este es el momento propicio para ejemplificar el problema. Definitivamente se trata de una Acción, porque dictada la sentencia el requirente o requerido tiene la posibilidad, de acuerdo a la norma constitucional y la LOGJCC, interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia ante el superior.

Aunque el marco constitucional no contempla el límite de tiempo, la ley contempla, que cuando la jueza o juez se forme un criterio, dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia,¹⁹⁵ y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.¹⁹⁶

Antes del análisis de los elementos de la Sentencia, se debe tener en claro que: Si se presenta más de un requerimiento de violación de derechos contra las mismas personas por las mismas acciones u omisiones, se dictará auto resolutivo de inadmisión y se dispondrá, el archivo de todas las acciones.¹⁹⁷ Se debe tener en cuenta, que se presumirá ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros

¹⁹³ Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. R.O.466 13 de noviembre de 2008. Art 43 numeral 5.

¹⁹⁴ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre del 2008.Art. 397

¹⁹⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 14 inciso 3

¹⁹⁶ Ibidem. Art 15 numeral 3

¹⁹⁷ Ibidem Art. 8 numeral 6

elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.¹⁹⁸

La sentencia en la acción de protección al igual que toda sentencia debe contener la parte expositiva, considerativa y resolutive, pero en esta acción la norma constitucional contempla otros elementos como requisitos sine cuanon en su contenido, como lo veremos a continuación.

III.4.1 Primera instancia.-

Aunque ya lo dijimos, la acción de protección podrá plantearse, en primera instancia, ante cualquier jueza o juez, sin que importe su especialidad, del lugar donde se originó el acto u omisión que afectó o amenazó el derecho; donde se producen los efectos del acto u omisión; o, en el lugar del domicilio del demandado, resolviendo 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.¹⁹⁹ Debiendo contener la sentencia de primera y segunda instancia, los siguientes elementos:

1.- Los Antecedentes, que comprenden:

- La identificación de la persona afectada y de la requirente, de no ser la misma persona;
- La identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisión se ha interpuesto la acción.
- Los terceros activos y pasivos que tienen interés en la causa.

¹⁹⁸ Ibidem Art. 16 numeral 4

¹⁹⁹ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 86 numeral 3. LOGJCC Art. 14 y 17

2.- **Fundamentos de Hecho.**- La relación de los hechos probados relevantes para la resolución.

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

4.- **Resolución,** que debe contener:

- La declaración de violación de derechos,
- Determinación de las normas constitucionales violadas,
- Determinar el daño, y
- Señalar la reparación integral que proceda y
- El inicio del juicio
- De no encontrarse violación de ningún derecho, se negará la pretensión.²⁰⁰
- En la sentencia o acuerdo, debe constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, como y lugar en que deben cumplirse salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo 19 de la LOGJCC.

Sobre la determinación del **derecho presuntamente vulnerado**, se lo realiza basado en la pretensión del accionante, no hay cuestionamiento, pero **en el caso de que el Juez determine la vulneración de un derecho sin que el requirente lo haya enunciado**, se pensaría que cae el juez en extra petita, lo que no procede, por la obligación de aplicar las norma y disposiciones constitucional sin que el interesado las enuncie, mas si el juez determina la violación de derechos no enunciados por las parte deberá protegerlos.²⁰¹ Es decir, el juez está obligado a aplicar los principios de la verdad procesal, de oportunidad y pertinencia de la prueba y de la valoración misma, la

²⁰⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art 17

²⁰¹ Constitución del Ecuador. R.O. 449 20 de octubre del 2008. Art. 426. Art. 11 numeral 3, 4 y 7.

sana crítica como la máxima de la lógica y la experiencia, ponderando entre los principios y derechos bajo los parámetros de razonabilidad, cuando estos se enfrentan.

202

En cuanto a la reparación debe hacerse efectiva de forma **material e inmaterial**. Materialidad que se hace efectiva disponiendo respetar y hacer respetar los derechos. Para el primer caso, señala Ramiro Ávila “Respetar” implica obligaciones de abstención frente a las manifestaciones positivas del ejercicio de los derechos, ejemplificando, cuando alguien está ejerciendo la libertad de movimiento, ningún agente de estado puede detenerlo; o cuando una persona ejerce su derecho a la salud a través de un régimen homeopático, el estado no puede imponer medicamentos. Y “hacer respetar”, en cambio implica obligaciones de hacer u obligaciones positivas. La que puede tener dos manifestaciones. **La una** tomar medidas, como elaborar una política pública, un programa de capacitación, expedir una ley, construir una escuela o ejecutar un plan de vacunación. **La otra** es impedir que terceros, con sus acciones u omisiones, provoquen violaciones a los derechos, y esto tiene que ver con tener un aparato de justicia eficiente que resuelva conflictos. Obligaciones que se reiteran con la Acción de Protección, en la que la jueza o juez tiene la obligación de “especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas...”. Agregando que se incumplen las obligaciones de respeto cuando el estado realiza acciones de “hacer respetar” o cuando el estado omite actuar.²⁰³ En este caso la responsabilidad objetiva o material responde el Estado cuando existe un daño sin más, sobre la base de la obligación de toda autoridad pública a reparar el daño, aunque no aparezca el enunciado sobre dicha responsabilidad.²⁰⁴ En cambio reparación subjetiva o inmaterial responde una persona y tiene que demostrarse que existe culpa o

²⁰² Ibidem . Art. 86 numeral 3.

²⁰³ Ávila Santamaría Ramiro. *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia. 2008 Pg. 68

²⁰⁴ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 11 numeral 9 inciso segundo.

dolo, basándonos en la disposición constitucional. Es decir al declarar la vulneración de derechos se ordenará:

- a) La **reparación integral** por el daño material e inmaterial, procurando que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la salud.
- b) **Reparación por daño material**, comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.
- c) **Reparación por daño inmaterial** comprenderá: la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, no pecuniaria.
- d) **Reparación económica.-** Cuando la reparación 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.

- e) **Baremo para la reparación.**- Se realizará en función: a) Del tipo de violación, b) las circunstancias del caso, c) las consecuencias de los hechos y d) la afectación al proyecto de vida.²⁰⁵ pudiendo convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que debe realizarse dentro de ocho días.

En la resolución, el Juez constitucional debe tomar en cuenta, las medidas cautelares dictadas al momento de calificar la pretensión, las que deben ser revocadas si se ha negado la pretensión, y ratificándolas o ampliándolas si se acepta la pretensión.

Recursos de la Sentencia en la acción de Protección.

Dictada la sentencia verbalmente en la misma audiencia o notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguiente,²⁰⁶ en el casillas judicial o en el lugar señalado por las partes, a la parte que le fuera adversa la sentencia podrá interponer el **Recurso de Apelación**, que se interpondrá para ante la Corte Provincial, que puede ser planteado en la misma audiencia o dentro de los tres días luego de notificada la sentencia por escrito.²⁰⁷ Esta sentencia no será objeto de recursos horizontales, por el contrario solo cabe el recurso de apelación,

Se debe tener claro que la interposición del recurso de apelación, no suspende la ejecución de la sentencia. Es decir se concede el recurso en efecto devolutivo, debiendo

²⁰⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 18 inciso 2do y último.

²⁰⁶ Ibidem Artículo 15, numeral 3.

²⁰⁷ Constitución del Ecuador. R.O. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 86 numeral 3. LOGJCC Art. 24.

entender el efecto devolutivo como la obligación del cumplimiento inmediato de la resolución del Juez de primera instancia, y que vuelvan las cosas a su estado anterior o se repare el daño causado.²⁰⁸ En otras palabras, cuando el apelante fuere la persona o entidad requerida, se entenderá que la resolución fue favorable para el requirente.

No podemos dejar pasar por alto, que durante el periodo de transición, la Corte Constitución en la reglas dictadas, estableció que el recurso de apelación debía estar fundamentado, lo que era contradictorio a la propia norma constitucional que indicaba que no requiere invocar norma alguna, es decir no requería fundamentar en derecho la acción de protección, esto trajo como consecuencia que se desecharan las apelaciones, por falta de fundamentación del recurso, hecho que no era tomado en cuenta ni aún por los jueces de instancia, causando indefensión a los apelantes.²⁰⁹

III.4.2 Segunda instancia

Es muy poco lo que hay que hablar sobre este tema, toda vez que la propia Constitución establece que las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial.²¹⁰ De haber más de una sala, se radicará la competencia por sorteo. La Sala avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días.²¹¹ Sin embargo la LOGJCC pese a que señala que la Corte Provincial, resolverá por el merito del expediente, da la facultad, que excepcionalmente, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días, en estos casos, el término se suspende y corre a partir de la audiencia, para dictar la resolución. Nótese que siendo

²⁰⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 15, numeral 3.

²⁰⁹ Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. R.O.466 13 de noviembre de 2008. Art 44, numerales 3 y 4

²¹⁰ Constitución del Ecuador R.O. 449 20 de octubre 2008. Art. 86, numeral 3 inciso segundo.

²¹¹ LOGJCC. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 15, numeral 3.

una sala con tres jueces, no se dispone dictar la resolución en la misma audiencia, ni notificar por escrito en 48 horas, como obliga a los jueces de instancia, sino que concede ocho días para que la sala dicte la resolución. En todo caso, la apelación no obliga a fundamentar el recurso, el hacerlo sería contrariar la ley y la constitución y violar el principio de tutela efectiva, sacrificando la justicia por meras formalidades, como ocurrió en ciertos casos:

A manera de ejemplo me permito referirme a una resolución en la que señala lo siguiente: “La señora (...) acompaña a su recurso de acción de protección de sus derechos, el acto de impugnación del acto administrativo, que consta a fs. 6 y 7, que es una fotocopia simple, documento que de acuerdo a nuestro sistema probatorio establecido por la Ley, es apócrifo, no tiene valor legal alguno”, cita los Art. 121 del Código de Procedimiento Civil, Art. 25 de la Ley de Modernización del Estado, numeral 5 del Art. 18 de la Ley Notaria, concluyendo “... situación que impide el análisis jurídico de dicho acto”²¹².

Otro caso que llama la atención, aunque si bien hemos analizado en la Admisibilidad de la acción de protección, no deja de sorprender, el pronunciamiento de Segunda Sala de lo Civil, de la Corte Provincial al señalar que: “*La falta de motivación no es objeto de garantía jurisdiccional, porque la motivación, que incluye la fundamentación y argumentación, es una exigencia del debido proceso, cuya omisión está sancionada en el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, con nulidad...*”²¹³ norma que obliga la motivación en las resoluciones de los poderes público, sin que haya tal motivación si no se enuncia las normas y principios jurídicos en que se funda y no se explica la

²¹² Sentencia Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Tercera Sala Especializada de lo Penal. Causa 647-08 de 9 de enero de 2009.

²¹³ Resolución Segunda Sala de lo Civil Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales. Causa.- 17112-2209-0026:

pertinencia, caso que está para el análisis del lector.

La sentencia de segunda instancia, al igual que la de primer instancia debe determinar y declarar la vulneración de derechos, ordenar su reparación integral, material e inmaterial, e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse,²¹⁴ ya que si el Juez aquo negó la acción, la revocatoria de la sentencia de dicho juez obliga que la sentencia del superior cumpla con todos los requisitos que establece las Garantías Jurisdiccionales. Resuelta la causa por el Superior, el proceso será devuelto a la jueza o juez de instancia para su ejecución y cumplimiento.

III.4.3 Sentencias de la Corte Constitucional.

Se ha generado la gran interrogante, en tanto y en cuanto, que La Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, con jurisdicción nacional,²¹⁵ facultad a ejercer las atribuciones de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de:

- a) Las sentencias ejecutoriadas de acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, habeas data, acceso a la información pública y de más procesos constitucionales.²¹⁶
- b) Los casos seleccionados por La Corte Constitucional para su revisión,²¹⁷ y

²¹⁴ Constitución del Ecuador. R.O. 449 20 de octubre del 2008. Art. 86 numeral 3, y LOGJCC. Art 15, numeral 3.

²¹⁵ Ibidem Artículo. 429

²¹⁶ Ibidem. Artículo .436.6

²¹⁷ LOGJCC. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Artículo. 25.

c) Por consulta en las acciones constitucionales.²¹⁸

Al respecto la norma constitucional establece, que todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a La Corte Constitucional, para el desarrollo de la jurisprudencia.²¹⁹ En estos casos los criterios que emita, como señala el Dr. Agustín Grijalva, La Corte Constitucional la que estudiando la aplicación concreta de la ley u otras normas jurídicas, es decir especialmente mediante la selección de las sentencias de garantías jurisdiccionales, debe esclarecer y relacionar más específicamente los contenidos constitucionales de estos derechos. Este es el sentido del art. 436 numeral 6, de la Constitución, que establece como una función esencial de la Corte expedir jurisprudencia obligatoria en materia de garantías. Que el desarrollo jurisprudencial de los derechos tiene justamente como ventaja su nivel de concreción respecto a la dimensión comparativamente más abstracta y general en que opera el legislador.²²⁰ Es decir, se convierten en jurisprudencia bajo el criterio de precedente, es decir, se emitirá un criterio considerando el caso, sin que se refiera a uno exclusivo, pero que dicho pronunciamiento deberá ser acogido tanto por autoridades de la administración pública, como por los operadores de justicia constitucional, es más rige para que sea aplicable a casos análogos, es decir se resuelvan los casos al amparo del precedente jurisprudencial.

En relación a los casos seleccionados por La Corte Constitucional para su revisión, la norma constitucional se limita a señalar la facultad, pero no determina los casos que deba seleccionar, aunque la LOGJCC, determina las siguientes reglas:

1. Todas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales será remitidas a la Corte Constitucional para su conocimiento, eventual selección y revisión, en

²¹⁸ Constitución del Ecuador. R.O. 449 20 de octubre del 2008. Art.428

²¹⁹ Ibidem Artículo 86.5

²²⁰ Grijalva Agustín, *La Nueva Constitución del Ecuador.- Interpretación Constitucional Jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional.* Corporación Editora Nacional. 2009.Pag. 280

- el término de tres días contados a partir de su ejecutoría.
2. La Sala de Selección, después de conocer las sentencias, escogerá discrecionalmente aquellas sentencias objeto de la revisión. El caso seleccionado se hará conocer a través del portal de Internet de la Corte.
 3. La exclusión de la revisión no requiere de motivación expresa.
 4. La Sala de Selección tendrá en cuenta los siguientes parámetros para la selección, que deberán ser explicados en el auto de selección:
 - a) Gravedad del asunto,
 - b) Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial,
 - c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional,
 - d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.
 5. Sin perjuicio de la discrecionalidad en la selección de sentencias, la Defensora o Defensor del Pueblo o cualquier jueza o juez de la Corte Constitucional podrá solicitar la selección de la sentencia, a partir de las causales descritas en el numeral anterior.
 6. En caso de que la sentencia no haya sido seleccionada dentro de los treinta días siguientes a su recepción en la Corte Constitucional, se entiende excluida de la revisión,
 7. La Corte definirá los mecanismos para registrar y controlar los casos remitidos y no seleccionados.
 8. La Corte dictará sentencia en los casos seleccionados dentro del término de 60 días siguientes a su selección.
 9. Se remitirá, una vez adoptada la decisión, el expediente a la jueza o juez competente de primera instancia, para que notifique a las partes la sentencia y la

ejecute.

10. No cabe recurso alguno de ninguna de las decisiones tomadas por la Corte en el proceso de selección.²²¹

Surge la interrogante, que pasa si La Corte Constitucional entre las sentencias seleccionadas para la revisión, encuentra una que evidencie la violación del debido proceso o la vulneración de un derecho, a caso se convierte en juez de instancia, juez de casación o de tercera instancia. Podrá el máximo tribunal cambiar el contenido de la sentencia de primera y segunda instancia, si ésta ya esta ejecutoriada, o si se ha ejecutado la reparación del derecho vulnerado. En este caso se trataría de una sentencia que deja sin efecto las anteriores, debiendo contener los mismos elementos de la sentencia de primera y segunda instancia, incluyendo la reparación integral material e inmaterial.

Para estos casos La Corte Constitucional tendrá una Sala de selección, la que después de conocer las sentencias, escogerá discrecionalmente aquellas sentencias objeto de la revisión. Para el tratamiento de los casos seleccionados, deberá tener en cuenta los parámetros señalados en el numeral 4 en líneas anteriores, debiendo la Corte dictar sentencia en los casos seleccionados dentro del término de 60 días siguientes a su selección.²²² Adoptada la decisión, se remitirá el expediente a la jueza o juez competente de primera instancia, para que notifique a las partes la sentencia y la ejecute, pudiendo conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales,²²³ por ser de carácter definitivos e inapelables.²²⁴

²²¹ LOGJCC. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Artículo 25

²²² LOGJCC. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Artículo. 25 No. 4 y 8.

²²³ Constitución del Ecuador. R.O. 449 20 de octubre del 2008. Art.436.9

²²⁴ Ibidem. Artículo.440

En este caso debemos concluir, que si La Corte Constitucional en la revisión de un fallo, luego del análisis, resuelve revocando la sentencia de instancia, es lógico pensar que estamos frente a una tercera instancia en materia Constitucional.

III.5. Ejecución de la Sentencia.

Se debe tener en claro que la ejecución de la Sentencia se puede dar en dos escenarios. La primera, si concedida la Acción de Protección, en segunda instancia o ratificado el fallo, por La Corte Provincial, el juez de instancia procederá a su ejecución y cumplimiento; y La segunda, si se trata de una sentencia dictada por La Corte Constitución, por el sorteo. Debiendo recalcar que la sentencia o acuerdo reparatorio deberá contener expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica. En cualquiera de los dos casos el juez deberá tomar en cuenta que tipo de reparación se ha dispuesto en la sentencia entre estos posibles casos:

- 1.- **Si la reparación es integral**, se procurará que los afectados gocen de los derechos y que se restablezca a la situación anterior; pudiendo incluir la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, garantía de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las disculpas, prestación de servicios públicos, atención de salud.
- 2.- **Si la reparación es por el daño material**, debe comprender: la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos, los gastos efectuados por los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario, con un nexo causal de los hechos.

3.- **Si la reparación es por daño inmaterial.**- corresponde la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos o alteraciones de carácter no pecuniario.

4.- **Reparación que se debe disponer** en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

5.- **Audiencia por reparación**, se puede convocar para tratar exclusivamente sobre la reparación que deberá realizarse dentro del término de ocho días.²²⁵

6.- **Excepción.**- Si la reparación es económica o pago en dinero al afectado, 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 los que se podrá interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.²²⁶

Excepción que se puede considerar una contradicción, porque ello impediría que se ejecuten las sentencias de manera directa, sino que se deberá iniciar otro proceso, que llegarán hasta la casación, lo que evidencia una tomadura de pelo la ejecución de la sentencia. Por lo que ya no hablaríamos de una tercer instancia, sino de hasta posible seis instancia y quizás siete.

Si nos referimos al **cumplimiento** mismo de la sentencia, la jueza o juez tendrá a su haber:

- a) El empleo de los medios adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia, pudiendo disponer la intervención de la policía nacional.
- b) Podrá expedir autos para ejecutar íntegramente la sentencia, pudiendo evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares, pudiendo

²²⁵ LOGJCC. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Artículo 18

²²⁶ *Ibidem*. Artículo 18

modificar las medidas.

- c) Podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, quienes deberán informar el cumplimiento.
- d) El caso se archivará solo si se ha ejecutado íntegramente la sentencia o acuerdo.²²⁷

En caso de incumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio el juez podrá adoptar las siguientes medidas:

- 1.- Ordenar la destitución del servidor público, suspender, e iniciar el procedimiento correspondiente para determinar su responsabilidad, sin perjuicio del juicio contencioso administrativo y la responsabilidad penal a que hubiere lugar.
- 2.- Si el incumplimiento provoca daño, el mismo juez, sustanciará un incidente de daños y perjuicios, mediante un procedimiento sumario, contra la persona responsable, particular o pública, y la cuantía será cobrada mediante apremio real.
- 3.- Si el incumplimiento es por parte de servidores judiciales, por acción u omisión, se considerará como falta gravísima y se comunicará del particular al Consejo de la Judicatura para que proceda de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial.
- 4.- Si la violación del trámite o plazos establecidos en la ley, proviene del juez, se podrá presentar la denuncia ante la autoridad correspondiente del Consejo de la Judicatura, según el Código Orgánico.²²⁸

²²⁷ *Ibidem*. Artículo 21

²²⁸ LOGJCC. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Artículo 21

Como podemos observar, la ejecución o cumplimiento de la sentencia, se convierte en la posibilidad más distante según la normativa invocada, habiéndose dejado el mandato constitucional contemplado en el del Art. 86 numeral 4.

III.6. Caduca o prescribe el derecho para presentar La Acción de Protección.

Debemos comenzar afirmando que los derechos constitucionales no caducan, porque los mismos no se adquieren ni se pierden por el transcurso del tiempo, toda vez que ni la norma constitucional ni la LOGJCC contemplan un plazo dentro de la cual se deba presentar la acción de protección. Al respecto el Dr. José García Falconí, señala que la protección es total en cuanto al tiempo, y que la posibilidad de ejercitar ante la jurisdicción competente, se origina como regla general, a partir del día en que la víctima haya sufrido el daño.²²⁹

Pero en cuanto a los plazos, si bien la Acción de Amparo en la Constitución de 1998, no preveía plazo o termino, sin embargo hubieron jueces constitucionales de instancia y del Tribunal Constitucional, que vincularon el tiempo con la inminencia del daño causado por el acto impugnado, término según el Dr. Rafael Oyarte, *“de modo general, hace referencia a un hecho futuro que amenaza suceder prontamente. Pero, jurídicamente, la inminencia de daño grave no solo atañe a hechos futuros, sino también a hechos ocurridos o que están ocurriendo”* quien considera además, que a pesar de lo señalado, debe insistirse en que el transcurso del tiempo sí afecta la procedencia del

²²⁹ García Falconí, José, La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador, 1ra Edición 2008, Ediciones Rodin. Pag. 304.

amparo”, tal como lo señaló la tercera Sala.²³⁰ En este caso la Tercera Sala del Tribunal Constitucional en su momento, frente a la pretensión de señalar una relación directa entre el tiempo de interposición del amparo con su eventual caducidad dijo: “ *Que respecto de la inminencia de daño grave, la accionada ha alegado que este requisito de procedencia del amparo no se presenta en la especie, toda vez que la presentación de esta acción se ha producido “luego de más de tres meses” de la emanación de los actos impugnados (...)*”. Al respecto El Tribunal Constitucional, señaló, que ni la Constitución ni la ley de Control Constitucional han señalado término o plazo en razón de la inminencia, de caducidad del amparo.²³¹

En cuanto a la **prescripción**, ni la Constitución ni la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, prevén la prescripción o caducidad de la acción de protección, igual ocurría con el amparo que en ningún tiempo se previó norma para aquello, como así lo ha señala el Dr. Rafael Oyarte, y sobre lo cual se ha pronunciado el Pleno del Tribunal Constitucional y sus Salas al señalar: “Quinto.-(...) *El derecho a demandar por actos violatorios a la Constitución es imprescriptible, por tanto la acción puede deducirse en cualquier tiempo y el Tribunal Constitucional de pronunciarse sobre ella, sin poder invocar caducidad o prescripción*”.²³² Lo que nos lleva a concluir, que de acuerdo a la norma Constitucional, la acción de Protección no caduca ni prescribe, por lo que la demanda se la puede presentar en cualquier tiempo. En este caso, la mayoría de los países establecen plazos reducidos para el ejercicio de la acción, que van desde 15 a 60 días, contados a partir de que el acto se ejecuta, se debió o trata de ejecutar, o se tiene conocimiento del mismo, según la normatividad de cada país. Entre ellos, Honduras, Paraguay, Perú y Costa Rica (derechos patrimoniales) contemplan 60 días, mientras que Bolivia y Venezuela seis meses. En cualquier tiempo Colombia (Salvo las dirigidas contra

²³⁰ Oyarte Martínez Rafael. La Acción de Amparo Constitucional. Fondo Editorial Andrade & Asociados 2006. 2da Edición. Pg.126 y 128

²³¹ Tribunal Constitucional, Tercera Sala. Resolución No. 0463-2003 RA, No 0487-2003 RA, 542-2003 RA.

²³² El Pleno del Tribunal Constitucional. Resolución No. 256-98 RA, Primera Sala R 028 RA 00-IS. R 0553-2003 RA. Tomado del Libro La acción de Amparo Constitucional, Oyarte Rafael. Pag. 127.

sentencias o providencias, las cuales caducan en 2 meses), Ecuador, Costa Rica y México no establecen plazo.²³³ Sin alargarnos en el tema debemos concluir que la acción de Protección no debe caducar, por el transcurso del tiempo, si no que se debe presentar en el momento que se establezca la vulneración del derecho, esta inminencia no considerada por el tiempo transcurrido, sino por la realización del mismo con el daño en sí, mas si se trata de personas que se encuentran en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Aunque debe tener las limitaciones si el afectado luego de haber participado activamente en un proceso, no ha recurrido del acto u omisión que causó el daño.

Pese a todo lo señalado la LOGJCC, señala en cambio que “El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.”²³⁴ Dando a entender que es posible la prescripción, sin que esto sea así, pero tampoco existe norma que limite o regule dicha figura, ni que limite los derechos constitucionales.

²³³ Ferrer Mag Greor Eduardo, *El Derecho de Amparo en el Mundo*, (Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), Ed. Porrúa S.A., 2006, p 23

²³⁴ LOGJCC. R.O. 52 2do S. del 22 de octubre de 2009, Art. 144

CAPITULO IV OTROS COMPONENTES DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

IV.1. La Consulta ante la Corte Constitucional.

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, la 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.²³⁵

Sobre el tema el Dr. Agustín Grijalva, sostiene que la Corte Constitucional no es órgano consultivo, que el hecho de que la Corte sea el intérprete jurídico final de la Constitución no significa que se trate de un órgano consultivo, y que no puede interpretar la Constitución en cualquier momento y de cualquier forma. Y que la única consulta que la Corte puede resolver se produce en el curso de un proceso judicial y son las establecidas en el artículo 428, para que se resuelva con efectos generales. Pues el absolver consulta y pronunciarse en determinado sentido sobre una norma o un acto, mal podría hacerlo posteriormente en forma distinta. Efectivamente a esta consulta nos referimos. Pero agrega el Dr. Grijalva, que “si se busca el pronunciamiento de la Corte Constitucional lo jurídico es acudir a los procesos constitucionales específicos diseñados para el efecto”, planteando el problema del valor jurídico de estas decisiones adoptadas como resultado de consulta, que al no establecer la Constitución el proceso,

²³⁵ Constitución del Ecuador. R.O. 449 20 de octubre del 2008. Art.428

el valor jurídico de las respuestas a tales consultas queda en entredicho”.²³⁶ Surge la interrogante, cuáles son las acciones correspondientes que debe adoptar el perjudicado, si la Corte no se pronuncia en el plazo previsto?. Creería no haber una solución directa en estos casos, habría que pensar en una acción de incumplimiento, ante la misma Corte Constitucional, por lo que se llegaría a lo mismo.

En este caso estamos hablando del control concreto, que tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad en la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales, en el que se debe aplicar la norma constitucional sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. Y para el control concreto de constitucionalidad, cualquier juez de oficio o a petición de parte deberá:

1. Inaplicar una norma jurídica cuando tenga certeza de su inconstitucionalidad y remitirá un informe a la Corte Constitucional para que resuelva con efectos generales y abstractos.
2. Si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.
3. Si no se pronuncia la corte en dicho plazo, el proceso se seguirá sustanciando presumiéndose la constitucionalidad de la norma, y si la Corte resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección. .

En todo caso, la consulta puede realizarse sobre la base de dos instrumentos

²³⁶ Grijalva Agustín, *La Nueva Constitución del Ecuador.- Interpretación Constitucional Jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*. Corporación Editora Nacional. 2009.Pag. 276

normativos, cuando la norma jurídica contravenga La Constitución de la República vigente y cuando contravenga los tratados o convenios internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en La Constitución, como lo analizaremos a continuación.

IV.1.1. Consulta por norma contraria a la Constitución.

Debemos partir señalando, que la norma jurídica es contraria a la constitución, cuando los preceptos que en ella se contienen son efectivamente contrarios a la norma Constitucional vigente, que de aplicarse o seguirse aplicando haciendo prevalecer el principio de legalidad, de seguro se vulneran derechos de los ciudadanos. Razones suficientes, consideramos, tuvo el constituyente para establece el control de constitucionalidad convirtiendo a los jueces en la boca de la constitución y ya no de la ley; es decir, se ha dado la debida importancia a los principios de supremacía y jerarquía constitucional. Por esta razón, La Corte Constitucional máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia,²³⁷ y de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador,²³⁸ debe atender la consulta, aunque dentro de sus atribuciones no se contempla de forma expresa la posibilidad de absolver consultas de los jueces, pese a que la norma constitucional contempla dicha posibilidad, por lo que habrá que remitirse a la aplicación directa de dicha disposición, por ser el máximo órgano de interpretación y aplicación de la Constitución.

Pero serán las juezas y jueces los que deberán en los casos de su conocimiento determinar si las normas a aplicar son contrarias a la norma constitucional, hecho este

²³⁷ Constitución del Ecuador. R.O. 449 20 de octubre del 2008. Art.429

²³⁸ Ibidem Artículo. 436, 1

que el juzgador deberá en su petición motivar jurídicamente ante La Corte Constitucional. Esto ocurre con frecuencia, al aplicar normas, por la autoridad pública, que siendo contrarias a la constitución sin embargo se aplican como normas válidas. Por ejemplo: Tanto La Constitución de 1998 y la del 2008, han contemplado la norma “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”, sin embargo por la autonomía institucional y la facultad reglamentaria conferida a la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, los Reglamento de Disciplina de las instituciones Policiales o Militares, establecen sanciones sin que se determine la proporcionalidad de la pena de acuerdo a la infracción, estableciendo tres tipos y grados de sanciones, dejando a discrecionalidad del Tribunal de disciplina escoger la sanción.²³⁹ Por lo que estamos frente a una norma contraria a La Constitución, desde dos aspectos, por un lado que la sanción no consta en una ley sino en un reglamento y por otra que no establece la proporcionalidad entre la sanción y la infracción, por lo que de seguro se han cometido abuso de autoridad, aplicando a infracciones leve penas máxima y a infracciones graves sanciones menores, incurriendo en la desproporcionalidad de la pena, violando el principio de igualdad ante la ley. Lo que nos ubica en un caso típico de norma jurídica violatoria a la constitución, mas cuando se ha abusado de la facultad reglamentaria conferida por la ley.

IV.1.2. Por norma contraria a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Considerando el papel de garantista que asumen los jueces en un modelo de estado constitucional de derecho, que encuentra su justificación en la realidad de un derecho inválido, lagunoso debido a la existencia de vicios, incoherencia o falta de claridad de la norma en el ordenamiento jurídico interno, garantismo que se cumple

²³⁹ Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, R.O. 36 28-IX-98.- Art. 63

reemplazando el positivismo y sometimiento del juez a la ley, por el sometimiento del juez a la ley válida, es decir aquella que guarda coherencia con los límites sustanciales;²⁴⁰ que en palabras de Dworkin, “*aquel juzgador que responda al tenor literal de la ley corresponde a la categoría del juez mecánico, sin importar que esto implique injusticia o ineficacia de la decisión, cambiando el paradigma con aquel que se sujete a la ley válida, estaría actuando como el juez que interpreta el derecho como un todo integral.*”²⁴¹ En este caso, cuando una norma jurídica es contraria a los instrumentos internacionales de derechos humanos, nos remitimos a aquellas normas que contemplan los tratados o convenios internacionales, que garantizan los derechos humanos, entendiéndose esto como la obligación del Poder Judicial que en virtud de su potestad jurisdiccional pueda ejercer un control e imponer las medidas de reparación, ante violaciones o amenazas a dichos derechos.

Esta consulta establecida en la norma constitucional, nos remite a las normas internacionales de Tratados y convenios de los que el Estado ecuatoriano es parte, y porque no decir a las normas comunitaria proveniente del Tribunal de Justicia de La Comunidad Andina, instrumento que contempla la consulta facultativa, para los jueces nacionales de instancia y obligatoria para los de última instancia,²⁴² la que debe ser acogida por los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se contraviene alguna de las normas que conforman al ordenamiento jurídico de La Comunidad Andina, solicita la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, sin que sea obligatorio tener la interpretación del Tribunal en el caso de la facultativa para dictar la resolución, no así en el caso de la consulta obligatoria del juez que formuló la

²⁴⁰ Morales Viteri Juan Pablo, *Democracia Sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica*, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia. 2008. Tomo 1, pag. 93

²⁴¹ Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, 1992, Barcelona pg. 20-173, tomado del Neoconstitucionalismo y Sociedad T.1 pag. 93.

²⁴² Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado mediante Decisión No. 500

consulta, que deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.²⁴³ Pero esto al parecer ha cambiado, cuando por el razonamiento de que quien juzga no puede opinar primero mediante una consulta, el Tribunal Andino de Justicia ha desechado la posibilidad de absolver consultas que han llegado a ese órgano jurisdiccional.²⁴⁴ Y es en estos casos, que para garantizar la seguridad jurídica necesaria en el contexto nacional e internacional, que debe también el juez recurrir a la Corte Constitucional.

Dicha consulta, como facultad del juez de instancia constitucional y como competencia para la Corte Constitucional, tiene por objeto también establecer el alcance de la norma o normas tanto de la Constitución y de Tratado (s), Internacional (s) de Derechos Humanos que pudieran ser oscuras, ininteligibles, contradictorias, dudosas o contener vacíos que impidan su efectiva aplicación, lo que de seguro exigirán en mayor grado a los juzgadores u operadores jurídicos al momento de resolver una causa, pero que la efectividad de este proceso será posible si el juez acoge el criterio de Dworkin, y hace del derecho una interpretación como un todo integral.

IV.1.3. Efectos de la Consulta.

La pregunta sería, si el criterio emitido por la Corte Constitucional sobre la consulta realizada por un juez debe ser vinculante y de obligatoriedad para el resto de los ciudadanos, en cuanto a lo vinculante por mandato de la norma si, y obligatorio, por que el criterio o sentencia debe cumplir con las reglas, principios y requisitos de interpretación de la constitución y los tratados internacionales, y en aplicación a los principios de supremacía y de jerarquía normativa, es imperativa la obligatoriedad, mas si tiene la categoría de precedente jurisprudencial.

²⁴³ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Arts.122 y 123.

²⁴⁴ Grijalva Agustín, *La Nueva Constitución del Ecuador.- Interpretación Constitucional Jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional.* Corporación Editora Nacional. 2009.Pag. 276 pp

El pronunciamiento de la Corte Constitucional tiene los siguientes efectos:

1.- Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de las disposiciones jurídicas en cuestión con las normas constitucionales; En cuyo caso el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.

2.- Cuando se pronuncia únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la dación, para que hacia el futuro la misma hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.

Así prevé la Constitución, la obligatoriedad y vinculante, pudiendo ser sancionado el incumplimiento de la sentencia y dictámenes constitucionales.²⁴⁵ Esta fuerza vinculante, como concepto, el más difícil de definir, por las implicaciones filosóficas relativas al derecho, como los de obligación jurídicas, deber jurídico o validez jurídica, que para Bernal, considera *“la fuerza vinculante como una propiedad de las normas jurídicas, que consiste en atribuir a su destinatario el deber de obedecer o seguir lo prescrito por ellas, so pena de hacerse merecedor de una sanción. Este deber de obediencia es correlativo a un derecho subjetivo.”*

El efecto de la consulta al igual que la acción de protección, será positiva si cambia la actitud de los jueces y abogados pasivos, que practican el derecho sin incidencia social y política profunda, y sin impacto sustancial en el mejoramiento de los derechos y la resolución de los conflictos socialmente relevantes, como así los denomina Ávila Linzán,²⁴⁶ lo que se refleja en el contenido de las sentencias y en la

²⁴⁵ Constitución del Ecuador. R.O. 449 20 de octubre del 2008. Art.436,9

²⁴⁶ Ávila Linzán Luis, *El Acceso a la Justicia y la Emancipación Social*, Neo constitucionalismo Sociedad, Ministerio de Justicia y D Humanos, 2008, pg 178

calidad del litigante. Caso contrario con jueces y abogados positivos, estudiosos del alcance y supremacía de las normas y de la evolución en sí del derecho y de los proclamados principios que han alcanzado categoría de norma constitucional, que en el caso de jueces, abogados, incluyendo al propio Abogado del Estado (La Procuraduría General del Estado) y Tribunal Constitucional, hoy Corte Constitucional han utilizado aún las mismas normas del Código Civil y de Procedimiento Civil, realizando referencias y haciendo una defensa de manera incongruente tomadas al apuro de la Constitución para atender y resolver la acción de Amparo, aferrándose a la exigencia civilista. De cambiar estos paradigmas de seguro la Acción de Protección será un ejemplo de procedimiento constitucional y de verdadera protección a los derechos fundamentales de las personas. Que en definitiva la Acción de Protección, establecida en la Constitución para hacer efectiva la protección de los derechos humanos, tiene que ser eficaz. Entendido por eficaz que el amparo o protección en la práctica, produce los efectos para el cual fue diseñado.²⁴⁷ Por tanto, si la acción no es eficaz, como lo dispone La Constitución, los derechos fundamentales no están protegidos y el Estado no podría llamarse Constitucional de derechos y justicia.

IV.2. La Jurisprudencia Constitucional

Al ser La Corte Constitucional, la máxima instancia de interpretación de La Constitución y los Tratados Internacionales, a través de sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. Expedirá sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los

²⁴⁷ Avila Santamaría Ramiro, *El Amparo Constitucional*. Tribunal Constitucional. Un cambio ineludible la Corte Constitucional. 2008 Pag.271

casos seleccionados por La Corte para su revisión,²⁴⁸ las cuales tienen el carácter de definitivos e inapelables.²⁴⁹ En este caso estamos ante una norma optimista, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, del que se debe distinguir primeramente que sin ser Corte de apelación en las acciones sobre garantías jurisdiccionales, en este caso de acción de protección, sin embargo tiene la facultad constitucional de emitir sentencias, con carácter vinculante y obligatorio, en cualquiera de los casos puestos a su conocimiento, como ya se describió. Otro aspecto es, el que La Corte Constitucional tiene la potestad de seleccionar casos para su revisión y emitir un pronunciamiento.

Si analizamos la fuerza vinculante de la jurisprudencia, y por la forma como se ha desarrollado la misma en la Corte de Casación, estamos a la expectativa de las sentencias que dicte la Corte Constitucional, al igual que la Corte Constitucional Colombiana, que con un balance positivo ha ratificado la tesis que “la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza vinculante para los demás jueces ordinarios. Es tanto así que, si estos quieren apartarse de la doctrina probable dictada por la alta Corte “están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”, Esta tesis que por analogía se aplica a las demás jurisdicciones, incluyendo la jurisdicción constitucional en materia de tutela y, en general, de interpretación de la Constitución, evidencia la particularidad de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, facultad que incluye a los jueces de instancia, pudiendo los operadores jurídicos dejar de aplicar la ley y aplicar la Constitución²⁵⁰, en estos casos La Corte Colombiana ha llegado a considerar que aún el juez inferior puede apartarse de la jurisprudencia vinculante, pero motivando las razones o la contradicción entre la Ley y

²⁴⁸ Constitución del Ecuador. R.O. 449 20 de octubre del 2008. Art.436,1,6

²⁴⁹ Ibidem. Artículo 440

²⁵⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, pg 220.

La Constitución.

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional que contribuya a la definición de los derechos es sin duda uno de los aportes, en el mundo del derecho y la cultura de inconstitucionalidad, para que en base a la interpretación jurídica de la Constitución, la Corte marque los parámetros normativos que el legislador debe observar para que las leyes no violen derechos constitucionales, como lo señala el Dr. Agustín Grijalva, ya que la jurisprudencia constitucional es escasa, y la existente no refleja el uso de métodos modernos de interpretación constitucional, tales como la ponderación o los tests de razonabilidad y proporcionalidad, orientados a evaluar la constitucionalidad.²⁵¹

Todo aquello lleva a La Corte Constitucional a establecer el **Precedente constitucional**, donde la sentencias que tengan el carácter de cosa juzgada material, constituyen precedente vinculante para sus miembros, juezas y jueces, autoridades administrativas, servidoras y servidores públicos en general, y cuando La Corte Constitucional resuelva apartarse del precedente, deberá argumentar y explicar justificadamente las razones que sustenten la decisión, como así lo señalan las reglas.²⁵² En el caso de la jurisprudencia obligatoria al igual que la casación, son instrumentos jurídicos muy poderosos pero poco explotados por la Corte²⁵³; así como el amparo hoy acción de protección, en el caso del Tribunal Constitucional en su momento no tuvo el impacto social experimentado en otros países²⁵⁴. Hasta el momento la Corte Constitucional dictó la Sentencia Interpretativa, 001-08-SI-CC, en la que delineó el

²⁵¹ Grijalva Agustín, *La Nueva Constitución del Ecuador.- Interpretación Constitucional Jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*. Corporación Editora Nacional. 2009. Pag. 279 pp

²⁵² Reglas de la Corte Constitucional. R.O.466 13 de noviembre de 2008. Arts. 18

²⁵³ Ávila Luis, *Jurisprudencia Obligatoria: Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Tomado del Neoconstitucionalismo y Sociedad T. 1, Pg.178.

²⁵⁴ Ávila Santamaría Ramiro, *El Amparo Constitucional*. Tribunal Constitucional. Un cambio ineludible la Corte Constitucional. Tomado del Neoconstitucionalismo y Sociedad. Pag.179

alcance de la norma constitucional y de las facultades, sobre las solicitudes de interpretación, respecto a la Corte Nacional de Justicia, Consejo de la Judicatura, de las Cortes Militares y Policiales, Comisarias de la Mujer y la Familia, de las acciones constitucionales, y del Régimen de Transición²⁵⁵. Sentencia que al igual que las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el Periodo de Transición, se convierten en resoluciones vinculantes y de obligatorio cumplimiento para todos los operadores judiciales y autoridades administrativas, esto como el mejor ejemplo del alcance de las sentencias o resoluciones de la Corte Constitucional, reglas que son reemplazadas con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Conclusiones y Recomendaciones.- Luego de este estudio, podemos concluir en lo siguiente:

- Que la acción de protección en el Ecuador, en cuanto a la formalidad y admisibilidad, corresponde al amparo adoptado por diversos países con diferentes denominaciones, que ha tenido su antecedente en el derecho romano, la edad media, la carta inglesa, atravesando procesos según los modelos de estado, desde el absolutismo, estado de derecho o legalista, constitucional de derecho hasta el hoy estado constitucional de derechos y justicia, pero que con el amparo se ha buscado proteger los derechos fundamentales del hombre, rebasando las fronteras estatales para convertirse en norma internacional con alcance supranacional.
- Que se trata de una acción, no un recurso, y que tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en La Constitución, es decir la

²⁵⁵ Sentencia Interpretativa, Corte Constitucional, R.O. 479, 2 de diciembre del 2008.

judicialización de los derechos, y que abarca no solo los actos u omisiones de las autoridades públicas, si no que incluye las políticas públicas y los actos de particulares, con un procedimiento informal, sencillo pero buscando la tutela de los derechos, con eficacia y efectividad en el cumplimiento.

- Que en cuanto al procedimiento, se busca la oralidad en todas sus fases, permitiendo que el juez, practique pruebas, para establecer la vulneración de los derechos, dando inclusive el beneficio de certeza de los hechos relatados, cuando la autoridad pública no desvanezca o demuestre lo contrario.
- Que se establece la consulta para subsanar las normas aplicables al caso, cuando ésta sean contrarias a la constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, con efecto vinculante, sentencias que una vez ejecutoriada pasan a ser parte de la jurisprudencia constitucional.
- Que ni la constitución ni la LOGJCC, hacen referencia sobre la caducidad y prescripción, para plantear la acción o reclamar un derecho, convirtiéndose en uno de los pocos países en los cuales no caduca ni prescribe la acción y los derechos, pero que en su momento ocurrió lo contrario.
- Que la LOGJCC ha formalizado la acción de protección, incluyendo la procesalización de las medidas cautelares, convirtiéndoles en procesos de conocimiento.
- Consideramos un error, el establecer en la LOGJCC que la liquidación por reparación económica o indemnizatoria, sea tramitada en otro proceso contencioso ante la Sala Especializada Contenciosa Administrativa de la Corte

Provincial, cuando es contra el Estado y verbal sumario ante el mismo juez, si fuera contra un particular, dando inclusive la posibilidad de todos los recursos horizontales y verticales del procedimiento civil ordinario, incluyendo la casación y porque no decir la acción extraordinaria de protección, lo que impedirá una ejecución eficaz.

- Que corresponde ahora sí, a los jueces constitucionales, determinar al (os) responsables de la vulneración de los derechos, para hacer efectivo el derecho de repetición.

Luego de las conclusiones detalladas y con el fin de lograr la eficacia de la acción de protección, consideramos que es recomendable:

- Que para lograr la eficacia en la protección de los derechos, especialmente en la ejecución de la sentencia, se deberá establecer normas claras, porque las existentes lo que permitirá es la dilatación en la ejecución.
- Que se limite la facultad del Consejo de la Judicatura, de sancionar a los jueces por las resoluciones sobre las acciones constitucionales, salvo flagrante violación a las normas.
- Que para lograr la rapidez o celeridad en el proceso, es recomendable que se dicte una norma que disponga, que las instituciones del estado sin excepción tengan registrado casillero judicial y electrónico, y que sea obligación de notificar por estos medios a las entidades demandadas en el momento mismo de calificar la demanda, permitiendo oportunidad para preparar la defensa,

celeridad en el proceso, y de economía procesal, al no utilizar personal para las notificaciones.

- Que la jurisprudencia debe ser difundida de forma directa y permanente a los jueces, caso contrario se cae en el desconocimiento sobre la aplicación correcta de las normas.
- Capacitación integral a todos los jueces de instancia y provinciales, para desterrar el formalismo y el arraigado legalismo, que impide ser garantista y justos.