

SERIE 
Magister
VOLUMEN 148

*La
ordinarización
de la
acción
de protección*

Pablo Alarcón



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORA NACIONAL

La ordinarización de la acción de protección

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 148

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12
www.cenlibrosecuador.org • cen@cenlibrosecuador.org

Pablo Alarcón

La ordinarización de la acción de protección



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador



**CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL**

Quito, 2013

La ordinarización de la acción de protección

Pablo Alarcón

SERIE 
Magister
VOLUMEN 148

Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional
Quito, septiembre de 2013

Coordinación editorial:

Quinche Ortiz Crespo

Armado:

Graciela Castañeda

Impresión:

*Taller Gráfico La Huella,
La Isla N27-96 y Cuba, Quito*

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:
978-9978-19-599-4

ISBN Corporación Editora Nacional:
978-9978-84-689-6

Derechos de autor:g

Inscripción: 042299

Depósito legal: 004975

Título original: *Acción de protección: garantía jurisdiccional directa y no residual.*

¿La ordinarización de la acción de protección?

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho,
con mención en Derecho Constitucional
Programa de Maestría en Derecho, 2009

Autor: *Pablo Alarcón Peña* (correo e.: *palarconpe@gmail.com*)

Tutor: *Ramiro Ávila S.*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-0711

Índice

Introducción / 9

Capítulo I

La acción de amparo y la acción de protección / 11

Legitimación activa en la acción de amparo y en la acción de protección / **11**

Naturaleza y efectos de la acción de amparo constitucional y de la acción de protección / **14**

El procedimiento en la acción de amparo constitucional y en la acción de protección / **21**

Presupuestos de admisibilidad de la acción de amparo constitucional y de la acción de protección / **23**

El peligro de ordinarización de la acción de protección / **32**

Capítulo II

¿Es conveniente regular o restringir a la acción de protección? / 35

El papel del juez constitucional en el paradigma del Estado constitucional / **36**

Filtros formales y de fondo para la procedencia de la acción de protección / **39**

Conclusiones y recomendaciones / 73

Bibliografía / 77

*A mis padres y hermanos,
por su apoyo incondicional
en mi vida estudiantil
y profesional.*

Introducción

El objeto de esta investigación fue analizado en el año 2009, antes de la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y durante la vigencia de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición. No obstante, la inminente problemática que en ese entonces precedíamos se materializó en los presupuestos de admisibilidad y procedencia previstos en la vigente LOGJCC. Frente a esta realidad el contenido de la presente investigación contribuirá al debate jurídico existente en torno a esta garantía jurisdiccional. Esperamos que las conclusiones y recomendaciones aquí señaladas contribuyan principalmente a la regulación y no restricción de los presupuestos de la acción de protección, tanto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como en las necesarias reformas a la LOGJCC.¹

La Constitución vigente –aprobada en el año 2008 por el pueblo ecuatoriano– marca diferencias considerables y sustanciales con respecto a la Constitución de 1998. Así, por ejemplo, en cuanto a garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales se refiere, se puede constatar un avance significativo en la protección y justiciabilidad de derechos. El art. 88 de la Constitución consagra a la nueva acción de protección, garantía jurisdiccional profundamente distinta y amplia con relación a la acción de amparo constitucional prevista en el art. 95 de la Constitución Política de 1998. Mientras la naturaleza de la acción de amparo constitucional fue meramente cautelar, la acción de protección aparece como un proceso de conocimiento, informal desde su activación y no residual. Vía acción de protección el juez constitucional se encuentra en la obligación de verificar vulneraciones a derechos constitucionales, y de hallarlas, debe declarar dicha violación y reparar las consecuencias negativas que pudo generar. Aquella reparación abarca medidas positivas como negativas, materia-

1. Para un mayor análisis relacionado con los presupuestos de admisibilidad y procedencia de la acción de protección, previstos en la LOGJCC, ver Pablo Alarcón Peña, «Residualidad: elemento generador de la acción de protección», en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.

les e inmateriales, lo que convierte a esta acción en un mecanismo constitucional eficaz y adecuado para la protección de derechos constitucionales.

No obstante lo señalado, y si bien es innegable el fortalecimiento que la nueva Constitución ha dotado a las garantías, es necesario prevenir en lo posible aquellos conflictos que puede traer consigo. Es de conocimiento público que la acción de amparo constitucional, a pesar de haber sido cautelar, incursionó en el ámbito de competencias inherentes a la justicia ordinaria y, en muchos casos, desvió su atención a la protección de derechos patrimoniales y no fundamentales, circunstancia calificada por la *ius teoría* como el proceso de ordinarización.

Precisamente, en atención a los conflictos que ya experimentó la acción de amparo, resulta indispensable precautelar que la nueva acción de protección corra con la misma suerte. Por ello sus presupuestos de admisibilidad, procedencia, efectos, ámbito material de protección y naturaleza deben ser regulados, haciendo alusión —entre otras cosas— a la conveniencia de convertirla en un proceso residual y subsidiario; a la verificación por parte del juez constitucional de una contundente y manifiesta violación a derechos constitucionales o fundamentales que marque diferencias importantes con respecto a aquellos derechos secundarios u ordinarios (patrimoniales); a la identificación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho y, a la inconveniencia de actuar pruebas en un proceso de esta naturaleza.

Por las razones expuestas, la primera parte del presente texto reflejará un estudio didáctico que pondrá de manifiesto las diferencias existentes entre la acción de amparo constitucional y la acción de protección prevista en la Constitución vigente. A partir de ello, se podrá constatar la desnaturalización que sufrió la acción de amparo y el peligro que corre la nueva acción de protección de experimentar un proceso de ordinarización; posteriormente, como eje central de este trabajo, se analizarán distintos filtros que pueden coadyuvar a una atenuación de los problemas identificados. Finalmente, se concluirá hasta qué punto es conveniente restringir a la acción de protección, cuando la voluntad del constituyente fue la de ampliar su ámbito de protección y tomarse las garantías en serio.

No debe olvidarse que la formación de los abogados en Ecuador se ha basado en criterios arraigados ostensiblemente al positivismo o formalismo jurídico, aquello puede contribuir aún más a la desnaturalización de la acción de protección. En tal virtud, la transformación no solo debe estar encaminada a las regulaciones constitucionales y legales, sino a la comprensión de los avances que reviste el paradigma del Estado constitucional. Como conclusiones se hará referencia a la importancia y necesidad que tendrá la nueva Corte Constitucional de cumplir su rol de guardián y rector de la constitucionalidad en Ecuador. Deberá ser este órgano y, ningún otro, el que interprete, regule y consolide a partir de sus fallos la verdadera naturaleza y efectos de la acción de protección en Ecuador.

CAPÍTULO I

La acción de amparo constitucional y la acción de protección

Las diferencias entre la acción de protección y la acción de amparo constitucional son contundentes y diversas. Así, por ejemplo, pueden constatarse profundos cambios con relación a la legitimación activa, naturaleza, requisitos, legitimación pasiva, autoridad competente, efectos, cumplimiento de sentencias, residualidad, subsidiariedad, entre otras. En razón al amplio margen de diferencias que podrían ser objeto de un estudio completo, se ha optado por analizar aquellos elementos que más allá de aportar a la comprensión de esta nueva garantía jurisdiccional, guarden relación directa con el conflicto de ordenarización identificado en el presente texto.

Resulta importante mencionar que la investigación ha sido elaborada tomando como base la Constitución de 1998, Ley del Control Constitucional de 1997, Constitución vigente, jurisprudencia, doctrina constitucional y datos estadísticos. De esa forma, considerando la tridimensionalidad del derecho, valorativo, pragmático y contextual, podrá efectuarse un diagnóstico y evaluación de los resultados que generó la acción de amparo constitucional. En caso de detectarse resultados negativos, será el momento oportuno para efectuar las correcciones necesarias y librar a la acción de protección de aquellos vicios que corrompieron a la acción de amparo en el pasado.

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN DE AMPARO Y EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

La acción de amparo constitucional, de conformidad con el art. 95 de la Constitución de 1998, podía ser presentada por cualquier persona, sea esta natural o jurídica, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad. Al respecto la doctrina señaló:² «En el primer caso, por sus propios derechos se refiere a la protección de los derechos subjetivos cons-

2. Rafael Oyarte Martínez, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade y Asociados, 2006, p. 31.

tucionales individuales y en el segundo, como representante legitimado de una colectividad, para el caso de los derechos colectivos».

Por tanto, cuando el accionante activaba una acción de amparo se encontraba en la obligación de justificar una violación a sus derechos subjetivos constitucionales. Lo dicho fue confirmado en diversas ocasiones por parte de la jurisprudencia constitucional de ese entonces.³ De esta manera, el Tribunal Constitucional consolidó la teoría de los «derechos subjetivos» constitucionales como uno de los presupuestos de admisibilidad necesarios para la procedencia de la acción de amparo. Si bien la normativa constitucional hacía alusión expresa a «derechos reconocidos en la Constitución o en un Tratado o Convenio Internacional vigente», la jurisprudencia constitucional de ese entonces, contrariando el sentido de la Constitución y la ley, equiparó «derechos constitucionales» con «derechos subjetivos constitucionales». Aquello que a simple vista no parecía afectar el contenido sustancial de la acción de amparo, garantía judicial de derechos humanos, terminó por equipararla con una garantía ordinaria. Al respecto, Ramiro Ávila Santamaría señala:

El concepto de derecho subjetivo, que es restrictivo por depender de la demostración de la titularidad y por ser una acción eminentemente individual, se torna en una camisa de fuerza procedimental que no logra permitir que los otros derechos puedan ser justiciables. La noción de derecho subjetivo evoluciona hacia la noción de derecho fundamental, y la protección civil y penal al derecho subjetivo camina hacia la protección constitucional del derecho fundamental. En sociedades como las nuestras, en las que la exclusión en el goce de derechos es masiva y sistemática, todos los derechos humanos tienen dimensiones de exigencia colectiva; en estos casos la noción de derecho individual se torna inútil o harto imperfecta.⁴

Estudios estadísticos relacionados con la acción de amparo constitucional, de gacetas constitucionales consultadas, reflejan que en el año 2000, de los 14 amparos interpuestos, 13 fueron admitidos cuando la acción fue planteada por el titular del derecho, es decir, tomando como base la teoría de los «derechos subjetivos constitucionales», y apenas uno fue admitido cuando el amparo era activado por terceros o cualquier persona. La misma realidad se

3. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 035-2004-RA: «Que el accionante interpone este amparo por sus propios derechos, ocurriendo que el acto impugnado no se dirige a su persona. La afirmación del peticionario en el sentido que en calidad de abogado se encuentra patrocinando la creación de la Universidad S.T., de la ciudad de Quito no implica que el acto afecte sus derechos, sino eventualmente, a los de sus patrocinados, razón por la cual la acción presentada resulta inadmisibile por falta de legitimación activa».
4. Ramiro Ávila Santamaría, «El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal», en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, p. 370.

evidenció en el año 2005, que de un total de 11 amparos, 10 fueron admitidos bajo la premisa de los derechos subjetivos constitucionales, y uno bajo acción popular.⁵ La restricción de la legitimación activa a derechos subjetivos constitucionales generó en muchas ocasiones que el Tribunal Constitucional *in admitta* y desechó casos en que los peticionarios no presentaron un instrumento que legitimaba su actuación como representantes de una colectividad, pese a que se alegaban violaciones a derechos fundamentales como el derecho a la salud, a un medioambiente sano; además ni siquiera realizó un análisis respecto a la legitimidad o ilegitimidad de los actos de los demandados ni de los derechos que se invocaban como violados.

El demandante manifestó que los demandados construyeron torres de aproximadamente veinte metros de altura en las que habían instalado cuatro altoparlantes que funcionaban a toda hora, afectando a todos los habitantes del sector por el ruido ensordecedor de las propagandas a todo volumen. El Tribunal Constitucional desechó la acción sosteniendo que el demandante no era representante legitimado de una comunidad.⁶

En contraste con lo señalado, la legitimación activa de la acción de protección va mucho más allá de la restricción que revestía la teoría del *derecho subjetivo* implementada por el Tribunal Constitucional del Ecuador. A diferencia de la acción de amparo, la acción de protección –desde el punto de vista de la norma constitucional– deja de ser una garantía cerrada, inherente a un Estado liberal, que admitía ser activada únicamente por el titular del «derecho subjetivo».⁷ Su legitimación es abierta y permite su presentación por parte de terceros o por cualquier persona. Es así que se convierte en una garantía compatible con un régimen garantista, que guarda armonía y concordancia con el paradigma del Estado constitucional de derechos.

5. *Ibid.*, p. 372.

6. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0862-04-RA, citado por Carolina Silva Portero, «Las garantías de los derechos», en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008, p. 72.

7. R. Ávila Santamaría, «El amparo...», p. 372.

NATURALEZA Y EFECTOS DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Naturaleza: ¿cautelar o de conocimiento?

La acción de amparo constitucional, aquella garantía establecida en el art. 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, y en los art. 46 y siguientes de la Ley del Control Constitucional de 1997, fue implementada con esa denominación y características en el año de 1996. Se trataba de una acción de naturaleza cautelar de derechos subjetivos constitucionales. La doctrina, haciendo referencia al tema, señalaba:

El objetivo pues, de la acción de amparo, es cautelar. Tiene por finalidad hacer cesar, evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo que viola un derecho garantizado por la Constitución. La acción de amparo es, pues precautelatoria y no de conocimiento, lo que implica que de aceptarse el recurso de amparo, corregida la violación, la autoridad pública, puede actuar nuevamente sobre el asunto, siempre que lo haga constitucionalmente.⁸

Por su parte, la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional del Ecuador, afirmaba:

Que, la acción de amparo prevista en el art. 95 de la Constitución de la República, se caracteriza por su naturaleza cautelar de los derechos constitucionales, de tal manera que únicamente suspende los efectos de un acto ilegítimo, o protege al gobernado de las consecuencias de una omisión, así mismo ilegítima, provenientes de autoridad pública, que por violar dichos derechos, cause un daño grave e inminente.⁹

Por consiguiente, queda claro que la acción de amparo no fue un proceso de conocimiento ni declarativo. La concesión de una acción de amparo constitucional no significaba que se resolviera una situación jurídica de manera definitiva, tan solo se adoptaban medidas cautelares de protección tendientes a prevenir, cesar o remediar la violación a derechos subjetivos constitucionales. El juez constitucional a partir de los efectos *reparatorios-cautelares* del amparo podía suspender provisional o definitivamente los efectos de un acto

8. Alejandro Ponce Martínez, «El acto de autoridad», en *Naturaleza de la acción de amparo*, Quito, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito / Projusticia / Banco Mundial, 2002, p. 14.
9. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 005-2003-RA.

ilegítimo y retrotraer las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de la emisión del acto.¹⁰

Con respecto a los resultados en la práctica, la acción de amparo sí contaba con efectos reparatorios, pero no necesariamente indemnizatorios. Resulta importante hacer referencia a la facultad indemnizatoria, toda vez que fue uno de los elementos que generó conflictos de yuxtaposición de competencias con respecto a la justicia ordinaria contencioso administrativa. Por un lado, se señalaba que a partir del efecto reparatorio del amparo sí era posible la concesión de una indemnización, mientras que, por otro, la corriente prevaleciente en ese entonces negaba dicha posibilidad bajo la explicación de que el amparo era una acción de naturaleza meramente cautelar y que no podía reemplazar otros procedimientos previstos en la Constitución, entre ellos el recurso subjetivo o de plena jurisdicción.¹¹ Así se suscitaron casos en la jurisprudencia constitucional en que, producto de la concesión de una acción de amparo, se ordenaba a la autoridad de la cual emanó el acto ilegítimo al pago de haberes dejados de percibir, lo que es distinto a conceder una indemnización, esta última, consecuencia del análisis del fondo de un asunto controvertido. Por ejemplo, si una autoridad pública destituía ilegítimamente a un funcionario y dicha destitución violaba sus derechos constitucionales, el accionante podía solicitar el pago de los haberes dejados de percibir durante el tiempo que se le privó de su derecho al trabajo. Al respecto, la jurisprudencia constitucional, en los casos 063-2001 TP y 170-2000-RA, señaló lo siguiente:

En el caso que se ordene la restitución de un servidor destituido ilegítimamente, a este se le deberán pagar las remuneraciones no percibidas, pero no se puede ordenar que le indemnicen.¹²

En síntesis, en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana se pueden identificar en gran número acciones de amparo por medio de las cuales se ordenó el pago de haberes dejados de percibir (no indemnizaciones), producto del efecto cautelar-reparatorio con el que contaba esta garantía constitucional.

Con respecto a la acción de protección, el art. 86, num. 3 de la Constitución vigente eliminó el carácter meramente cautelar inherente al amparo y confirió a la jueza o juez constitucional el deber de ordenar mediante

10. Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, art. 95: «Mediante esta acción, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar y remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente amenace con causar un daño grave».

11. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 004-2002-RA: «Por todo ello, a la acción de amparo no le cumple resolver el fondo de un asunto controvertido ni suplir los procedimientos que el ordenamiento jurídico ha establecido para la solución de una controversia».

12. *Ibid.*, Resoluciones No. 063-2001-TP y 170-2000-RA.

sentencia la reparación integral, material e inmaterial y especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, así como determinar las circunstancias en que deben cumplirse. En tal virtud, la acción de protección de conformidad a las disposiciones comunes inherentes a las garantías jurisdiccionales, sí cuenta con efectos reparatorios, uno de ellos de naturaleza indemnizatoria o patrimonial.

Ramiro Ávila Santamaría, en alusión a la naturaleza y carácter reparatorio de la acción de protección, señala lo siguiente: «En cambio, la Constitución de 2008 precisa los conceptos y llena un vacío intolerable en el derecho ecuatoriano al establecer que las garantías son tanto cautelares como de fondo o de conocimiento. La reparación, al contrario de la indemnización en lo civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material e inmaterial».¹³

Es así que la acción de protección, a diferencia de la acción de amparo constitucional, se convierte en un proceso de conocimiento, excepcionalmente cautelar y con efectos ampliamente reparatorios.

Medidas cautelares

¿Existen medidas cautelares autónomas?

Al tenor de lo que contemplaba la Constitución de 1998, no existía la posibilidad de acceder a o solicitar una medida cautelar fuera de un proceso de amparo. En el caso de la acción de protección, el art. 87 de la Constitución prevé la facultad de adoptar 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.

Por consiguiente, la gran diferencia que se presenta entre los dos tipos de acciones es que, mientras la acción de amparo procedía con respecto a la amenaza y la violación de derechos subjetivos constitucionales, la acción de protección procede únicamente cuando exista «una vulneración de derechos constitucionales».¹⁴ La vía procedente para solicitar medidas cautelares que protejan con respecto a la amenaza de violación de derechos, es aquella pre-

13. Ramiro Ávila Santamaría, «Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008», en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 93.
14. Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 88: «La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales».

vista en el art. 87 de la Constitución vigente. Con relación al tema, la doctrina constitucional advierte: «La medida cautelar previene o detiene una violación, no más. Si previene una violación, no tiene sentido que opere el procedimiento de protección de conocimiento o de fondo, pues no se podría declarar una violación que no haya ocurrido».¹⁵

¿Desde qué momento se puede decretar cuáles son sus requisitos y efectos?

Con relación a la acción de amparo constitucional, la Constitución Política de 1998 en su art. 95 disponía expresamente que mediante la acción de amparo se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar o remediar las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, o en un tratado o convenio internacional vigente y, que de modo inminente, amenace con causar un *daño grave*.

La naturaleza de la acción de amparo constitucional, como se mencionó, fue cautelar, lo que implicaba que mediante ella podían adoptarse medidas destinadas a suspender de manera provisional o definitiva los efectos de un acto acusado de ilegítimo. Debe quedar claro que la suspensión producto de la concesión de un amparo no implicaba que sobre el mismo acto puedan generarse otras decisiones en sede judicial o administrativa. La suspensión en materia de amparo no era más que una medida provisional destinada a cesar, evitar o remediar las consecuencias de un acto ilegítimo violatorio de derechos constitucionales. La suspensión era catalogada como «definitiva», únicamente para diferenciarla de la suspensión provisional que podía adoptar un juez en su primera providencia.

Con respecto a la suspensión provisional, al tenor de lo que señalaba el art. 95 de la Constitución de 1998, podía ser ordenada por el juez constitucional en la misma providencia en que se convocaba a la audiencia pública y tenía como objeto primordial que el acto acusado de ilegítimo no genere efectos mientras se tramita la acción de amparo.¹⁶ De esa forma, el derecho del accionante era salvaguardado y no debía esperar hasta la culminación del proceso para obtener una medida cautelar. Vale recalcar que la suspensión provisional de un acto no significaba que el juez adelante su criterio en el proceso, tanto es así, que existieron casos en que el juez a pesar de haber suspendido los efectos

15. R. Ávila Santamaría, «Las garantías:...», p. 106.

16. Corte Suprema de Justicia, Resolución interpretativa en materia de amparo constitucional, art. 9: «De admitirse la acción a trámite y siempre que del análisis exhaustivo de sus fundamentos, en especial de la gravedad del daño que esté causándose o del daño posible, se concluyere la necesidad de evitarlo, el Juez en su primera providencia suspenderá el acto impugnado».

del acto en su primera providencia terminaba por desechar el amparo y revocar la medida adoptada inicialmente.¹⁷ Acerca de la suspensión definitiva, esta se dictaba una vez que la acción era concedida, es decir, cuando finalizaba el proceso.¹⁸ En cuanto a los efectos de dichas medidas, podían ser preventivos, reparadores o simplemente suspensivos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional del Ecuador, señaló lo siguiente: «Que, se debe considerar que la suspensión definitiva, a pesar de su denominación, puede tener efecto retroactivo, es decir, con efecto de restitución del imperio del Derecho, cuando se trata de reparar, o bien de prevenir el daño, para evitar la vulneración del derecho ora simplemente hacer cesar la violación, es decir, suspender el acto pronunciamiento».¹⁹

En síntesis, tres eran los presupuestos bajo los cuales el amparo ejercía su protección:

- a) En el caso de que un acto hubiese producido efectos, la concesión del amparo suspendía los mismos, retrotraía las cosas al estado anterior de la emisión del acto ilegítimo, y reparaba las consecuencias que podía generar (por ejemplo, pago de haberes dejados de percibir).
- b) En el caso de que se hubiese planteado un amparo con objeto preventivo, la concesión del mismo evitaba que el acto se consumara y, por tanto, prevenía la violación a derechos constitucionales.
- c) En el evento de que se hubiese planteado una acción con respecto a la omisión, la concesión del mismo obligaba a la autoridad a pronunciarse.

Más allá de lo expuesto previamente, resta señalar que en la práctica la adopción de medidas cautelares, ya sean provisionales o definitivas, implicaba un verdadero problema. La ausencia de mecanismos concretos que aseguraran la ejecución de resoluciones de amparo, supeditó las medidas cautelares al cumplimiento del juez o la autoridad.²⁰ Otro gran inconveniente fue el in-

17. Ley Orgánica del Control Constitucional, Ecuador, 1997, art. 53: «La sala competente, al tiempo de avocar conocimiento, podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la protección de los derechos objeto del recurso y, de estimar necesario, convocar a las partes a escuchar sus argumentos».

18. *Ibid.*, art. 51: «Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia el juez o tribunal concederá o negará el amparo. De admitirlo, ordenará la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados, disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el grave peligro sobre el derecho violado, sin perjuicio de las que se hayan adoptado en forma preventiva. De negarse el recurso se revocará tanto la suspensión provisional del acto u omisión impugnados, como de las medidas preventivas, de habérselas dictado».

19. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 005-2003-TC, citado por R. Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 216.

20. R. Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 219 «El problema se presenta en caso de incumplimiento de resoluciones. La Constitución remite a la ley la determinación de las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas en el amparo. El efecto,

cumplimiento de los plazos que señalaban la Constitución de 1998 y la Ley Orgánica del Control Constitucional para la tramitación de cada una de las etapas del proceso de amparo. Así, por ejemplo, en la práctica, la acción de amparo hasta que fuera resuelta por el Tribunal Constitucional y produzca sus efectos, podía llegar a durar dos años, tiempo en el cual la medida cautelar solicitada por el accionante para proteger *emergentemente* sus derechos constitucionales se tornaba intrascendente e inútil.²¹ Una muestra de 455 acciones de amparo apeladas ante el Tribunal Constitucional entre 1997 y 2004, provenientes de una base de datos de un total de 6.399 expedientes con un margen de error mínimo de 10%, respaldan lo dicho: «El promedio general de tiempo calculado entre todos los años es de 140, 375 días, es decir aproximadamente 5 meses tarda el Tribunal Constitucional en resolver una acción de amparo, lo cual viola lo dispuesto en el art. 54 de la Ley de Control Constitucional, que estipula como plazo máximo 10 días para resolver un amparo subido en consulta o apelación».²²

En tal virtud, ¿podía considerarse que la acción de amparo constitucional fue realmente un mecanismo constitucional adecuado para la protección de derechos fundamentales? Definitivamente no, una garantía constitucional de derechos humanos no puede estar supeditada a plazos y formalidades semejantes a los existentes en la justicia ordinaria.

Con respecto a la medida cautelar autónoma, el art. 87 de la Constitución, como se mencionó anteriormente, contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares independientemente de las acciones de protección de derechos. Con ello en gran parte se soluciona el hecho señalado previamente, es decir,

la Ley del Control Constitucional señala que el funcionario o autoridad que incumple la resolución indemnizará los perjuicios que el incumplimiento cause al peticionario. Ahora bien, el problema que se presenta es que para determinar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento se debería iniciar un juicio por daños y perjuicios, lo cual desvirtuaría el objeto de esta acción cautelar, pues si para resolver el fondo del asunto se interpusieron las acciones correspondientes, cuál es el objeto de tener que iniciar otro proceso separado para la indemnización de daños y perjuicios que, como es de público conocimiento, no demora poco». Lo dicho, es ratificado por Ramiro Ávila Santamaría, a partir de una encuesta de percepción con todos los asesores del TC: «Podríamos concluir que no existen normas adecuadas para cumplir la sentencia y que existen muchos factores, ajenos a la voluntad del juzgador constitucional, para que se hagan efectivas las resoluciones», R. Ávila Santamaría, «El amparo...», p. 378.

21. Juicio No. 0397-2006-RA, fecha de interposición de la acción: 27 de abril de 2006; fecha en que fue resuelto por el Tribunal Constitucional: 10 de febrero de 2007 (La resolución de amparo hasta el momento no puede ser ejecutada), en *Función Judicial del Ecuador*, <<http://www.funcionjudicial-pichincha.gov.ec/consultas/actividades.php>>. Consultado el 12 de enero de 2009. Caso No. 0872-07-RA, fecha de interposición de la acción: 14 de mayo de 2007; fecha en que fue resuelto por el Tribunal Constitucional: 29 de enero de 2009.
22. Alex Valle Franco, *El amparo como garantía constitucional en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2012, p. 28.

que el accionante deba esperar hasta la calificación de la demanda o a la culminación del proceso para obtener una medida cautelar. Quien solicita la medida no debe sujetarse a un proceso, menos aún a un procedimiento tan engorroso como fue aquel inherente a la acción de amparo constitucional.

Con relación a la reparación, el art. 86, num. 3, de la Constitución vigente expresamente señala «que en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá 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». Dicho efecto reparador no es equiparable bajo ninguna circunstancia a una medida meramente cautelar o simplemente indemnizatoria. Por el contrario, es producto de un proceso de conocimiento y declarativo, que analiza el fondo de un asunto controvertido y cuyos efectos pueden ir mucho más allá de una reparación material o meramente patrimonial.

Residualidad

La Constitución Política de 1997, que fue objeto de codificación en el año de 1998, entre otras cosas, suprimió el elemento de *irreparabilidad* de los presupuestos de admisibilidad de la acción de amparo constitucional. Dicho elemento suponía la necesidad de agotar cualquier otra vía de impugnación antes de la activación de un proceso de amparo. En razón a lo dicho, la acción de amparo constitucional en Ecuador, conforme la Constitución Política de 1998, no fue residual.

En la práctica, la no residualidad de la acción de amparo constitucional fue uno de los hechos generadores de su desnaturalización y abuso. Muchos casos fueron planteados simultáneamente ante la justicia constitucional y ordinaria contencioso administrativa. En algunos se dejó en claro que vía amparo no podía revisarse el fondo de un asunto controvertido, pero en otros, el juez constitucional excediendo sus atribuciones llegó a dejar sin efecto actos que en sede contencioso administrativa fueron declarados legales. Aquello tuvo como consecuencia la ordinarización de la acción de amparo, creó inseguridad jurídica a partir de fallos contradictorios en sede constitucional y contencioso administrativa y convirtió al juez constitucional en un juez contralor de la mera legalidad. Alex Valle, a partir de un estudio estadístico sobre la acción de amparo constitucional, precisa:

Hay que tomar en cuenta que las razones de fondo (42,75%) en la mayoría de los casos fue sustentada por los vocales con base en las resoluciones de la

Corte Suprema de Justicia²³ que hace referencia a los tres elementos necesarios (acto ilegítimo, daño inminente o grave, y derecho constitucional violado) para admitir la acción de amparo. En numerosas resoluciones el Tribunal se limita a repetir o reproducir estos requisitos sin realizar un adecuado análisis del caso en examen. En otras resoluciones, el examen de legitimidad del acto desvía el análisis del Tribunal hacia problemas de pura legalidad, descuidando la determinación de la violación del derecho constitucional.²⁴

Por otro lado, aprovechando el carácter sumario, preferente y no residual del amparo, sumado al desconocimiento de los jueces constitucionales sobre la naturaleza cautelar y constitucional de esta garantía, muchos abogados optaron por presentar casos que revestían violaciones a derechos ordinarios o meramente patrimoniales, y de esa forma evitaron un proceso largo y cargado de formalidades en sede contencioso administrativa.

Con respecto a la acción de protección, su finalidad primordial es el amparo directo de los derechos reconocidos en la Constitución. A partir de ello y de la ausencia de la *irreparabilidad del daño* como presupuesto de admisibilidad, se deduce que la acción de protección puede ser presentada directamente sin que sea necesario agotar antes otras vías administrativas, peor aún jurisdiccionales, considerando que la misma no cabe con respecto a decisiones judiciales.

La no residualidad de la acción de protección, teniendo como antecedente lo sucedido con la acción de amparo, resultó ser uno de los elementos que recrudecieron el conflicto de superposición de competencias con respecto a la jurisdicción contencioso administrativa. Por esa razón y, al constituir eje central del presente análisis, se destinará un capítulo completo para analizar y establecer hasta qué punto es conveniente y oportuno convertir a esta acción en un *recurso* residual.

EL PROCEDIMIENTO EN LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

El procedimiento de la acción de amparo constitucional fue catalogado por la Constitución y la Ley Orgánica del Control Constitucional como preferente y sumario. Al hacer alusión a la preferencia, el juez constitucional debía dejar de lado el conocimiento de cualquier otro proceso y atender de manera

23. Registros Oficiales No. 378 de 27 de julio de 2001 y 559 de 19 abril de 2002.

24. Ver «muestra de 455 acciones de amparo apeladas ante el Tribunal Constitucional entre 1997 y 2004 provenientes de una base de datos de un total de 6.399 expedientes, con un margen de error mínimo de 10%», A. Valle Franco, *op. cit.*, p. 53.

prioritaria aquellas acciones de amparo que ingresaban a su judicatura.²⁵ Con respecto a la sumariedad, el proceso de amparo debía ser de corta duración, sencillo o libre de formalidades. La brevedad y sencillez del procedimiento es una exigencia prevista en la norma constitucional y también en el bloque de constitucionalidad, particularmente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o del Pacto de San José.²⁶ Vale recalcar que se tornaba necesario contar con la presencia de un profesional del derecho debidamente acreditado por un colegio de abogados como requisito previo *sine qua non* para la presentación de un amparo. Aquello fue modificado sustancialmente por la Constitución vigente y por el Código Orgánico de la Función Judicial.²⁷

En la práctica, aquellos plazos establecidos en la Constitución y la ley, que de inicio ya resultaban inadecuados para la sustanciación de una acción de esta naturaleza,²⁸ fueron continuamente descatados por los jueces constitucionales de instancia y también por parte de los ex Tribunales Constitucionales. Así, el procedimiento de la acción de amparo quedó asimilado en su mayoría a un proceso inherente a la justicia ordinaria. Aquello demuestra que se trataba de un proceso cargado de formalidades y supeditado al arbitrio del juez competente. Por tanto, la sumariedad y preferencia de la acción de amparo no pasaron de ser una agradable retórica constitucional.

Queda claro, a partir de lo expuesto, que la desnaturalización de la acción de amparo fue evidente, lejos de ser una garantía eficaz y oportuna para la protección de derechos constitucionales quedó asimilada a una garantía de naturaleza ordinaria, compatible con un Estado liberal y no constitucional de derechos.

En contraste con lo mencionado, la Constitución vigente evidencia en este punto una de las mayores diferencias en relación a la acción de amparo constitucional. La acción de protección se convierte, al menos desde el conteni-

25. Jorge Zavala Egas, «La acción de amparo y el control normativo», en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 365.
26. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 262.
27. Constitución de la República del Ecuador, 1998, art. 86, lit. c, «en concordancia con el Código Orgánico de la Función Judicial [...]: artículo. 327.- Intervención de los abogados en el patrocinio de las causas.- En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes *excepto en los procesos constitucionales*». (Énfasis añadido).
28. «muestra de 455 acciones de amparo apeladas ante el Tribunal Constitucional entre 1997 y 2004» provenientes de una base de datos de un total de 6.399 expedientes, con un margen de error mínimo del 10%, «La demora en el trámite del amparo, según otros hallazgos de la presente investigación expuestos más adelante, tiene que ver más bien con el método procesal formal adoptado para su trámite». A. Valle Franco, *op. cit.*, p. 30.

do de la norma constitucional, en una garantía propiamente constitucional, cuyo procedimiento está exento de formalidades. Ramiro Ávila Santamaría señala:

El procedimiento es oral en todas sus fases, que es la única manera eficaz de garantizar la inmediación y el rol activo del juez; el procedimiento debe ser sencillo, rápido, eficaz, que marca una distinción grande con los procedimientos ordinarios que pueden ser complejos, lentos, cerrados; se pueden presentar las acciones de forma verbal, consecuencia de la oralidad y sin citar norma alguna; no se requiere la intermediación de un abogado o abogada, bajo la premisa que la administración de justicia debe ser accesible, las notificaciones podrían realizarse por cualquier medio, como el correo electrónico, el fax, hasta a través de una llamada telefónica [...] La Constitución permite la práctica de pruebas.²⁹

Así, la acción de protección se consolida como una acción sumaria, plenamente accesible y adecuada para la protección oportuna de derechos fundamentales.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Ámbito material

El ámbito de protección de la acción de amparo constitucional en Ecuador se encontraba previsto en los art. 95 de la Constitución de 1998, y 46 y siguientes de la Ley Orgánica del Control Constitucional.³⁰ A la luz de dichos preceptos era evidente que la acción de amparo, a diferencia de otros países, no establecía limitación o diferenciación alguna con respecto a los derechos objeto de su protección. La Constitución Política de 1998 en su parte dogmática contemplaba derechos civiles (cap. II), derechos políticos (cap. III),

29. R. Ávila Santamaría, «Las garantías:...», p. 102 y 103.

30. Constitución de la República del Ecuador, 1998, art. 95, inciso primero: «mediante esta acción, que se tramitará de forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave». Art. 46 de Ley Orgánica del Control Constitucional: «El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios, y demás instrumentos internacionales vigentes en Ecuador».

derechos económicos sociales y culturales (cap. IV) y colectivos (cap. V) y, por tanto, todos ellos debieron ser directamente exigibles y justiciables vía acción de amparo constitucional. Lo dicho encontraba asidero en el art. 18 de la Carta Fundamental.³¹ En el mismo sentido, la doctrina constitucional señaló: «En definitiva, los derechos protegidos por la acción de amparo, son todos sin importar si son civiles y políticos, económicos, sociales y culturales o de tercera generación, si son individuales, colectivos o difusos y sin tomar en cuenta si su reconocimiento tiene base constitucional, internacional, o son derechos subjetivos naturales».³²

Por consiguiente, en cuanto a la Constitución de 1998, ley y doctrina se refiere, todos los derechos –incluso naturales inherentes a la persona–, teóricamente debieron ser objeto de protección vía acción de amparo constitucional. Únicamente aquellos derechos tutelables a través de otras garantías constitucionales se encontraban excluidos del ámbito de protección de la acción de amparo.

A pesar de la claridad de las disposiciones constitucionales antes citadas y de la interpretación más favorable en materia de derechos, existieron algunos que por obra de la jurisprudencia constitucional y doctrina en algunos casos, fueron excluidos de esta garantía constitucional. Se trataba de aquellos derechos económicos, sociales y culturales (DESC), acusados de programáticos y no justiciables directamente. A pesar de que la Constitución de 1998 y la Ley Orgánica del Control Constitucional prohibían a cualquier autoridad exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, los jueces constitucionales encontraron forma para excluirlos del ámbito de protección del amparo. Asimismo, aquellas disposiciones contempladas en instrumentos internacionales relacionados al caso y ratificados por Ecuador (p. ej., PIDESC) fueron omitidas e incumplidas.³³

En síntesis, la Constitución Política de 1998 y la normativa internacional referente al tema, garantizaban la protección y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. A pesar de ello, en la jurispuden-

31. *Ibid.*, art. 18: «Los derechos y garantías determinadas en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de sus derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos».

32. R. Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 118.

33. Principios de Linburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 9, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 19a. Sesión, agenda rubro 3, párr 10; Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 1.

cia constitucional ecuatoriana, especialmente aquella proveniente del Tribunal Constitucional, se pudo constatar casos aislados en los que se concedieron acciones de amparo, tomando en cuenta criterios de conexidad.³⁴ Tal criterio, a pesar de reflejar un avance en materia de los DESC, no guardaba armonía con la Constitución de 1998 y la ley. No existía razón alguna para aplicar criterios de conexidad (como sucede en Colombia), para proteger aquellos derechos económicos, sociales y culturales previstos y garantizados en la Constitución, su justiciabilidad debió ser directa e inmediata.

Con respecto a los derechos colectivos, la doctrina señaló:

Independientemente de los resultados del debate acerca de los derechos colectivos, habida cuenta que el derecho positivo los reconoce, no cabe duda de que ellos pueden ser protegidos con la acción de amparo, aunque siempre será menester que comparezcan los representantes jurídicamente reconocidos como tales por los grupos colectivos, formadas por seres humanos que tengan la titularidad del derecho que se trate en cada caso.³⁵

Por consiguiente, la Constitución de 1998 y la Ley del Control Constitucional no establecían limitaciones ni tampoco distinciones en los derechos allí previstos; como se dijo, todos debieron ser objeto de protección o justicia- bilidad directa vía acción de amparo, siempre y cuando se haya justificado su violación y el efectivo cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad y procedencia restantes.

El conflicto surgió en la práctica, a partir de una jurisprudencia débil, carente de precedentes, argumentación jurídica y configurada fuera de los cánones de interpretación constitucional. Lo dicho encuentra respaldo en los resultados proporcionados por el proyecto investigativo: *La acción de amparo constitucional en Ecuador como mecanismo efectivo de protección de derechos humanos entre 1997 y 2006*, que tuvo como muestra, la Gaceta Constitucional No. 1, de octubre de 2000, y la Gaceta Constitucional No. 18, de marzo de 2005. A partir de ellas se pudo constatar la evolución en las resoluciones del Tribunal Constitucional, tomando como criterios la legitimación activa y pasiva, la materia y la argumentación jurídica:

Para apreciar si en una resolución del TC existe argumentación jurídica consideraremos que un juez construye derecho a partir de la doctrina, la jurisprudencia, las normas con característica de principios. Si la respuesta es «no» en cada uno de estos ítems deberemos presumir que el juzgador constitucional aplica la Constitución como si fuese la ley [...] La conclusión fue la siguiente:

34. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0749-2003-RA.

35. J. C. Trujillo, *op. cit.*, p. 252.

Los resultados como se podrá apreciar son dramáticos. El TC no argumenta y aplica las normas sobre derechos humanos como si fueran normas hipotéticas o legales. El juez no está creando derecho y está claudicando en su poder de controlar y definir el alcance de los derechos en casos concretos.³⁶

Por su parte, las estadísticas citadas ponen en evidencia como la acción de amparo constitucional fue utilizada como un medio de defensa de derechos ordinarios-patrimoniales, que bien pudieron ser revisados en la justicia ordinaria, concretamente por parte de la jurisdicción contencioso administrativa: «Accionante o Legitimario Activo. Es necesario conocer quienes utilizan con mayor frecuencia la justicia constitucional en Ecuador, según la pertenencia a una agrupación social o étnica, una determinada profesión, su vinculación al Estado o su ejercicio profesional dentro del ámbito privado».

La mayor parte de personas que acceden al Tribunal Constitucional para presentar su recurso de apelación en una acción de amparo son los particulares, los cuales representan un 32,75% de casos frente a un 31,43% de casos que pertenecen a empleados públicos. Si sumamos los casos de la burocracia y los miembros de la Fuerza Pública alcanzan el 41,23% del total de la muestra, constituyéndose entonces los empleados del Estado como los legitimarios activos que con mayor frecuencia apelan amparos ante el Tribunal Constitucional. Como se viene sosteniendo, esta es una situación en cierta medida anómala para un órgano jurisdiccional de última instancia, al cual están posibilitados de acudir no solo los funcionarios públicos sino todos los ciudadanos que reclaman por la violación de sus derechos constitucionales.³⁷

Los datos señalados guardan relación con los resultados estadísticos obtenidos por el proyecto investigativo *La acción de amparo constitucional en Ecuador como mecanismo efectivo de protección de derechos humanos entre 1997 y 2006*.³⁸

36. R. Ávila Santamaría, «El amparo...», p. 375.

37. A. Valle Franco, *op. cit.*, p. 46.

38. R. Ávila Santamaría, «El amparo...», p. 372: «El Tribunal Constitucional debería, por esencia, conocer exclusivamente los conflictos relacionados con derechos fundamentales primarios. Mientras que la justicia ordinaria, debería conocer todos los conflictos patrimoniales. Consideremos, para efectos prácticos, derechos patrimoniales todos aquellos relacionados con la propiedad y con la autonomía de la voluntad, que son por ejemplo, los casos relacionados con comercio, contratación, relaciones laborales individuales. El resto de derechos, tales como sociales, colectivos, serán considerados como fundamentales. En el año 2000, como ha quedado dicho, el TC ha resuelto 14 casos de amparos. De esos, 11 casos los hemos considerado de carácter patrimonial y 3 fundamentales. De los 11 casos patrimoniales, 7 son relaciones laborales, 1 sobre contratación pública, 1 sobre propiedad intelectual, y 2 sobre debido proceso. Estos últimos podría pensarse que deberían ser considerados fundamentales; sin embargo, uno de los casos es interpuesto por una empresa por no estar conforme con una

Por tanto, se puede concluir que la acción de amparo constitucional en la práctica, quedó equiparada a una acción ordinaria y no cumplió con el objetivo para el que fue implementada en el sistema constitucional ecuatoriano, es decir, ser una garantía constitucional de derechos fundamentales o constitucionales.

Con relación a la Constitución vigente, esta marca diferencias considerables con respecto a la Constitución de 1998. Entre ellas se puede evidenciar la implementación y reconocimiento de nuevos derechos de rango constitucional. Si bien la Constitución vigente no adopta la denominación tradicional que utilizaba la Constitución de 1998 para referirse a aquellos derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos, no deja de reconocerlos y garantizarlos.

Así es: no se habla de derechos civiles, denominación muy vinculada a la tradición liberal decimonónica, sino de derechos de libertad; por otra parte, se prefiere el término «derechos de participación» para subrayar el protagonismo de los distintos sujetos en la toma de decisiones del ámbito político; asimismo, en lugar de hacer referencia a los tradicionalmente debilitados derechos sociales y económicos, se aporta la novedosa denominación de «derechos del buen vivir», la traducción del *sumak kawsay kichwa*, que constata la presencia de las aportaciones de las culturas indígenas en la construcción de un proyecto de desarrollo social centrado en una mejora de las condiciones de vida que no se debe medir en términos cuantitativos sino cualitativos.³⁹

Los derechos reconocidos en la Constitución, entre los que se encuentran derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección, son plenamente justiciables y tutelables, mediante las diversas garantías jurisdiccionales allí previstas. La acción de protección es una de las garantías jurisdiccionales que tiene como objeto primordial el amparo directo

resolución administrativa que se considera que le afecta, el otro es un comité de trabajadores de una Telefónica que no está conforme con una resolución que también les afecta; en suma, problemas de carácter patrimonial. En general, se alega el debido proceso mediante amparo en lugar de impugnar la resolución a través de las vías ordinarias existentes; la única razón por la que se invoca el debido proceso, en el fondo, es por inconformidad con la resolución administrativa. En el año 2005, el TC resolvió 11 casos de amparos. De esos, 9 casos fueron patrimoniales y 2 fundamentales. De los 9 casos patrimoniales, 2 son por comercio, 2 por relaciones laborales individuales y 5 por debido proceso (por razones enunciadas en este acápite). De los dos casos de derechos fundamentales, el uno es por derecho a la salud y el otro por medio ambiente sano. Predomina, entonces, la litigación ordinaria en sede constitucional».

39. Marco Aparicio Wilhelmi, «Derechos: Enunciación y principios de aplicación», en R. Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos...*, p. 22.

y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.⁴⁰ Con respecto a la justiciabilidad directa de los derechos previstos en la Constitución, esta se encuentra garantizada en el art. 11, num. 3, de la Constitución vigente.⁴¹ Con dicha disposición se aclara aún más que todos los derechos previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales son directa e inmediatamente aplicables y justiciables vía acción de protección. Aquella polémica surgida alrededor de la justiciabilidad de los DESC ha sido en gran medida solventada con la inclusión de varios preceptos constitucionales (art. 11, num. 3, 6, 8, 9, entre otros) compatibles con la normativa internacional.

Haciendo alusión a la Constitución ecuatoriana de 2008, la doctrina extranjera señala:

Debe destacarse que hasta el momento ningún texto constitucional ha recogido de manera tan clara y directa principios que apenas han logrado aparecer en el derecho internacional de los derechos humanos hasta tiempos muy recientes y gracias al trabajo de las relatoras y relatores de las Naciones Unidas (NNUU), al Comité DESC por medio de sus observaciones generales, o a textos como el de la «Declaración y Programa de Acción de Viena» (1993), firmada por 171 países que se comprometen a desarrollar un plan para fortalecer la aplicación de los derechos humanos partiendo de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos, y sociales.⁴²

Cabe señalar que la acción de protección a diferencia de la acción de amparo constitucional, más allá de ser un mecanismo idóneo para la protección de derechos violados por una autoridad pública o particulares, procede también con respecto a políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de derechos constitucionales.

Ilegitimidad del acto

Los presupuestos de admisibilidad de la acción de amparo constitucional en Ecuador se encontraban previstos y regulados en la Constitución Política del Estado, en la Ley del Control Constitucional, resoluciones interpretativas efectuadas por la Corte Suprema de Justicia y jurisprudencia cons-

40. Constitución de 2008, art. 88: «La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales».

41. Constitución de 2008, art. 11, num. 3: «Los derechos serán plenamente justiciables».

42. M. Aparicio Wilhelmi, *op. cit.*, p. 102 y 103.

tucional. En dichas normas y regulaciones se preveía de manera clara que para la procedencia de esta garantía constitucional se debía dar cumplimiento unívoco y simultáneo a determinados requisitos, entre los que se encontraba la ilegitimidad de un acto u omisión de autoridad pública.

La jurisprudencia constitucional puso en evidencia una clara desnaturalización de este mecanismo tutelar de derechos constitucionales. El juez constitucional en lugar de concentrar su análisis en la amenaza o violación efectiva de derechos constitucionales, se convirtió en un juez administrativista, que en primera instancia analizaba la legitimidad o ilegitimidad de un acto u omisión de autoridad pública.⁴³ Aquella ilegitimidad, primer presupuesto de admisibilidad del amparo, fue asimilado con la mera legalidad o arbitrariedad en la emisión de determinado acto. La doctrina y jurisprudencia constitucional señalaron en diversas ocasiones que el análisis de la legitimidad del acto implicaba la constatación de elementos como la competencia, causa, objeto, motivación, procedimiento y contenido del mismo.⁴⁴ De conformidad con la doctrina del derecho administrativo, aquellos elementos son parte de los requisitos a ser constatados para calificar si un acto administrativo adolece o no de ilegalidad.

No obstante, las características de ejecutorios y de legalidad de los actos administrativos, estos deben cumplir ciertos requisitos básicos para ser válidos y eficaces. Por ello las mismas autoridades que los emiten, sus superiores jerárquicos o los tribunales de jurisdicción administrativa están capacitados para tutelar su legalidad; es decir, para definir su legalidad, dentro de los límites que la propia norma jurídica permite. Estos requisitos son: [...] competencia, motivación, objeto o finalidad, causa, procedimiento, plazo, forma, publicidad.⁴⁵

Aquella labor legal-administrativa, correspondía de conformidad al ordenamiento jurídico ecuatoriano a la jurisdicción contencioso administrativa. Bajo esos parámetros el juez constitucional en varios casos dejó de cumplir su esencial labor de guardián de la juridicidad y se convirtió en un juez contralor de la mera legalidad.

La ilegitimidad del acto debió ser entendida como un efecto de la violación de derechos subjetivos constitucionales y no al contrario. La labor del

43. «La acción de amparo protege a las personas frente a actos u omisiones ilegítimos, por lo que se debe establecer lo que se entiende por ilegitimidad, haciendo presente que el Tribunal Constitucional lo ha realizado con apego a la doctrina del Derecho Administrativo», R. Oyararte Martínez, *op. cit.*, p. 85.

44. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resoluciones 0012-2002-RA; 0013-2004-RA; 268-RA-01; entre varias otras resoluciones que confirmaron el criterio señalado.

45. Patricio Secaira Durango, *Curso de derecho administrativo*, Quito, Ed. Universitaria, 2004, p. 184, 185, 186, 187, 188 y 189. Ver también Eduardo García de Enterría, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 2000, p. 546-562.

juez de amparo no era tan solo determinar si el acto reclamado o impugnado era ilegítimo, sino verificar la clara violación a un derecho constitucional.⁴⁶ Por tanto, la legitimidad del acto no debió ser el punto a determinar en forma previa a la constatación de su resultado. La afirmación de ilegitimidad de un acto debió ser la resultante de un acto que viole un derecho constitucional. La jurisprudencia constitucional contrariando lo dicho, en diversas ocasiones determinó la procedencia de acciones de amparo a partir de la ilegitimidad del acto y no de la clara violación a derechos constitucionales. Así, por, ejemplo existieron casos en que se plantearon acciones de amparo sobre actos meramente ilegales y se justificaba la pertinencia de la misma en la simple violación a la seguridad jurídica.⁴⁷ Vale señalar en este punto que, si como resultado del incumplimiento de la ley se lesiona la seguridad jurídica, tal violación per se no debía dar lugar a la acción de amparo, pues todo ordenamiento jurídico prevé el respeto al principio de legalidad y pone a disposición del afectado el procedimiento ordinario de justicia.

No se habría generado conflicto alguno si la jurisprudencia constitucional bajo la figura de un verdadero precedente, hubiese delimitado el ámbito de la acción de amparo, concentrando su análisis en la constatación de una manifiesta violación de derechos fundamentales, inadmitiendo y desechando según sea el caso todas aquellas acciones que hayan pretendido desvirtuar su naturaleza. Lastimosamente aquello no sucedió en la práctica.

Como quedó evidenciado, la acción de amparo se convirtió en un proceso de control prioritario de legalidad y no de constitucionalidad. En razón de ello, se inmiscuyó en las competencias atribuidas de forma excluyente a la jurisdicción contencioso administrativa. El análisis de la ilegitimidad del acto no debió ser atribución del juez constitucional y se tornaba innecesario dentro de los presupuesto de admisibilidad de la acción de amparo.

Con respecto a la acción de protección, el constituyente suprimió el elemento de «ilegitimidad» de los presupuestos para su admisibilidad. Dicha acción concentra su análisis en la violación a derechos constitucionales y no en el análisis de la ilegalidad o ilegitimidad de un acto. Será deber de la jurisprudencia constitucional erradicar completamente el mal entendido concepto de ilegitimidad que se ha venido utilizando en la práctica. No se puede considerar que el problema ha sido subsanado por la mera eliminación de dicho término, habrá que constatar con el transcurrir del tiempo, si la jurisprudencia constitucional cumplió o no con el objeto esencial de la acción de protección, que no es otro que el amparo directo y eficaz de derechos constitucionales.

46. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional*, t. II, Guayaquil, Edino, 2002, p. 207.

47. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 025-99-TP.

La constatación del daño como presupuesto de admisibilidad de la acción de amparo y la acción de protección

La Constitución de 1998 y la Ley del Control Constitucional hacían alusión al daño *inminente* y, protegían al afectado, incluso contra la amenaza de violación a sus derechos constitucionales. El daño inminente abarcaba dos conceptos, el primero hacía referencia a un hecho futuro que amenaza con suceder y, el segundo, a la necesidad de que dicho daño persista al momento de la interposición del amparo.⁴⁸ En razón de ello, la Constitución de 1998 y la Ley del Control Constitucional no exigían la producción del daño como presupuesto de admisibilidad para la activación de una acción de amparo constitucional.

En la práctica, la jurisprudencia constitucional proveniente del Tribunal Constitucional fue la encargada de definir y desarrollar el contenido y significado del daño inminente:

Que la resolución de fojas 104 de los autos fue notificada al accionante el 6 de julio de 1998 y la acción de amparo se la ejercita el 9 de enero de 2001, por la cual no puede decirse que exista daño inminente. En efecto, siendo la acción de amparo esencialmente cautelar, es propio de su naturaleza que el real o supuesto daño sea inminente mas no consumado, y en el presente caso tal exigencia no existe, pues al hablar de daño inminente se quiere decir que hay potencialidad de pueda ocurrir; que el daño se esté produciendo; o bien que exista la virtualidad de que los efectos dañosos se extiendan en el tiempo, sin que se los pueda evitar o eludir.⁴⁹

La inminencia del daño, a diferencia de otros presupuestos de admisibilidad de la acción de amparo, no revistió mayor complejidad en la práctica, su constatación por parte de los jueces constitucionales estuvo sujeta en gran medida a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional del Ecuador.

En relación con la acción de protección debe quedar en claro que no procede con respecto a la amenaza, únicamente con respecto a una *vulneración de derechos constitucionales*. La vía pertinente para solicitar la adopción de medidas cautelares que prevengan una eventual violación, es aquella prevista en el art. 87 de la Constitución. En virtud a dicho precepto no se exige la demostración del *daño* como requisito previo *sine qua non* para la obtención de una medida cautelar.

48. R. Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 126.

49. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 333-2001-RA.

EL PELIGRO DE ORDINARIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Una vez constatadas algunas de las diferencias entre la acción de protección y la acción de amparo constitucional, cabe resaltar la profunda modificación en elementos como legitimación activa, naturaleza, efectos, procedimiento y presupuestos de admisibilidad. Aquellos elementos, como se mencionó inicialmente, si bien reflejan un considerable avance desde el punto de vista del garantismo pueden también acarrear algunos problemas. Si la acción de amparo constitucional fue identificada como un proceso excesivamente formal, meramente cautelar y, no obstante a ello, existieron casos en que se impugnaban vía amparo actos meramente ilegales que no presentaban violaciones contundentes a derechos fundamentales, ¿qué sucederá con un proceso de conocimiento, no residual, reparatorio, que permite la actuación de pruebas y fácilmente accesible? ¿Podría atentarse contra el principio de interpretación sistemática de la Constitución y generar así la ordinarización de la acción de protección y la sustitución de la justicia contencioso administrativa por la constitucional? Son interrogantes que se analizarán a continuación.

Aquellas semejanzas entre la acción de amparo y el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, que dieron lugar al conflicto de superposición de competencias, incrementaron considerablemente con la implementación de una nueva garantía constitucional de conocimiento y ampliamente reparadora. El recurso subjetivo o de plena jurisdicción pretende la tutela de derechos subjetivos afectados por un acto administrativo de autoridad pública cuando el acto haya negado, desconocido o no reconocido esos derechos.⁵⁰ Con respecto a sus efectos, mediante recurso subjetivo, el juez determina la validez y eficacia jurídica del acto administrativo y ordena el restablecimiento de los derechos subjetivos que han sido desconocidos, no reconocidos o negados al recurrente. Si bien es cierto que la nueva acción de protección no es más una garantía constitucional exclusiva de «derechos subjetivos», y tampoco contempla en sus presupuestos de procedibilidad a la «ilegitimidad del acto (asimilable a la legalidad del acto)», su naturaleza y ámbito de protección es considerablemente más amplio. Es decir, aquellas pretensiones que podían ser atendidas exclusivamente por la justicia contencioso administrativa ahora podrían encontrar acogida vía acción de protección.

En teoría, podría afirmarse que no existe razón alguna para pensar en una superposición de competencias, toda vez que, por un lado, el recurso subjetivo o de plena jurisdicción propende a la protección de derechos ordinarios o legales, mientras que la acción de protección centra su interés en la tutela de

50. P. Secaira Durango, *op. cit.*, p. 251-256.

derechos constitucionales. Sin embargo, la realidad es distinta, como se pudo constatar en los estudios estadísticos citados previamente, un gran número de casos que revestían violaciones a derechos meramente patrimoniales (ordinarios), fueron tramitados y concedidos en muchos casos, vía acción de amparo constitucional. A partir de dichos datos también se pudo evidenciar la ausencia de argumentación jurídica en la gran mayoría de resoluciones provenientes del Tribunal Constitucional, por lo que la distinción entre derechos propiamente constitucionales y ordinarios no fue objeto de mayor análisis por parte de la justicia constitucional. En razón de ello, el conflicto de superposición de competencias resulta inminente. Al ser ambos mecanismos tan similares y poder generar los mismos efectos, pero en uno de los casos de manera sumaria, la justicia constitucional podría terminar por reemplazar a la justicia ordinaria. De esa forma se corre el grave riesgo de atentar contra el principio de interpretación sistemática de la Constitución,⁵¹ y la ordinarización de la acción de protección será una realidad. Por otro lado, la no residualidad de la acción de protección contempla entre una de sus consecuencias la activación de vías paralelas y simultáneas. Aquello, como ya pudo ser constatado en la acción de amparo, trajo dos conflictos en concreto: yuxtaposición de competencias e inseguridad jurídica.

Dicha problemática no solo fue parte de la acción de amparo constitucional ecuatoriana, en el Perú, por ejemplo, la existencia de un amparo alternativo trajo muchos inconvenientes. Al respecto, Samuel Abad Yupanqui señala:

Si bien esta intención era loable (amparo alternativo), y se basaba en la experiencia, su aplicación trajo inconvenientes y nuevos problemas. De un lado, porque cada proceso tiene una naturaleza y una racionalidad propia, que los hace idóneos o no para la tutela de un derecho, aspecto que no puede quedar librado a la mera voluntad del demandante. De otro lado, porque la norma facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso para la tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho, ni siquiera un derecho directamente constitucional.⁵²

Una vez efectuado un diagnóstico inicial del problema, el capítulo siguiente expondrá soluciones proporcionales a los conflictos identificados y sugerirá la implementación de filtros jurisprudenciales y legales que eviten el abuso y desnaturalización de la acción de protección en Ecuador.

51. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 472-2001-RA.

52. Samuel Abad Yupanqui, «El proceso constitucional de amparo», en *Gaceta Jurídica*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 68.

CAPÍTULO II

¿Es conveniente regular o restringir la acción de protección?

Ha quedado justificada en líneas anteriores la imperiosa necesidad de implementar filtros constitucionales, jurisprudenciales o legales, tendientes a demarcar la procedibilidad y ámbito de protección de la acción de protección de derechos fundamentales. Dentro de los filtros señalados, cabrá identificar inicialmente cuáles podrían ser regulativos o restrictivos de los preceptos constitucionales que rigen a la acción de protección. Para ello resulta trascendental remitirse inicialmente al significado que diversos diccionarios confieren a los términos regulación y restricción:

Regular:

1. Medir, ajustar o computar algo por comparación o deducción.
2. Ajustar, reglar o poner en orden algo.
3. Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines.
4. Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo.
5. Ajustado y conforme a la regla.
6. Uniforme sin cambios grandes o bruscos.

Restrictivo:

1. Que restringe, limita o acorta.

Restringir:

1. Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites. (Énfasis añadido).⁵³

Restricción:

1. La limitación o modificación de una ley o convención.⁵⁴

En ese orden de ideas, en caso de optar por filtros jurisprudenciales y legales restrictivos-*desproporcionados*, resulta claro que atentarían directamente a los contenidos previstos en la Carta Fundamental. Por el contrario, si son regulativos –proporcionales– *ajustados a la regla constitucional*, podrán ser insertados plenamente a partir de la jurisprudencia constitucional o la nueva Ley de Garantías y Control Constitucional. Una vez efectuado dicho análisis

53. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 2001, 22a. ed., p. 1311-1331.

54. Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Madrid, Cárdenas, Editor, 1873, p. 1442. (Énfasis añadido).

será necesario determinar su pertinencia, teniendo como premisa la compatibilidad con el paradigma del Estado constitucional.

EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de 1998 preveía que «Ecuador es un estado social de derecho», aquella concepción de Estado respondía al modelo de Estado liberal y se regía esencialmente por la escuela de pensamiento jurídico formalista;

La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley era el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho, esto es los derechos y la justicia a lo dispuesto por la ley. Una ciencia del derecho reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura. El Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental.⁵⁵

Precisamente, dentro de la escuela de pensamiento jurídico predominante en el Estado liberal, *el positivismo*, el papel del operador jurídico se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas, el juez era únicamente boca de la ley. «Bajo este esquema, el juez estaba sujeto únicamente a la ley, y su función era aplicarla obligatoriamente cualquiera fuese su contenido».⁵⁶ En efecto bajo el paradigma del Estado liberal, el Parlamento conformado por la burguesía, era el que ejercía dominio sobre cualquier otra función del Estado, así, vía legal, se restringían derechos, se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios (contenido material) pasaban a un segundo plano.

Contrario a lo dicho el art. 1 de la Constitución de la República vigente, establece una nueva forma o modelo de Estado profundamente distinto a aquel previsto en la Constitución Política de 1998: «Ecuador es un Estado

55. Gustavo Zagrebelsky, «Del Estado de derecho al Estado constitucional», en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999, p. 33.

56. C. Silva Portero, *op. cit.*, p. 64.

Constitucional de Derechos y Justicia». De esta forma, Ecuador ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado constitucional, que involucra entre otras cosas el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República.

El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social.⁵⁷

Entre los símbolos característicos del Estado constitucional se pueden identificar los siguientes:

- a) La existencia de una Constitución rígida, que en consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;
- b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;
- c) Fuerza vinculante de la Constitución, que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;
- d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;
- e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no solo los conflictos entre los poderes del Estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;
- f) Interpretación constitucional de las leyes;
- g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas.⁵⁸

Bajo esas características el neoconstitucionalismo incorpora contenidos materiales o sustanciales vinculantes dentro de la Carta Fundamental. El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la

57. Patricio Pazmiño Freire, «Prólogo», en R. Ávila Santamaría, A. Grijalva y R. Martínez Dalmau, edit., *Desafíos...*, p. 11.

58. Ricardo Guastini, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico; el caso italiano», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49-70, citado por Juan Pablo Morales, «Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica», en R. Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo...*, p. 88.

consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales. En otras palabras, el derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado. El constitucionalismo tradicional era sobre todo una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del derecho opuesta al positivismo jurídico como método.⁵⁹ Aquel contenido material del constitucionalismo, encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. Así, dentro de una adecuada interpretación constitucional, las reglas deben ser interpretadas siempre a la luz de los principios y valores previstos en la Constitución. Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos y su estructura (normas téticas), tornándose necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de derecho. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por ese motivo la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.⁶⁰ Al respecto, Miguel Carbonell señala:

En ese contexto, creo que es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado de forma relevante. Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través del *drittwirkung*), el principio *pro homine*, etcétera.⁶¹

En definitiva, la instauración del paradigma del Estado Constitucional trae muchas consecuencias consigo y, una de ellas es el nuevo rol que se ve obligado a desempeñar el juez constitucional. Desde la perspectiva teórica la decisión de la Asamblea Constituyente implica la eliminación del Estado le-

59. Alfonso García Figueroa, «La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo», en M. Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, p. 165.

60. Carlos Bernal Pulido, «La racionalidad de la ponderación», en M. Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, p. 44.

61. Miguel Carbonell, «Introducción: el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales», en Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 11. (Las cursivas no constan en el texto original).

gislativo, el establecimiento de una verdadera «jurisdicción» constitucional, que garantice la normatividad de la Constitución y permita el ejercicio de los derechos y la adopción de una nueva teoría del derecho que asuma la función crítica y no solo descriptiva de lo jurídico.⁶² Asimismo desde el punto de vista político, la consecuencia más importante del neoconstitucionalismo es el desplazamiento del protagonismo del legislativo hacia el judicial. De esa forma, *el rol del juez constitucional resulta preponderante en la creación de derecho*. La práctica judicial deja de ser una operación de subsunción lógica para convertirse en una operación de argumentación y de interpretación. «En ese sentido, bajo el régimen del Estado Constitucional se produce la metamorfosis del rol de los jueces, que asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho».⁶³ En síntesis, en el Estado constitucional el juez termina por abandonar aquella labor pasiva-mecánica de subsunción positivista y se transforma en el garante de la democracia constitucional y de los contenidos materiales plasmados en los derechos fundamentales. Así, el papel del juez garante, se cumple «reemplazando el paradigma positivista de la obligatoria sujeción del juez a la ley por el de la sujeción del juez a la ley válida, es decir aquella que guarda coherencia con los límites sustanciales».⁶⁴ Por tanto, «el activismo u omnipotencia judicial, esencia de este paradigma constitucional, se traduce en la pérdida de la autonomía legislativa»,⁶⁵ y en una nueva forma de concebir al derecho y a las técnicas de interpretación judicial.

Una vez identificadas las características esenciales del Estado constitucional y el rol que debe cumplir el juez constitucional bajo su régimen, es procedente pasar a analizar una serie de filtros legales y jurisprudenciales que coadyuvarán a la delimitación de la acción de protección en Ecuador y al fortalecimiento de los derechos y las garantías.

FILTROS FORMALES Y DE FONDO PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Partiendo de la premisa del neoconstitucionalismo y del rol que debe desempeñar el juez constitucional bajo su régimen, se procederá a identificar

62. P. Pazmiño Freire, «Introducción...», *op. cit.*, p. 11.

63. Juan Montaña Pinto, «La función judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana», en R. Ávila Santamaría, A. Grijalva y R. Martínez Dalmau, edit., *Desafíos...*, p. 191.

64. Juan Pablo Morales, «Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica», en R. Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo...*, p. 93.

65. Luis Prieto Sanchís, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, p. 133.

determinados filtros que según su compatibilidad con el paradigma, serán calificados como «de fondo» y, otros, que por guardar mayor relación con el Estado liberal de derecho y con técnicas de interpretación exegéticas o subsuntivas, serán denominados «de forma». Asimismo, dentro del análisis de cada uno de ellos se podrá constatar cuáles son restrictivos y cuáles regulativos. Aquella diferenciación resultará trascendental para determinar el procedimiento que deberán seguir para su implementación. Si se trata de filtros regulativos podrán ser insertados vía legal o jurisprudencial, pero en caso de ser restrictivos-desproporcionados, deberán ser necesariamente objeto de un cambio constitucional. Por ello, cualquier regulación o restricción a la acción de protección deberá procurar en lo posible no atentar su propia naturaleza y, por tanto, la voluntad del constituyente, que no fue otra que dotar a la Constitución de la República de un alto grado de garantismo.

La acción de protección como proceso residual y subsidiario

Filtro de forma

Residualidad y subsidiariedad resultan ser dos de los elementos más recurridos en el derecho comparado para delimitar el ámbito de protección de aquellas garantías constitucionales equiparables a la acción de protección ecuatoriana. Pero ¿Qué debe entenderse por residualidad y subsidiariedad?, al respecto Francisco Rubio Llorente señala: «Por subsidiariedad se entiende, en general, la necesidad que haya una determinada secuencia en la intervención de las distintas instancias decisoras, de manera que no haya de ocuparse la superior de lo que puede resolver con eficacia la inferior [...] la subsidiariedad impone al demandante de amparo una obligación de agotar previamente todas las vías y recursos judiciales».⁶⁶

Por tanto, cuando se dice que una acción es residual o subsidiaria, debe considerarse lo siguiente:

- a) Cabe interponerse cuando no existen otras formas o vías de impugnación;
- b) Cuando las vías o mecanismos de impugnación se han agotado;
- c) Cuando no existe otra vía más idónea; y,
- d) No es procedente cuando se han activado de manera simultánea otras acciones con identidad subjetiva y objetiva.

66. Francisco Rubio Llorente, «El recurso de amparo constitucional», en *La jurisdicción constitucional en España (Publicación del Coloquio Internacional, Madrid 13 y 14 de octubre de 1994)*, Madrid, Tribunal Constitucional / Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 137.

Bajo esos parámetros, en el derecho comparado países como Argentina, Perú y Colombia han dotado a sus garantías de derechos constitucionales el carácter subsidiario o residual. Por tratarse de países con un importante desarrollo en materia constitucional es oportuno referirse a su legislación, doctrina y jurisprudencia, para constatar los efectos que dicha restricción o regulación (según se constatará más adelante) trajo consigo en la práctica. De esa forma a partir de una interpretación previsor, podrá colegirse la conveniencia de su implementación en el ámbito ecuatoriano y si efectivamente es el mecanismo adecuado para evitar un proceso de ordinarización.

El caso argentino

Tal como lo menciona María Angélica Gelli, la naturaleza de la acción de amparo –acción subsidiaria de remedios administrativos o judiciales menos idóneos o acción supletoria y de excepción ante la inexistencia de aquellas tutelas– comenzó temprano en la República Argentina con el nacimiento mismo de la garantía. La naturaleza de la acción de amparo *clásica* fue delimitada inicialmente por la Corte Suprema dentro del caso Siri, y un año más tarde en el caso Kot. En ellos la Corte dejó en claro que a partir de la activación de esta vía se pretende suministrar por parte del Estado una respuesta jurisdiccional eficiente y, segundo, se circunscribe la procedencia de la misma *a los casos de lesión de derechos esenciales*. Así, la Corte señaló textualmente:

Cuando apareciera, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen al proceso ordinario, administrativo, judicial, correspondería que los jueces restablecieran de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.⁶⁷

De esta forma, el Tribunal, por un lado, pareció establecer una jerarquía de derechos constitucionales, restringiendo la extensión de la garantía pero al mismo tiempo amplió su admisibilidad cuando no hubiese a la mano remedios judiciales o administrativos suficientemente rápidos como para reparar la lesión. En el caso Kot, la minoría del Tribunal desestimó la admisibilidad del amparo por la eventual ineficacia de la tutela jurisdiccional con el argumento de que al juzgador le está vedado pronunciarse sobre el acierto del Congreso o las legislaturas provinciales para proveer aquellos remedios.⁶⁸ Años más tarde, con la vigencia de la Ley 16986 se determinó como presupuesto de admisibili-

67. María Angélica Gelli, «La silueta del amparo después de la reforma constitucional», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1995: E(1995), p. 978.

68. Disidencia de los ministros Araoz de Lamadrid y Oyhanarte en el caso Kot.

dad de la acción de amparo, *la inexistencia de recursos o remedios judiciales o administrativos que permitieran obtener la protección del derecho o garantía constitucional lesionada*.⁶⁹ Bajo esta perspectiva la Corte Suprema, vía interpretación de ley, determinó la improcedencia de la acción de amparo no solo por la existencia de remedios administrativos, sino ante la falta de agotamiento de esa instancia. No obstante, estableció una excepción a la regla: cuando se constate que los recursos judiciales o administrativos resulten ineficaces para la protección de los derechos afectados. A partir de la regulación legal del amparo, previsto en la Ley 16986, no cabe duda de que la acción de amparo argentina resultaba ser residual, subsidiaria, heroica y excepcionalmente directa. Con la reforma constitucional de 1994, a partir de la cual se elevó a la acción de amparo al mismo nivel de los derechos que protege, la tutela fue acompañada de modificaciones sustantivas a los límites fijados por la legislación anterior. Así, el art. 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina en la parte pertinente señala: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo».⁷⁰

A simple vista se colige que a diferencia de la Ley 16986, no es necesario agotar remedios *administrativos*, como tampoco demostrar la no idoneidad de los mismos. Es decir que, al tenor de la norma solo deberán agotarse las vías judiciales pertinentes, o en su defecto, demostrar que no existe vía judicial más idónea que no sea el propio amparo. A partir de ello tratadistas argentinos como Angélica Gelli han hecho explícita su preocupación por la ambigüedad del precepto contenido en el art. 43 de la Constitución de la República Argentina:

Pues bien, ¿Qué alcance posee la disposición constitucional? ¿Ha producido la reforma una mutación del amparo, transformando la acción excepcional en ordinaria? ¿La idoneidad del medio judicial que hace inadmisibles el amparo, descarta de plano las vías administrativas? ¿Cómo medir la idoneidad del remedio judicial? ¿Por la rapidez en obtener la tutela? ¿O por la amplitud del procedimiento del que se trate, para acreditar la lesión a los derechos de los afectados?⁷¹

Para dar respuesta a las distintas interrogantes, Gelli recurre a la voluntad del constituyente, expresada en actas de la Convención Constituyente y, de esa forma, pudo colegir que la intención de la mayoría fue caracterizar al amparo como una vía excepcional, residual y heroica, en concordancia con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicha caracterización partió del supuesto de la eficiencia de todo el orden jurídico en

69. Ley 16986 de la nación de Argentina, art. 2, inc. a.

70. Constitución de la nación Argentina, art. 43.

71. M. A. Gelli, *op. cit.*, p. 297.

la protección de derechos (con lo que parecía atenuarse la excepcionalidad del amparo en aquellos casos en que le eficiencia del orden jurídico no se diera) y, además, del principio en virtud del cual no se puede sustituir por vía judicial el sistema republicano y democrático.⁷²

Para la mayoría de los convencionales, es claro el carácter residual del amparo, el punto de partida para su admisibilidad, es decir que el orden jurídico siempre es eficiente, resulta ser una utopía, por lo que el amparo terminará convirtiéndose en un mecanismo excepcionalmente residual y ordinario. La utilización de términos como «siempre que no exista un mecanismo más idóneo», resulta ser un tipo de restricción residual atenuada e incluso ingenua, toda vez que en la práctica la interpretación más común y lógica colegirá que al ser el amparo un medio eficaz, expedito y sumario, terminará siendo siempre el mecanismo más idóneo para proteger los derechos de los accionantes.

Sin embargo, convencionales parte de la mayoría de la Convención Nacional Constituyente, como Quiroga Lavié, sostienen que, pese a la amplitud con que ha sido constitucionalizada la naturaleza del amparo, no puede sostenerse que el amparo se ha convertido en un remedio ordinario, de modo tal que, en principio, *permíta cobrar un pagaré a través de una acción de amparo*.⁷³ En suma, a partir de lo previsto en el art. 43 de la Constitución de la República Argentina y en uso de una interpretación genealógica se concluye lo siguiente:

- a) La admisibilidad del amparo no exige la existencia ni agotamiento de las vías administrativas;
- b) La existencia de medios judiciales descarta, en principio, la acción de amparo;
- c) El principio cederá cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficiencias que neutralicen la garantía.

Néstor Pedro Sagüés, en alusión a la ambigüedad que reviste el art. 43 de la Constitución argentina, pone de manifiesto cómo una interpretación puede variar ostensiblemente según el método interpretativo seleccionado. Así, a partir de una interpretación literal podría entenderse que el término «expedita», significa que el amparo puede promoverse de modo inmediato, sin necesidad de tener en cuenta otra vía, trámite o recurso, por más que fuese provechosa para el afectado, «Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo», importa que solo es inadmisibile el amparo si hay otra vía más exitosa para el afectado

72. Informe del convencional Rodolfo Díaz, *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 29 reunión, 3a. reunión ordinaria, 11 de agosto de 1994, Buenos Aires, inédito, p. 4049.

73. Humberto Quiroga Lavie, «El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional», en Horacio Rosatti, *et al.*, *La reforma de la Constitución nacional. Explicada por miembros de la comisión de redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 115.

por un acto lesivo y, como el amparo es rápido, en principio siempre será el instrumento más idóneo. En todo caso, le correspondería al juez o al accionado probar que existe esa otra ruta mejor que el amparo, en cada situación concreta. Por último, los procedimientos administrativos resultarían siempre obviados, ya que la Constitución no hace referencia a ellos. El actor del amparo puede omitirlos y hasta ignorarlos tranquilamente aunque fuesen tanto o más idóneos que el amparo para enfrentar el acto lesivo.⁷⁴ La frase «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo» da lugar a mayores controversias. Sagüés señala que es tentador por su rapidez entender que el amparo es normalmente el medio judicial más idóneo pero no siempre resulta así. Por ejemplo, si no es claro que el acto lesivo sea manifiestamente ilegal o arbitrario (como lo exige el art. 43 de la Constitución argentina), el recurso al amparo puede costarle al litigante una derrota significativa. Si necesita de abundante prueba (tema que será tratado a profundidad más adelante) para probar su derecho y no lo logra concretar en el comprimido trámite del amparo, «el medio judicial más idóneo será para el juicio ordinario».⁷⁵

Finalmente, el hecho de que el art. 43 no haga referencia a las vías administrativas no puede colegir que su tránsito esté excluido. El argumento a *contrario sensu* como del adagio «lo que se dice de una cosa, se niega de otra; la conclusión de una excluye a la otra» «*Quio dicit de uno negat de altero; inclusione unius fit exclusio alterus*». Sin embargo, como señalan Aftalión, García Olano y Villanova, en verdad este argumento no prueba nada, pues si el legislador menciona un caso y no otro, no quiere forzosamente decir que haya querido excluir de la disposición legal a este último.⁷⁶

En uso de una interpretación previsor, que sugiere una vez hallado el producto interpretativo verificar sus resultados o medir sus consecuencias, en

74. Néstor Pedro Sagüés, «Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo. A propósito de la voluntad del constituyente», en revista *Ley 1995-D*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 1517. La concepción del amparo como acción directa, después de la reforma constitucional de 1994, cuenta con el respaldo de muy calificada doctrina. Ver, por ejemplo, Adolfo A. Rivas, «El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina», en *La Ley*. Revista jurídica argentina, 13 de diciembre, Buenos Aires, 1994; Augusto M. Morello, «La primera sentencia de alzada sobre el amparo, a la luz de la Constitución reformada», en *JA* 28-12-94; Augusto M. Morello, «El amparo después de la reforma constitucional», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, No. 7, Santa Fe, 1994, p. 221 y s.; Augusto M. Morello y Carlos A. Vallefín, *El amparo: Régimen procesal*, La Plata, Ed. Platense, 1995, 2a. ed., p. 297; Roberto Dromi y Eduardo Menem, *La Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, p. 160. Por su parte, Bidart Campos sostiene que el amparo es subsidiario pero no supletorio; cfr. su *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 312.

75. N. Pedro Sagüés, «Nuevamente...», p. 1517.

76. Enrique Aftalión, Fernando García Olano y José Villanova, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Ateneo, 1956, 5a. ed., p. 458.

aras de ratificar una interpretación provechosa, o de descartarla, si acarrea efectos negativos. En tal sentido, Sagüés sostiene:

que la aceptación de la doctrina del amparo como vía ordinaria, que fue lo no querido y rechazado por la constituyente, obliga también a meditar seriamente sobre la inflación que puede producirse en esta acción. Es evidente que la judicatura argentina no está programada para absorber tal catarata de amparos y que la conversión de una carátula no surtirá el milagro de resolver la congestión de expedientes. *En definitiva si llega a triunfar la doctrina del amparo directo, el Estado deberá, en su concepto, realizar pero ahora mismo una reforma estructural cuantitativa, cualitativa, erigiendo urgentemente el fuero constitucional, para instrumentar y capacitar al conjunto de órganos judiciales suficientes a fin de asumir eficientemente al amparo directo, no subsidiario.* Sin embargo, tal nueva especie de amparo seguiría siendo incompatible con el mensaje autoral que anida en el art. 43 de la Constitución.⁷⁷ [Énfasis añadido].

En efecto Sagüés, al igual que Angélica Gelli, coinciden en que el método de interpretación que debe preponderar ante la oscuridad de la ley es el histórico, solo así podrá constatarse cuál fue realmente la intención del constituyente el momento de la emisión de la norma. «La voluntad del constituyente no es un dogma, pero normalmente merece respeto y seguimiento, en aras de una interpretación leal de la Constitución».⁷⁸ Por tanto, remitiéndose a la voluntad del constituyente, se constata claramente que el amparo argentino *es una vía excepcional, residual, heroica, y está reservado solo a delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales, peligra la salvaguardia de los derechos fundamentales requiriendo para su apertura circunstancias de muy definida excepción. No se rebatió por nadie que esa fuere la intención mayoritaria de la asamblea. Por el contrario, las voces de otros convencionales (Anacrani, Velarde) ratificaron tales dichos.*⁷⁹

77. N. P. Sagüés, «Nuevamente...», p. 1519.

78. Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 105.

79. Convención Nacional Constituyente de Argentina, *Diario de Sesiones*, 1994, p. 4040-3 (despachos de mayoría y minoría); p. 4049 y s. (informe por mayoría del convencional Díaz); p. 4056-7 (exposición del despacho minoritario por el convencional Barcesat); p. 4079 (palabras de la convencional Ancarani, quien no obstante agrega: «Pero no nos confundamos, porque si hablamos de excepcionalidad quiere decir que se puede utilizar el amparo en aquellos casos en los que no se haya previsto otro remedio procesal, sin que eso represente un obstáculo para la interposición»); 4140 (palabras de la convencional Velarde). En p. 4148 se lee asimismo la exposición del convencional Cullen, quien describe la doctrina admisorio del amparo contra actos de particulares; siempre que se respete, claro está, la clave para que este instituto excepcional pueda funcionar y la clave para que así ocurra es que no exista otro medio judicial idóneo y que el derecho tutelado y afectado que precisamente da lugar al amparo sea un derecho fundamental que aparezca con grado suficiente de evidencia».

Por tanto, queda claro que la naturaleza de la acción de amparo argentina es residual y excepcionalmente directa. En la concepción doctrinaria argentina, la interpretación del amparo exige una interpretación restrictiva, caso contrario implicaría el desplazamiento de numerosos procesos judiciales especiales como el juicio de desalojo, el de alimentos o el régimen de interdictos hacia el ámbito de protección de la acción de amparo. Por ello se menciona que no puede aceptarse una interpretación del art. 43 que implique la derogación de un número considerable de normas reguladoras de procesos judiciales especiales. Se torna necesaria la implementación de diques de contención, pues el amparo es un instituto que tiende a sobrepasar los límites asignados. El amparo en Argentina desbordó sus límites naturales después de su creación jurisprudencial en Siri y Kot, y devino necesaria la sanción de la Ley 16986, de neto corte restrictivo y, actualmente, a pesar de la vaguedad de la norma, mantiene el mismo carácter.

Debe quedar en claro que la residualidad de la acción está prevista en la Carta Fundamental y a partir de ello se han generado distintos tipos de regulaciones e interpretaciones tanto legales como jurisprudenciales. Es decir, la ley y jurisprudencia se han limitado a desarrollar aquel carácter residual conferido por la propia Constitución. Por consiguiente, no se trata de una restricción de fuente legal o reglamentaria.

El caso colombiano

En cuanto a la naturaleza y presupuestos de admisibilidad que rigen a la acción de tutela colombiana, el art. 86 de la Constitución dispone lo siguiente:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo que será de inmediato cumplimiento podrá impugnarse ante el juez competente y en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. [Énfasis añadido].

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de la tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta

afecte grave o directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.⁸⁰

Por su parte, la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela prevista en la Constitución, halla regulación en el art. 6 del decreto No. 2591 de 1991:

Causales generales de improcedencia de la acción de tutela. Art. 6.

1. Subsidiariedad- existencia de otros mecanismos de defensa judicial.
2. No procede la acción de tutela si cabe interponer el Recurso de hábeas corpus.
3. Improcedencia de la acción de tutela para proteger derechos colectivos.
4. Improcedencia de la acción de tutela por la existencia de un daño iusfundamental consumado y verificación del hecho superado.
5. Improcedencia de la acción de tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto.
6. Otras causales legales y constitucionales de improcedencia de la acción de tutela. (Improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela y tutela temeraria).⁸¹

A partir de la normativa citada, se colige que la acción de tutela no procede en aquellos casos en que exista otro medio o mecanismo judicial adecuado para la protección de los derechos del afectado. En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha señalado: «Dado el carácter subsidiario de la tutela, debe entenderse que su objetivo no puede suplantar a los medios judiciales existentes».⁸²

No obstante, el medio judicial alternativo al que hace referencia la Constitución y el Decreto 2591, debe ser verificado en cada caso para calificar su idoneidad y eficacia en la protección de derechos fundamentales. No basta la existencia formal del medio judicial para la protección de derechos fundamentales, debe comprobarse que el agotamiento del mismo no resulte en la consumación de un perjuicio irreparable para el accionante, en cuyo caso, la acción de tutela se convierte en el mecanismo adecuado para la protección de sus derechos. Bajo esas consideraciones la Corte colombiana señaló:

Pero ese medio que desplaza la viabilidad del amparo tiene que ser materialmente apto para lograr que los derechos fundamentales en juego sean eficientemente protegidos. En consecuencia, no tienen tal virtualidad los medios

80. Constitución de la República de Colombia, art. 86.

81. Decreto 2591-91, Reglamentación a la acción de tutela, en *Corte Constitucional de Colombia*, <www.constitucional.gov.co>. Consultado el 31 de marzo de 2009. (Énfasis añadido).

82. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-001/2.

judiciales apenas teóricos o formales, pues según el art. 228 de la Carta, en la administración de justicia debe prevalecer el Derecho sustancial.

Así las cosas, para los efectos de establecer cuándo cabe y cuándo no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales.⁸³

A partir de lo expuesto, es evidente que la acción de tutela colombiana es un mecanismo subsidiario a aquellos medios judiciales de protección de derechos. En esos términos Catalina Botero señala:

No se trata entonces de que la tutela proceda simplemente cuando su protección resulte más ágil o más rápida, pues en este caso la tutela dejaría de ser un mecanismo subsidiario. Se trata de que el juez verifique si someter el caso a un procedimiento alternativo puede dar lugar a la consumación del perjuicio sobre el derecho fundamental amenazado o conculcado. En estos casos, por ejemplo, cuando quede demostrado el inminente peligro por la lentitud del proceso ordinario o por la incapacidad del juez para proferir la orden necesaria para proteger el derecho o por su resistencia a hacerlo, el juez constitucional puede y debe dar prioridad a la acción de tutela.⁸⁴

Por otro lado, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que la tutela puede proceder como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a pesar de que el afectado haya activado un proceso ordinario, pero no cuando el mismo haya dejado vencer los términos o plazos para iniciarlo.⁸⁵ La única excepción a la regla es que el accionante no haya planteado la

83. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-001-97; T-003-92 y T-441-93.

84. Catalina Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Rodrigo Lara Bonilla / Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 106.

85. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-871-99; T-812-00; T-847-03. Desarrolla el contenido del art. 8 del Decreto 2591 de 1991: «La tutela como mecanismo transitorio aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente solo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela.

Si no lo instaura, cesarán los efectos de este.

vía ordinaria correspondiente por encontrarse en una situación de «absoluta e insuperable incapacidad para hacerlo y siempre que resulte completamente desproporcionada la aplicación de la regla general».⁸⁶ Con posterioridad la Corte Constitucional colombiana, vía sentencia C-531-93, declaró inexecutable la definición legal de perjuicio irremediable, con el objeto de que sea este órgano el que consolide a partir de sus fallos la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela. Así, la utilización de la acción de tutela como mecanismo transitorio se encuentra condicionada a la constatación de un perjuicio irremediable:

únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea a) cierto e inminente. Esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos, b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.⁸⁷

Por consiguiente, la acción de tutela al igual que el amparo argentino es residual, subsidiaria y, excepcionalmente, directa. Vale insistir en que la calificación de la acción de tutela como mecanismo residual *también es de fuente constitucional* (art. 86, inc. 3), y la ley (en este caso Decreto 2591), y jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, simplemente *han regulado* su contenido.

El caso peruano

En el caso peruano, quizá el ejemplo más semejante a la realidad de la acción de protección ecuatoriana, la delimitación del amparo a un mecanismo de carácter residual fue de índole legal. La Constitución de la República del Perú, en el art. 200, no establece restricción alguna respecto al agotamiento de vías ordinarias judiciales o administrativas como presupuesto para su procedencia.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso».

86. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-123-04; T-309-05, en C. Botero, *op. cit.*, p. 107. Esta excepción fue aplicada por la Corte Constitucional en un caso en el cual una menor huérfana que sufría de retardo mental había dejado de interponer los recursos contra la decisión que le negaba el derecho a la sustitución pensional y se encontraba en estado de indigencia por este hecho.

87. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-719-03.

Art. 200 inciso 2: que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos en la Constitución, con excepción de los protegidos por las acciones de hábeas corpus (libertad y seguridad, personales y derechos conexos) y de hábeas data (acceso a la información pública y protección de la intimidad de datos personales) no procede contra normas legales ni contra decisiones judiciales emanadas del procedimiento regular.⁸⁸

A pesar de la claridad de la disposición constitucional en mención, el Código Procesal constitucional del Perú (Ley 28237), vigente desde el 1o. de diciembre de 2004 y reformatorio de la Ley 23506 de 1983, en un auténtico *ejercicio restrictivo* e incluso inconstitucional, en lo pertinente señala lo siguiente:

Artículo 5.- Causales de Improcedencia: No proceden los procesos constitucionales cuando:

[...]

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto a su derecho constitucional.
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus.

Francisco Eguiguren Praeli, en alusión a las restricciones y regulaciones contempladas en el Código Procesal peruano, señala: «El Código Procesal peruano sigue el camino de un amparo residual y excepcional, trazado en los casos argentino y colombiano, a fin de corregir las graves distorsiones producidas por la indebida utilización de este proceso constitucional en nuestro país, que llevaron a una ordinarización del amparo».⁸⁹

El Código Procesal peruano, a través de la vía legal, ha convertido a la acción de amparo en un proceso de naturaleza residual y subsidiaria. Si bien existieron razones suficientes para restringirlo los métodos o técnicas legislativas utilizadas, lejos de ser proporcionales (objetivo esencial de una ley respecto a preceptos constitucionales), restringieron el ámbito de protec-

88. Constitución de la República del Perú, art. 200.

89. Francisco Eguiguren Praeli, «El amparo como proceso «residual» en el Código Procesal constitucional peruano: una opción riesgosa pero indispensable», ponencia presentada por el autor en el Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en la alborada del siglo XXI, Santiago, 27-29 de noviembre de 2006, Santiago, Universidad de Talca, 2006, p. 67 y 85.

ción y la naturaleza de la acción de amparo prevista en el art. 200 de la Carta Fundamental. Partiendo del hecho que la Constitución es la norma jerárquica superior, todas las normas y actos de inferior jerarquía deben guardar armonía con ella, por lo que, se torna inconstitucional una restricción de esta naturaleza, que a toda luz contraviene el sentido dotado a la acción de amparo por parte del constituyente. Si la restricción del amparo peruano era una necesidad, pues existía la vía adecuada para hacerlo, esto es, por medio del el cambio constitucional, solo a partir de esta vía cabía *regular* su contenido (tal como sucede en Argentina y Colombia). Como consecuencia de una medida apresurada para evitar la ordinarización de esta vía constitucional, se atentó directamente contra la Constitución, contra el principio de proporcionalidad trascendental en la elaboración de leyes y, lo más perjudicial, trastornó la verdadera naturaleza que debe ostentar una garantía constitucional de derechos humanos como en efecto es el proceso de amparo peruano.

Bajo esos parámetros la caracterización de un amparo residual en el Perú, a partir de lo dispuesto en al art. 5 del Código Constitucional, ha recibido grandes críticas enfocadas a su inconstitucionalidad. Es evidente que el amparo peruano no ha seguido la misma línea que el amparo argentino o la tutela colombiana, como lo señala Eguiguren Praeli. Existe una diferencia abismal con los casos argentino y colombiano, sus Constituciones confieren a las garantías señaladas el carácter residual y subsidiario, lo que genera la posibilidad de una regulación de índole legal, característica que no se evidencia en el caso peruano. Así, por ejemplo, Luis Castillo Córdova sostiene que el carácter alternativo del proceso de amparo fluye de lo prescrito en la Carta Política, de allí que *incurrirá en inconstitucionalidad toda disposición legal que vaya en contra de la posibilidad de acceder a estos mecanismos procesales frente a la afcción real y manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental*. Por otro lado, el mismo autor haciendo alusión a uno de los puntos más controversiales y atentatorios de la naturaleza residual o subsidiaria de una garantía constitucional de derechos humanos señala:

La tutela de los derechos fundamentales, mediante el uso de garantías consagradas constitucionalmente constituye –en sí misma– un derecho fundamental. Para ello, se apoya en lo establecido en el artículo 25 punto 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se reconoce el derecho «a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales».

En efecto, restringir el acceso directo a una garantía sencilla, rápida y efectiva, como son las garantías de derechos fundamentales (acción de amparo

en Argentina y Perú, tutela en Colombia y acción de protección en Ecuador), resulta inadmisibles, menos aún, si se parte como señala Rodríguez Santander: «de la premisa de considerar que el ordenamiento jurídico pone a disposición del afectado una serie de mecanismos judiciales incluso en sede ordinaria que pueden atender efectivamente la afectación de esos derechos». ⁹⁰ A pesar de que uno de los filtros previstos en el art. 5 del Código Procesal Constitucional del Perú haga alusión a «cuando existan otros procedimientos, judiciales o administrativos igualmente satisfactorios», es evidente que aquellos mecanismos ordinarios siempre estarán cargados de formalidades y no tienen comparación en cuanto a la celeridad procesal que confiere el amparo constitucional, una cosa es el «ser», y otra el «deber ser», hay que aterrizar y ser conscientes de nuestra realidad. Es decir, presuponer la eficacia de todo el ordenamiento jurídico como excusa para sostener que la naturaleza residual de las garantías no viola el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos no es más que una falacia y una verdadera utopía. Finalmente, Castillo Córdova considera que el art. 5, punto 2, del Código Procesal Constitucional:

vulnera las dimensiones subjetiva y objetiva del contenido constitucional del derecho, en tanto niega la facultad de acceso incluso cuando la violación del contenido constitucional del derecho que se pretende tutelar es manifiesta (dimensión subjetiva), y porque, lejos de promover la correcta y plena vigencia de ese derecho –de acceso a los procesos constitucionales– lo restringe y dificulta de manera irrazonable (dimensión objetiva).

Adicionalmente, señala que: «la norma cuestionada no es respetuosa del principio de proporcionalidad, pues la finalidad de esta medida consistente en lograr que los procesos constitucionales, en particular el amparo, no resulten desnaturalizados al ser empleados de modo indiscriminado no sería alcanzada mediante la previsión incorporada por el art. 5 punto 2 del citado Código». ⁹¹

Los medios utilizados –restricción de una garantía de derechos humanos– para alcanzar un fin como el presente –evitar el congestionamiento de amparos y su ordinarización–, no es justificable, razonable ni constitucionalmente válido, menos aún cuando pueden convertir al aparato jurisdiccional en cómplice de violaciones a derechos fundamentales a partir de una restricción de carácter formal y exegética.

90. Roger Rodríguez Santander, «Amparo y residualidad», en *Justicia constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año I, No. 2, agosto-diciembre, Lima, 2005, citado por F. Eguiguren Praeli, «El amparo...», p. 67 y 85.

91. Luis Castillo Córdova, «El amparo residual en el Perú. Justicia constitucional», en *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año 1, No. 2, Lima, 2005, citado en F. Eguiguren Praeli, «El amparo...», p. 67 y 85.

El caso ecuatoriano

Una vez analizadas las distintas restricciones existentes en jurisdicciones constitucionales como la argentina, colombiana y peruana, resulta procedente pasar al análisis de la acción de protección en Ecuador y determinar la conveniencia de convertirla en una garantía jurisdiccional de carácter residual y subsidiaria. Antes que nada resulta importante mencionar que la figura de una garantía de derechos humanos residual y subsidiaria no es un tema novedoso en el ámbito ecuatoriano. En efecto, tal como se dijo en el capítulo I del presente estudio, previa la codificación de la Constitución Política de 1998, dentro de los presupuestos de procedibilidad del amparo, se establecía que el acto violatorio de derechos constitucionales pueda causar daño inminente a mas de grave e irreparable. La irreparabilidad del daño implicaba que de existir otras vías de impugnación más o menos eficientes o, si estas no se habían agotado, el amparo era improcedente.⁹² De esa forma el amparo constitucional ecuatoriano quedaba supeditado al agotamiento de los recursos existentes en sede judicial o administrativa.

Debe recordarse que desde ese entonces la acción de amparo fue de naturaleza cautelar, por tanto, a pesar de que no podía revisar el fondo de un asunto controvertido era necesario que se activen previamente otros procesos de conocimiento. Aquello, lejos de evitar un congestionamiento o una catarata de amparos en palabras de Sagüés, trajo como consecuencia el primer proceso de ordinarización de la acción de amparo ecuatoriana. Y es que el amparo fue asimilado a una especie de recurso revisor de asuntos administrativos, que evidentemente no revestían en su gran mayoría, violaciones a derechos primarios o fundamentales.

Por esas razones, en la codificación constitucional de 1998, se suprimió el elemento de *irreparabilidad* de los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo. Así, la acción de amparo constitucional, de conformidad al art. 95 de la Constitución Política de 1998 no fue más una garantía de naturaleza residual y subsidiaria. Para muchos la eliminación del carácter residual del amparo en 1998 fue el hecho generador de su abuso y desnaturalización. Lo cierto es que a ello se sumó la ineficiente labor de los distintos jueces constitucionales, quienes a partir de jurisprudencias exentas de argumentación jurídica, como se demostró en el capítulo precedente, no consolidaron la verdadera naturaleza de la acción de amparo, esto es garantía de derechos constitucionales y no ordinarios o secundarios. De esa forma el amparo se convirtió en una garantía constitucional de derechos patrimoniales y de manera general suplantó a la justicia ordinaria.

92. Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, art. 31.

Si bien es cierto que las acciones de amparo constitucional y protección no guardan mayor similitud, menos aún respecto a su naturaleza, mal haría el legislador en hacer uso de un criterio regresivo, proscrito por la Constitución y retomar la restricción residual de la acción de amparo.⁹³ Con esto no quiero decir que la acción de protección no deba ser regulada, su naturaleza, su extenso ámbito de protección, tornan necesario el establecimiento de filtros o diques que eviten su desnaturalización, pero no de manera restrictiva sino proporcional.

La restricción de índole legal atinente al proceso de amparo peruano guarda muchas semejanzas con la realidad que experimenta en la actualidad la acción de protección en Ecuador. Bajo el mismo esquema, utilizado a lo largo del análisis precedente, resulta necesario determinar en primera instancia cuál es la regulación constitucional de la acción de protección ecuatoriana.

Artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador: La acción de protección tendrá por objeto *el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución*, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.⁹⁴ [Énfasis añadido].

A simple vista resulta claro que el objeto esencial de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. Aquello presupone que no se trata de una garantía excepcional, residual, subsidiaria heroica como sí lo son las garantías de derechos humanos en Argentina, Colombia y Perú. Y es que la acción de protección está íntimamente conectada al amparo de derechos constitucionales y no de orden legal u ordinarios. Bajo esos parámetros resulta innecesario someter al afectado al agotamiento de recursos judiciales o administrativos. Cada proceso tiene su

93. «Al efecto, la Resolución No. 1 de la Corte Suprema de Justicia residualizaba la acción de amparo al establecer que esta garantía no procede en los casos en que, de manera anterior o simultánea, el accionante haya interpuesto, para hacer valer sus derechos, otra clase de acción distinta a la del amparo (artículo 2 letra e). En la resolución No. 2 se modifica el texto, señalando que no procede el amparo cuando «» de manera anterior o simultánea, el accionante haya interpuesto, para hacer valer sus derechos, otra acción de amparo, salvo que la anterior haya sido in admitida por defecto de forma (art. 2, letra e), con lo que se corrigió el error y se reforzó el carácter no residual del amparo», citado en R. Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 170.

94. Constitución de la República del Ecuador, art. 88.

propia naturaleza, su propio ámbito de protección, su propio fin, y es deber de la justicia constitucional y ordinaria determinar a partir de sus fallos las circunstancias bajo las cuales cada una de ellas debe operar.

Debe resaltarse que, en la actualidad, Ecuador atraviesa por un proceso de transición en el que se procura establecer el nuevo marco jurídico que regule o desarrolle a la nueva Constitución de la República. Bajo esa circunstancia, no se cuenta aún con una Ley de Garantías o de Control Constitucional que regule las distintas garantías jurisdiccionales previstas en la Carta Fundamental. Por esa razón, el pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición, con el fin de evitar una nueva acefalía constitucional elaboró las denominadas «Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición». Esto con el fin de atender la activación de las nuevas garantías previstas en la Constitución de la República. Dichas reglas, a pesar de ser transitorias hasta que la Asamblea Nacional dicte la nueva ley, han regulado y en otros casos restringido varios preceptos constitucionales. Así, a pesar de la claridad de la disposición constitucional prevista en el art. 88 de la Constitución de la República y, de la cautela con la cual se debe regular a una garantía de derechos humanos, la Corte Constitucional para el Período de Transición, vía resolución, señaló lo siguiente: «Artículo 43 numeral 3. Principio de aplicación de las garantías jurisdiccionales.- No subsidiariedad.- No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».⁹⁵

Dos elementos se destacan a partir de esta disposición, el primero confirma la influencia constitucional colombiana en el ámbito ecuatoriano, toda vez que se trata de una trascripción de una parte del inciso tercero del art. 86 de la Constitución de la República de Colombia y que fue analizado previamente: «Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, *salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*».⁹⁶

Segundo, se constata que mientras la titulación del num. 3 del art. 43 de las Reglas de Procedimiento hace referencia a «no subsidiariedad», el contenido del mismo evidencia que se trata de acciones «subsidiarias» que no proceden en reemplazo de las vías judiciales ordinarias, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Debe resaltarse que la residualización de la acción de tutela colombiana es de fuente

95. Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, art. 43, num. 3, en RO No. 466 de 13 de noviembre de 2008.

96. Constitución de la República de Colombia, art. 86, inc. tercero. (Énfasis añadido).

constitucional, mientras que en el caso ecuatoriano, el mismo texto y por tanto la misma restricción, tiene rango de resolución.

Por otro lado, las mismas Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, en el art. 50 establecen una serie de causales que convierten en improcedente a la acción de protección:

- Improcedencia de la acción.- La acción de protección no procede:
- a) Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa.
 - b) Cuando la indemnización de perjuicios sea la pretensión principal, siempre que esta no sea la única alternativa para la representación integral.
 - c) Cuando se trate de una interposición abusiva, temeraria, maliciosa o fraudulenta de la acción de protección.
 - d) En caso de duda respecto al agotamiento o no de las acciones ordinarias, se admitirá a trámite la demanda de protección, sin perjuicio de las eventuales sanciones por la interposición abusiva o temeraria de la acción; y
 - e) Cuando se trate de providencias judiciales.⁹⁷

En el caso del literal a del artículo en mención, puede sostenerse que se trata de una *mera regulación*, toda vez que el art. 88 de la Constitución de la República tiene como objeto la protección directa y eficaz de derechos constitucionales, lo que implica que no procede la misma con respecto a derechos ordinarios o patrimoniales. Con respecto al literal b, *se ha restringido* la procedencia de la acción a un tema que no encuentra asidero en el art. 88 de la Constitución, esto es cuando la pretensión principal esté encaminada a la indemnización de perjuicios.

Debe recordarse que uno de los cambios sustanciales que trae consigo la nueva Constitución de la República desde el punto de vista de las garantías es la reparación integral (art. 86), lo que involucra medidas materiales (dentro de la cual procedería una reparación pecuniaria como perjuicios) e inmateriales, positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial.

El punto central en una acción de protección de conformidad con el art. 88 de la Carta Fundamental es la verificación de una «vulneración de derechos constitucionales», por lo que no puede establecerse a priori una restricción tan general que elimine de inicio la posibilidad de obtener una reparación pecuniaria. Solo a partir del análisis particular de cada caso podrá colegirse cuál es la forma o mecanismo adecuado para la reparación del derecho constitucional

97. Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, art. 50, RO No. 466 de 13 de noviembre de 2008.

vulnerado. Así pueden haber casos en que no sea necesaria una indemnización para reparar las consecuencias de una violación de derechos, pero en otros, una indemnización podría ser la mejor forma o quizás la única de reparar integralmente el derecho conculcado.

Debe quedar constancia de que ante la lógica del paradigma constitucional de derechos y justicia, el papel del juez no es mecánico, se trata de un juez activo y, por tanto, cualquier regulación de índole legal que restrinja el ámbito de su actuación sería atentatoria al art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador. En cuanto al literal c, no reviste mayor problema, en este caso sí es una *regulación* importante para evitar el abuso de la acción de protección. Respecto al literal d, nuevamente estamos ante una *restricción inconstitucional* al art. 88 de la Constitución, pues presupone la necesidad de agotar las acciones ordinarias para la procedencia de la acción, sin especificar su naturaleza (jurisdiccional u ordinaria). No obstante, resulta claro que dicha disposición no podría referirse a acciones ordinarias de tipo judicial pues la acción de protección no cabe frente a decisiones judiciales conforme prevén los art. 94 y 437 de la Constitución de la República. Siendo así, se concluye que la normativa citada ha condicionado a la garantía al agotamiento previo de una vía ordinaria de tipo administrativo. Finalmente, el lit. e, del art. 51 guarda armonía con el art. 88 constitucional y con el principio de interpretación sistemática de la Constitución, toda vez que para la revisión de providencias judiciales existe la acción extraordinaria de protección prevista en el art. 94 de la Carta Fundamental.

Por consiguiente, no solo que las Reglas de Procedimiento incurren en inconstitucionalidad al restringir una garantía jurisdiccional vía resolución, sino que incluso desatienden una serie de principios constitucionales previstos en la Carta Fundamental. En efecto, como es sabido, la Constitución debe ser interpretada como un todo, es decir tomando en cuenta sus reglas, principios y valores cualquier ejercicio hermenéutico debe evitar que la aplicación de un precepto constitucional prive de eficacia a otro. Así, por ejemplo, con la restricción efectuada respecto a la acción de protección no solo que se vulneró el art. 88, sino también los art. 1 y 11, num. 4, de la Constitución de la República que contiene el modelo de Estado que rige al Ecuador y la prohibición expresa de restringir las garantías a partir de una norma.

Bajo el paradigma del Estado constitucional de derechos el papel del juez es activista, no mecánico y por tanto cualquier regulación debe propender a dotarlo de un campo de acción en el cual pueda maniobrar, solo así, caso a caso, de manera constitucional y proporcional, podrá regular la naturaleza y efectos de la acción de protección.

Por otro lado, la denominación de Estado de derechos no es gratuita, el papel de los derechos y las garantías resulta ser preponderante. En concor-

dancia con ello, la Constitución prevé una serie de principios de aplicación de derechos; entre ellos los siguientes:

«Artículo 10, numeral 3: Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley». En el caso concreto, se han establecido requisitos no establecidos en la Constitución ni en ninguna ley, la regulación efectuada por la Corte Constitucional para el Período de Transición fue realizada vía resolución y en franca contradicción con la Constitución de la República.

«Artículo 10, numeral 5: En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia». Es evidente que una interpretación restrictiva vía resolución, como sucede en el caso concreto, ha desnaturalizado y trastornado la acción de protección.

Artículo 10, numeral 8: El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. [Énfasis añadido].

De la misma forma como sucedió en el caso peruano, en lo atinente a las objeciones de inconstitucionalidad del art. 5 del Código Procesal Constitucional, en el caso ecuatoriano el uso de las garantías consagradas constitucionalmente constituyen –en sí mismas– un derecho fundamental, y por tanto su restricción desproporcionada termina por lesionar el ejercicio de derechos constitucionales.

«Artículo 10, numeral 9: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución». Insisto, la Constitución de la República no puede ser interpretada de manera asistemática, pues los efectos que generará serán siempre negativos e inconstitucionales.

«Artículo 11, numeral 4: *Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías.*» [Énfasis añadido].

Han quedado en evidencia la serie de restricciones desproporcionales que contienen las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, y precisamente por ello será necesario que la nueva Ley de Garantías y Control Constitucional, no reproduzca los mismos errores. También se ha demostrado que, desde el punto de vista del garantismo, una restricción de esta naturaleza que convierta a la acción de protección en residual sería ampliamente atentatoria a una serie de principios constitucionales. Si el art. 88 de la Constitución de la República no hace alusión expresa a elementos como «irreparabilidad», «agotamiento de vías

judiciales ordinarias», «medios efectivos más idóneos o eficaces», mal puede una ley, peor aún una resolución, implementar una restricción de esa naturaleza, que desde todo punto de vista deviene en inconstitucional y desproporcionada.

El principio de proporcionalidad, técnica de interpretación inherente al paradigma del Estado constitucional, no solo debe ser atendido por parte de los órganos jurisdiccionales sino también por parte del legislador. En ese sentido, debe utilizarse el medio adecuado para cumplir un fin constitucionalmente válido y justo. Si el medio es la restricción en el acceso a una garantía, y el fin evitar la ordinarización de la acción de protección, no se justifica racionalmente dicha medida. El legislador debe procurar aplicar un medio idóneo que no contravenga la naturaleza de la garantía y menos aún la voluntad del constituyente plasmada en la Carta Fundamental. El reconocimiento de nuevos derechos y garantías a lo largo de la Constitución vigente no hace más que demostrar que las garantías y los derechos deben ser desarrollados y jamás menoscabados o restringidos. Así, el medio a utilizarse por el legislador debe ser meramente regulativo-proporcional, y jamás restrictivo o regresivo.

La naturaleza residual-restrictiva de una garantía constitucional guarda plena concordancia con el modelo de Estado liberal de derecho marcado por la existencia de métodos interpretativos subsuntivos que, más allá de propender al activismo judicial, mantiene al juez constitucional como boca de la ley. De esa forma el juez debe limitarse a aplicar la norma y restringir o declarar inadmisibles todos aquellos amparos que no hayan agotado las vías judiciales o administrativas. Aquello si bien evitaría una «catarata de amparos», también puede lograr resultados catastróficos desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 76 de la Constitución de la República. El establecimiento de una regla legislativa de tipo residual genera como riesgo inminente que las/os juzgadores desvíen su principal labor dentro de una acción de protección, la verificación de vulneraciones a derechos constitucionales. Es decir, la connotación de un amparo residual resulta ser una auténtica solución de forma que de inicio evita un congestionamiento, pero que a la larga no ataca ni resuelve el problema de fondo; todo lo contrario, lo recrudece, genera como resultado un juez exegético, mecánico, que puede convertirse en cómplice de violaciones a derechos fundamentales. Las soluciones o filtros de fondo deben propender a incentivar al juez a inmiscuirse en el problema y determinar según sea el caso, con el uso de una adecuada argumentación jurídica y con métodos de interpretación constitucional, si proceden o no las acciones que llegan a su conocimiento. Por esas razones, la residualidad no es el mecanismo adecuado para solucionar un problema de fondo que ha aquejado a las garantías de derechos fundamentales no solo en Ecuador, sino en toda Latinoamérica. La ordinarización debe ser atacada de raíz y por ello es necesaria la implementación de filtros o diques, pero constitucionalmente válidos y compatibles con una

nueva realidad constitucional, con un nuevo modelo de Estado caracterizado no solo por la presencia de derechos, sino por su exigibilidad y eficacia.

Es así que cualquier restricción de tipo residual debe ser desechada de inicio, debe procurarse implementar regulaciones adecuadas inherentes al Estado constitucional de derechos y justicia. No solo que una restricción de fuente legal-residual resultaría atentatoria a la Constitución, sino que incluso un cambio constitucional que pretenda incorporar un filtro de residualidad devendría en un incumplimiento a las obligaciones adquiridas internacionalmente por el Estado ecuatoriano en la protección y garantía de los derechos humanos. Dentro de una democracia constitucional no podemos referirnos a un poder constituyente originario fundacional, menos aún ilimitado, siempre encontrará un límite en los derechos y garantías constitucionales de las personas y en la prohibición de regresividad.

Para concluir, es oportuno referirse a las palabras de Néstor Pedro Sagüés con relación a la residualidad del amparo y que sintetizan en gran medida lo expuesto previamente: «Se desnaturaliza tanto al Amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándolo siempre, arguyendo que hay vías judiciales o administrativas para el caso litigioso».⁹⁸

Garantía de derechos constitucionales y no ordinarios

Filtro de fondo

Como se demostró en líneas anteriores la restricción de una garantía de derechos fundamentales no es el remedio adecuado para combatir la ordinarización. Por ello la búsqueda de filtros de fondo «sobre todo constitucionales», que eviten una desnaturalización y abuso de la acción de protección es una necesidad. Bajo esos parámetros, partiendo del sentido que buscó atribuir el constituyente a la acción de protección contemplada en el art. 88 de la Constitución, deben encontrarse filtros regulativos que desarrollen su contenido y que por sobre todo revaloricen el papel activo del juez en su manejo y sustanciación. En definitiva, se trata de asumir el papel de la jurisprudencia constitucional como auténtica fuente del derecho ecuatoriano.

El art. 88 de la Constitución en la parte pertinente señala: «La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz *de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución*, y podrá interponerse cuando exista

98. Néstor Pedro Sagüés, «El derecho de amparo en Argentina», en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *El derecho de amparo en el mundo*, t. 3, México DF, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México / Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 176.

una vulneración de derechos constitucionales» (énfasis añadido). A partir de ello resulta claro que la protección que brinda esta garantía jurisdiccional no cubre violaciones a derechos de índole legal u ordinarios. Así es perfectamente posible y constitucional que a través de ley o jurisprudencia, se regule la procedencia –y no admisión por tratarse de un filtro de fondo– de la acción de protección respecto a la constatación de violaciones a derechos fundamentales. Dicha regulación se torna necesaria tomando en cuenta que muchas veces a pesar de contar con redacciones tan claras como la prevista en el art. 88 los jueces constitucionales han desviado su protección a derechos legales, perfectamente atendibles en la jurisdicción ordinaria. Un ejemplo claro de ello es lo sucedido con la acción de amparo constitucional, que a pesar de haber sido también una garantía de derechos constitucionales terminó equiparándose por obra de la jurisprudencia a una garantía inherente a la jurisdicción ordinaria.⁹⁹

Para evitar tan grave desnaturalización y ordinarización de la cual fue objeto la acción de amparo constitucional es trascendental atacar el conflicto desde el ámbito cultural. Se trata de dotar a juezas y jueces constitucionales de conocimientos y herramientas que les permita identificar cuándo un derecho puede ser considerado como fundamental, y por tanto, impugnabile vía acción de protección; y cuándo el derecho es ordinario e inherente a la jurisdicción ordinaria.

Bajo la lógica del Estado liberal de derecho, modelo de Estado que rigió al Ecuador durante muchos años, las garantías respondían esencialmente a derechos relacionados con la propiedad y la autonomía de la voluntad, más conocidos como derechos patrimoniales, reales u ordinarios. Por el contrario, en el Estado constitucional de derechos las garantías centran su atención en la protección y justiciabilidad de derechos fundamentales o constitucionales, sin que esto quiera decir que aquellos derechos patrimoniales o reales no cuenten con mecanismos jurisdiccionales de protección, todo lo contrario, existen las vías judiciales ordinarias para su tutela. Sostener lo contrario en nombre del garantismo involucraría la eliminación del aparato de justicia ordinaria y el conocimiento de cualquier tipo de litigio en sede constitucional. Luigi Ferrajoli

99. A. Valle Franco, *op. cit.*, p. 37-38, «Muestra de 455 acciones de amparo apeladas ante el Tribunal Constitucional entre 1997 y 2004, provenientes de una base de datos de un total de 6.399 expedientes, con un margen de error mínimo del 10%. Porcentualmente los conflictos laborales de los funcionarios públicos son el objeto de apelación de amparo ante el Tribunal Constitucional llegan al 36,36% a dicha variable la hemos denominado de carácter administrativo. El segundo lugar, en las acciones de amparo interpuestas corresponden a violaciones a derechos económicos con el 27,4%; en tercer lugar recién encontramos a los derechos sociales con el 22,29%, y en cuarto puesto los derechos civiles con el 9,23%. Por su lado, sumando los derechos colectivos y difusos no llegan al 2% de los casos analizados, dicha cifra es consecuencia con el número de legitimarios activos pertenecientes a organizaciones no gubernamentales e indígenas que suman el 1,72%».

en alusión al tema plantea cuatro distinciones claves entre derechos fundamentales o constitucionales¹⁰⁰ y patrimoniales.

1. Los derechos fundamentales y los derechos civiles incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y sociales, son derechos universales, en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares. Por el contrario, los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito– son derechos singulares, puesto que para cada uno de ellos existe un titular determinado que excluye a todos los demás.
2. Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. Por su parte, los derechos patrimoniales, inherentes a la propiedad privada y a los derechos de crédito, son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. Los derechos patrimoniales, al contar con un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian, se venden. En cambio, no se consumen y tampoco pueden venderse el derecho a la vida, los derechos a la integridad personal o los derechos civiles y políticos.
3. Con respecto a su estructura, los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea conferidos por medio de reglas generales de rango habitualmente constitucional y, basadas en la naturaleza humana. Su contenido se plasma en normas téticas, que imponen directa e inmediatamente situaciones sin condiciones. Los derechos patrimoniales tienen por título actos de tipo comercial o, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen. Su contenido está previsto en normas hipotéticas, por lo que no adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino simplemente predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas. (Entran aquí no solo las normas del Código Civil que predisponen derechos patrimoniales, sino también las que predisponen obligaciones civiles como efectos de actos negociables).

Finalmente, Ferrajoli identifica a los derechos fundamentales o constitucionales como verticales, toda vez que presuponen una relación jerárquica de poder, mientras que los derechos patrimoniales u ordinarios, son horizontales, entre personas que tienen igual estatus jurídico o capacidad. Las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de los derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista-contractual, sucesorio y similares, mien-

100. Constitución de la República del Ecuador, art. 11, num. 6.

tras que entre los titulares de derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea del individuo frente al Estado.¹⁰¹

Una distinción como la efectuada por Ferrajoli lejos de ser una restricción a la garantía, desarrolla didácticamente el contenido del art. 88 de la Constitución. Más aún, aporta significativamente a la labor del juez constitucional, cada vez que llegue a su conocimiento una acción de protección. En caso de constatar que el derecho acusado de violación reúne las características, presupuestos o estructura de un derecho fundamental –constitucional– primario, será plenamente procedente la acción de protección. Con la implementación legal y jurisprudencial de una regulación de esta naturaleza se aportará ostensiblemente al paradigma del Estado constitucional y contribuirá con el rol que el juez constitucional debe desempeñar, es decir, activista y creador de derecho.

Por su parte, cuando el juez constitucional detecte que el derecho acusado de violación es de naturaleza patrimonial –ordinario– secundario, deberá dejar a salvo los derechos de los accionantes y señalarles la vía ordinaria adecuada para satisfacer su pretensión, verificando para ello que no haya operado la caducidad en la vía ordinaria. Como se puede constatar un filtro de fondo que ataca el problema de ordinarización de raíz como el presente, genera necesariamente el involucramiento del juez constitucional; de esa forma, se evitará la existencia de jueces aplicadores de reglas y no se sacrificará la justicia por un requisito formal, exegético (ejemplo residualidad) e inherente a un Estado liberal de derecho en el que la ley era la máxima expresión y los contenidos axiológicos y sustanciales pasaban a un segundo plano. De esta forma, la interpretación y la argumentación jurídica pasarán a ser piezas claves y preponderantes en la construcción de una verdadera garantía de derechos constitucionales.

El núcleo o contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental

Filtro de fondo

Como complemento del primer filtro de fondo «AP: Garantía de derechos constitucionales y no reales», se ha identificado un segundo que ha sido utilizado por jurisdicciones constitucionales comparadas como la peruana. Se trata del «núcleo o contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental». Si bien es cierto, que el Código Procesal Constitucional pe-

101. Luigi Ferrajoli, «Derechos fundamentales y derechos patrimoniales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 30-35.

ruano en el art. 5 establece filtros restrictivos e inconstitucionales como la residualidad y subsidiariedad del proceso de amparo, es un deber destacar la presencia de otros –regulativos– que desde todo punto de vista aportan a la argumentación jurídica y al papel activo del juez constitucional.

Para poder comprender el contenido de este filtro es necesario hacer alusión previamente al denominado «núcleo esencial de los derechos fundamentales»; la Corte Constitucional colombiana ha definido al mismo como:

un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de las coyunturas o ideas políticas. El concepto de «contenido esencial» es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan.¹⁰²

Por otro lado, Luis Prieto Sanchís, establece:

el contenido esencial es una parte del derecho fundamental, aquella parte que resulta definitoria o identificadora del significado que un derecho tiene en nuestra cultura jurídica, y cuyo sacrificio lo desnaturalizaría por así decirlo. Esta es la llamada teoría absoluta, sostenida por gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia; en todo derecho –viene a decir– existe un núcleo duro indisponible que no puede ser restringido en ningún caso, ni siquiera cuando hubiese buenas razones para hacerlo.¹⁰³

De manera general, la teoría del núcleo esencial del derecho fundamental ha sido dirigida concretamente al legislador con el objeto de evitar restricciones o limitaciones injustificadas a aquel segmento o parte dura que sostiene la esencia del derecho fundamental. No obstante, el núcleo esencial del derecho resulta igualmente importante para la administración de justicia, concretamente para el juez constitucional. En efecto, el operador judicial a partir de la activación de una garantía debe concentrar su análisis en la protección de aquel núcleo del derecho constitucional o fundamental.

Para ejemplificar lo dicho, consideremos que la estructura del derecho fundamental es la de un huevo frito. Mientras la clara o periferia contiene una serie de componentes de la totalidad del derecho, que no resultan vitales para

102. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-406-92.

103. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 232.

su existencia, existe un núcleo ejemplificado en la yema del huevo, del cual depende la subsistencia del mismo. Así, en los casos que lleguen a conocimiento del juez constitucional deberá constatar que las condiciones del caso concreto no afecten a ese núcleo esencial del derecho constitucional, y en caso de que eso suceda, debe activar inmediatamente la protección del mismo, declarando la procedencia de la acción de protección.

Por el contrario, si en el caso concreto el juez detecta que las pretensiones de los accionantes están encaminadas a la protección de la periferia del derecho (clara) o, de circunstancias accesorias a la supervivencia del núcleo esencial, deberá desechar vía sentencia la acción de protección planteada. Y es que aquellos ámbitos del derecho que no revistan peligro para el núcleo pueden ser perfectamente atendibles o impugnados a través de un proceso ordinario. La tutela sumaria y expedita, que brinda la acción de protección en los términos de los art. 86 y 88 de la Constitución de la República, está dirigida a proteger de manera emergente y en un plazo de tiempo reducido aquel núcleo esencial de un derecho constitucional vulnerado, aquel segmento del derecho que no puede quedar supeditado a plazos o términos extensos y a un proceso cargado de formalidades como cualquiera inherente a la justicia ordinaria. En caso de que eso suceda el derecho constitucional corre el grave riesgo de desaparecer.

Así las cosas, es procedente corroborar como se ha aplicado la teoría del núcleo esencial en la jurisprudencia constitucional comparada. En el caso peruano, por ejemplo, Francisco Eguiguren Praeli señala:

Dado el carácter de norma suprema que corresponde a la Constitución, es frecuente y natural que cuando ella establece los derechos fundamentales que reconoce los mencione de manera algo general, de modo que queda la precisión de su contenido y alcances concretos sujetos al desarrollo e interpretación de la ley y la jurisprudencia. Pero esta imprecisión constitucional del contenido específico del derecho fundamental ha incidido en que una de las principales distorsiones producidas en la indebida utilización del proceso de amparo en el Perú, haya sido instrumentarlo para pretensiones que no se referían en rigor, a los aspectos constitucionalmente protegidos o relevantes del derecho invocado.¹⁰⁴

En atención a la ambigüedad de la disposición constitucional que rige al proceso de amparo en Perú (art. 200), los art. 5, num. 1 y, 38 del Código Procesal constitucional peruano, parten de la referencia constitucional «derechos reconocidos en la Constitución», y regulan la procedencia del amparo respecto

104. Francisco Eguiguren Praeli, «Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso. ¿Cabe un amparo amplio contra otro amparo?», en *Estudios constitucionales*, Lima, ARA, 2002, p. 219-220.

al núcleo esencial o constitucionalmente protegido del derecho constitucional. Se trata, como señala el doctrinario peruano Rodríguez Santander:

De una especificación legislativa de un presupuesto proyectado desde el propio Art. 200 de la Constitución, y que consiste en reconocer que aquellos se encuentran orientados a proteger derechos reconocidos de manera directa (explícita o implícitamente) por la Norma Fundamental y no en derechos de origen legal, que mas allá del agrado de relación que puedan ostentar con un derecho constitucional, no se encuentran referidos a su contenido constitucionalmente protegido.¹⁰⁵

Francisco Eguiguren confirma el argumento planteado con anterioridad, es decir que siendo el amparo un proceso de carácter constitucional destinado a la tutela de urgencia de un derecho constitucional, se requiere evitar que se lleve a esta vía a asuntos ajenos al contenido relevante y esencial constitucionalmente protegido del derecho invocado, los que pueden resolverse por las vías judiciales ordinarias. La determinación y delimitación del contenido constitucional de un derecho o su núcleo, debe ser identificado por el juez constitucional en el caso concreto, antes de declarar la procedencia de la garantía constitucional planteada. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú, vía sentencia de 8 de julio de 2005 y contenida en el expediente 1417-2005-AA-TC, señaló que «todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume». Asimismo, señaló que «la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce».

El contenido esencial de un derecho fundamental o constitucional es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático del conjunto de bienes constitucionales en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. Por estas razones en la ponderación que se utilice para determinar la validez de tales límites cumplen un rol trascendental los principios de interpretación sistemática de la Constitución y de concordancia práctica.

Siempre resultará mejor referirse a ejemplos prácticos para constatar cómo se ha manejado en el ámbito jurisprudencial la teoría del núcleo esen-

105. R. Rodríguez Santander, *op. cit.*, p. 99.

cial o contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. En síntesis y como referencia, el Tribunal Constitucional peruano determinó que el derecho a percibir una pensión es un derecho fundamental cuyo desarrollo y configuración están sometidos a la ley, aunque no todo lo establecido en dicha ley forma parte de su contenido constitucional.¹⁰⁶ El establecimiento de un filtro de fondo –regulativo como la determinación del contenido o núcleo constitucionalmente protegido de un derecho fundamental o constitucional (como presupuesto de procedibilidad de la acción de protección), resulta ser ampliamente más conveniente que una restricción– subsuntiva de tipo legal (residualidad). Sin duda se trata de un filtro dirigido directamente a la actividad del juez constitucional, por lo que lo obligará a inmiscuirse en el caso concreto y a utilizar técnicas de interpretación inherentes al paradigma del Estado constitucional para identificar la existencia de aquel segmento esencial del derecho acusado de violación. Adicionalmente, un filtro de esta naturaleza (regulativo), puede insertarse fácilmente en el ordenamiento jurídico a partir de ley o incluso vía jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por otro lado incentivará principalmente a los abogados –cuando sea el caso– a identificar y argumentar claramente en sus peticiones o demandas una manifiesta violación a derechos constitucionales y a su núcleo esencial. No bastará una simple transcripción de derechos constitucionales presuntamente violados (como sucedió con la acción de amparo constitucional) para justificar su procedencia.

La constatación de una manifiesta violación a derechos constitucionales y la actuación de pruebas en una garantía constitucional sumaria y expedita

Filtro de fondo

Finalmente, más allá de proponer un último filtro regulativo de fondo, también se pondrá en evidencia una clara contradicción existente en la Constitución de la República y que puede aportar significativamente a un proceso de ordinarización. Como se mencionó en el primer capítulo de este estudio la acción de protección, a diferencia de la antigua acción de amparo constitucional, resulta ser una acción de conocimiento, ampliamente protectora, reparatoria y excepcionalmente cautelar. Por ello, se justificó la necesidad de implementar filtros o diques que delimiten los presupuestos bajo los cuales puede operar. Y es que una garantía tan amplia, a pesar de su idoneidad para la protección

106. Tribunal Constitucional de la República del Perú, Sentencias 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI, en F. Eguiguren Praeli, «El amparo ...», p. 67 y 85.

emergente de derechos constitucionales, no puede consentir que cuente con elementos semejantes a un proceso inherente a la justicia ordinaria. Un claro ejemplo de ello es aquel elemento contemplado el num. 3 del art. 86 de la Constitución de la República: «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*» [Énfasis añadido].

Por otro lado en evidente contradicción a lo dicho, el mismo art. 86, num. 2, literales a y e señalan lo siguiente: «a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias [...] e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho».

En efecto, mientras por un lado la Constitución de la República atribuye a la acción de protección un carácter sumario, libre de formalidades, sumario y procedente respecto a la *vulneración* de derechos constitucionales o fundamentales, por otro se confiere al juez constitucional la facultad de actuar o practicar pruebas para constatar si efectivamente existió dicha violación. Resulta ilógico que si la acción de protección procede cuando existe una vulneración, no amenazas ni presuntas violaciones, se abra un período de prueba dentro de una garantía tan sumaria y expedita. En el evento de que no sea clara o manifiesta la vulneración a un derecho fundamental y si para demostrar aquello se requiere la práctica de pruebas, pues es perfectamente idóneo acudir a la jurisdicción ordinaria. Debe quedar en claro que no se trata de una restricción o de convertir a la acción de protección en residual, por el contrario se trata de desarrollar y consolidar su propia naturaleza, esto es delimitar su procedencia respecto a vulneraciones comprobadas de derechos constitucionales o fundamentales.

El establecimiento de un filtro de esta naturaleza no resulta una novedad en el derecho comparado y sus resultados han logrado evitar en gran medida el tan nombrado proceso de ordinarización de las garantías constitucionales de derechos humanos. El fundamento o la esencia de este filtro maneja dos conceptos en concreto, por un lado *idoneidad* y, por otro, la *eficacia del medio* o mecanismo por medio del cual se pretende proteger el derecho acusado de vulneración.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que un medio es idóneo *cuando en la práctica, este es el camino adecuado para el logro de lo que se pretende*.¹⁰⁷ Por su parte, ha sostenido que la eficacia, se debe valorar *si el medio existente es adecuado para proteger instantánea y objetivamente el derecho que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por*

107. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-999/03; T-847/03.

*virtud de una acción u omisión de una autoridad pública o particulares en los casos señalados en la ley.*¹⁰⁸

Es importante mencionar que si bien los conceptos de idoneidad y eficacia en el caso colombiano responden directamente al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, en el caso ecuatoriano pueden ser perfectamente aplicados por parte del operador judicial en cada uno de los casos que llegue a su conocimiento. En efecto, si el juez constitucional constata en el proceso que no resulta clara y manifiesta la vulneración a un derecho constitucional deberá establecer en su fallo que la acción de protección no es el mecanismo idóneo y eficaz para su pretensión. Si el accionante requiere de una etapa probatoria para comprobar la vulneración a un derecho constitucional su pretensión será satisfecha de mejor manera en un proceso ordinario.

En ese sentido en el Código Procesal Constitucional del Perú, se precisa: «Cada proceso tiene una racionalidad y una naturaleza propia, a ser precisadas y reguladas por la ley procesal. En consecuencia, el empleo de un determinado proceso no puede quedar librado a la mera elección discrecional del demandante, sobre todo cuando dicha libertad de opción genera efectos contraproducentes para la tutela urgente de los derechos constitucionales».¹⁰⁹

Lo dicho, es confirmado por Eguiguren Praeli, quien señala:

puede ocurrir que nos encontremos ante un derecho constitucional amenazado o vulnerado, incluso en su contenido constitucionalmente protegido, a pesar de lo cual el amparo no resulte ser la vía adecuada o más idónea para dilucidarlo, por tratarse de un asunto complejo cuya resolución requiere de mayor debate judicial o probanza. Así, si el demandante escogió la vía del amparo, ello le resultará perjudicial, pues su pretensión será a la postre desestimada, dado que no podrá acreditar la afectación de su derecho sin el concurso de una etapa probatoria o de debates técnicos engorrosos, impropios e inexistentes en materia de un proceso constitucional de tutela de urgencia como el amparo, conforme lo estipula el artículo 9 del Código Procesal Constitucional.

En el caso peruano, el art. 9 del Código Procesal Constitucional establece de manera expresa que «en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso».¹¹⁰ Dicha regulación constitucional, bajo los parámetros establecidos en la Constitución,

108. *Ibid.*, Sentencia T-106/93; T-480/93; T-847/03.

109. Código Procesal Constitucional de la República del Perú. Exposición de motivos.

110. Código Procesal Constitucional de la República del Perú, art. 9.

es plenamente procedente y consolida la naturaleza sumaria y preferente de la acción de protección.

Lo que no se puede consentir es que en cumplimiento al num. 3 del art. 86 de la Constitución de la República, es decir, la posibilidad de ordenar la práctica de pruebas, se efectúen interpretaciones que desde todo punto de vista ordinarizan y desnaturalizan a la acción de protección. Un ejemplo de ello son los literales c y d de las Reglas de Procedimiento emitidas por la Corte Constitucional para el Período de Transición:

Artículo 43 literales c) y d).- De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 numeral 3 de la Constitución, la jueza o juez podrá disponer la práctica de pruebas o la realización de cualquier otra diligencia que considere indispensable para su decisión. La práctica de pruebas *se sujetará a los principios de contradicción, oportunidad, pertinencia e interculturalidad, siendo además aplicables para el efecto las reglas y principios generales de la prueba y su valoración.* [Énfasis añadido].

A partir de la disposición transcrita resulta preocupante que la práctica de pruebas en una acción de protección deba someterse a las reglas y principios generales de la prueba y su valoración. En definitiva se trata de una remisión a las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, lo que eminentemente convertirá a la acción de protección en un auténtico proceso ordinario. Es decir, sumado a la amplitud en el ámbito de protección de esta garantía jurisdiccional (proceso de conocimiento, ampliamente reparatorio), que fue identificada como una de las principales causas de un posible proceso de ordinarización, la facultad prevista en el art. 86, num. 3 (en los términos previstos en el art. 43, literales c) y d) de las Reglas de Procedimiento), recrudece el conflicto y definitivamente convierte a la acción de protección en un proceso atractivo para resolver asuntos que deben ser conocidos por la justicia ordinaria. Sustentando lo dicho el Tribunal Constitucional peruano ha señalado:

De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. No. 2526-2003-AA), se ha establecido que el Amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no puede dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto a la actuación y valoración de la prueba, que entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, do-

cumentos, peritajes y especialmente, las pruebas de oficio. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que, si vía amparo se autoriza la actuación de pruebas, terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario.¹¹¹

En razón de lo expuesto se confirma que la inserción de un filtro regulativo de fondo, necesario para evitar que la práctica de pruebas contribuya aún más al peligro de ordinarización, no implica la necesidad de una reforma constitucional que elimine la atribución contenida en el num. 3 del art. 86 de la Constitución de la República. La práctica de pruebas puede ser objeto de regulación, en los términos que lo ha hecho el Código Procesal peruano, es decir, siempre y cuando no contravenga la propia naturaleza sumaria, expedita, preferente de la acción de protección. Por ello, el accionante deberá demostrar una manifiesta violación a derechos constitucionales o fundamentales y no podrá pretender que vía acción de protección se inicie una fase probatoria que acredite o desvirtúe la violación a un derecho fundamental.

111. Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia No. 0206-2005-PA/TC. El argumento vertido en dicha sentencia, es corroborado por la jurisprudencia de la Corte de la Nación Argentina, que en el caso Provincia de San Luis c. Estado Nacional, C. S. 5 de marzo de 2003, que en lo pertinente señaló: «El artículo 43 de la Constitución de la Nación procede si se trata de dilucidar materias complejas que requieren mayor amplitud de prueba».

Conclusiones y recomendaciones

La polémica entre asignarle al amparo un papel subsidiario (esto es, que operará si no hay otros procedimientos judiciales o administrativos útiles para atacar el acto lesivo, o uno directo, en cuyo caso actúa a elección de su promotor, con independencia de que existan otros remedios es tan vieja como el amparo mismo, y se retrata en sendas posturas en el derecho comparado. No hay aquí dogmas de derecho divino: Todo es opinable y tan legítima es una postura como la otra. Lo importante, al realizar la opción, es hacerla en términos del bien común y asumir lealmente los costos jurídicos de esa elección. Sin estos recaudos, las respuestas carecerán de legitimidad.¹¹²

Las palabras del maestro Sagüés resumen perfectamente el análisis central de este estudio. Cualquier restricción o regulación en el ejercicio de las distintas garantías constitucionales, entre las que se encuentra la acción de protección, deberá asumir los costos de esa elección y, si esta no es la más adecuada para los intereses comunes, deberá ser desechada.

Ahora bien, la pregunta que se genera es ¿La restricción de la acción de protección, al convertirla en residual, puede tener efectos positivos para la población y en general para los usuarios de la misma, cuando se la limita a una constatación exegética de requisitos o presupuestos legales de admisibilidad, pasando de esa forma a un segundo plano la constatación de vulneraciones a derechos constitucionales? Definitivamente no, porque la implementación de un filtro restrictivo de forma no contribuye en lo absoluto al desarrollo de técnicas de interpretación constitucional y menos aún a la elaboración de una adecuada argumentación jurídica.

Ha quedado demostrado que en el caso ecuatoriano un filtro de naturaleza restrictiva para limitar a la acción de protección atenta directamente a la voluntad del constituyente y al profundo avance que reviste el paradigma del Estado constitucional. El legislador optaría por un camino fácil pero no necesariamente eficaz y eficiente. Por el contrario, la implementación de filtros regulativos jurisprudenciales o legales, proporcionales y compatibles con el paradigma del Estado constitucional obligan a la jueza o juez constitucional a

112. N. P. Sagüés, «Nuevamente... », p. 1517.

analizar el fondo de los casos que llegan a su conocimiento. Estos filtros resultan definitivamente menos gravosos que restringir de manera tan contundente e inconstitucional a la acción de protección. La responsabilidad de delimitar y consolidar la verdadera naturaleza y efectos de la acción de protección es deber del juez constitucional y, por ello, mientras menos restricciones legales existan, mayor será el ámbito dentro del cual podrá maniobrar. Porque una inserción legal que establezca la residualidad de la acción de protección no solo limita a la garantía, sino también a la argumentación del juez.

Por otro lado, bajo el profundo avance que reviste la nueva Constitución desde el punto de vista del garantismo, resulta inconcebible limitar el acceso a una garantía de derechos humanos y obligar al afectado al agotamiento previo de todos los recursos ordinarios-administrativos existentes. Dejamos en claro a su vez la improcedencia de una residualidad de tipo judicial, es decir el establecimiento de un filtro que obligue al accionante a agotar vías judiciales previas, pues conforme el art. 88 de la Constitución no cabe acción de protección respecto a decisiones judiciales. En este sentido, juezas y jueces constitucionales deben asimilar que una inadmisión sustentada en la no demostración del agotamiento de vías judiciales previas, no es más que un engaño al usuario de la acción de protección y una afectación directa a su derecho a una tutela judicial efectiva en los términos previstos en el art. 76 de la Constitución de la República.

Este filtro restrictivo, inconstitucional y desproporcionado, si bien evitaría la presentación abusiva e inescrupulosa de acciones de protección relacionadas a violaciones legales y no constitucionales, a la larga puede generar indefensión y agravar la violación constitucional que originalmente ya sufrió el accionante. Así, tal como plantea Luigi Ferrajoli, *gran parte de las injusticias se seguirían cometiendo por respetar la ley*.¹¹³ La residualidad no es un tema novedoso en el ámbito ecuatoriano, dicha modalidad ya fue experimentada con la antigua acción de amparo constitucional. Aquello trajo consigo la mecanización de los jueces constitucionales, que en muchos casos no revisaban argumento alguno de la petición y basados en una restricción legal, inadmitieron una serie de acciones de amparo evadiendo así cualquier método de interpretación constitucional.

No cabe duda de que la acción de protección al ser un proceso de conocimiento tan amplio, debe ser reglado, pero no de manera errónea y apresurada, se trata de una decisión tan delicada y frágil que reviste la necesidad de un análisis costo-beneficio. Si el papel del juez constitucional bajo el régimen del

113. Ramiro Ávila Santamaría, «Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial», en Santiago Andrade, *et al.*, *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009, p. 399.

Estado constitucional sufrió una completa metamorfosis, ¿cómo se pretende que esa materialización si su función queda limitada a cumplir con la regla? De esa forma la ley volvería a ostentar el papel preponderante que tuvo en el Estado liberal de derecho y los contenidos materiales o axiológicos plasmados en la Constitución, nuevamente pasarían a un segundo plano.

Como se demostró, existen muchos otros filtros o mecanismos adecuados que no contravienen tan abiertamente el carácter garantista previsto en la nueva Constitución de la República. Una solución a corto plazo, como establecer la residualidad de la acción de protección, vía ley, fuera de inadecuada como se dijo, resulta ser inconstitucional tanto por la forma como por el fondo.¹¹⁴ Por tanto, es claro que el uso de técnicas legislativas adecuadas deben procurar la regulación o desarrollo de los derechos y garantías constitucionales previstos en la Carta Fundamental y no su regresividad y restricción desproporcionada.

Una garantía se torna deficiente, cuando opera solo en casos excepcionales; cuando se trata de violaciones graves e inminentes a derechos que sean (garantía cautelar) o cuando no exista otra vía para repararlos (garantía subsidiaria). Por eso el llamado de Bobbio para evitar las discusiones sobre los fundamentos de los derechos, cuando ya están reconocidos y pensar en la forma eficaz de garantizarlos.¹¹⁵

Es momento de analizar detenidamente nuestra propia realidad, examinando las consecuencias positivas y negativas que trajo consigo la implementación de filtros restrictivos en el pasado, y no limitarnos en un equivocado ejercicio de «derecho comparado» a receptar acríticamente normativa foránea que responde a una realidad no necesariamente igual ni parecida a la nuestra. Por otro lado, ha quedado demostrado en el presente trabajo la existencia de diversas legislaciones en Latinoamérica, fuera del caso colombiano, que también son plenamente compatibles con las previsiones constitucionales que rigen a la acción de protección ecuatoriana.

En estas circunstancias la nueva Ley de Garantías y Control Constitucional deberá guardar conformidad con la Constitución. Su deber se encasilla en regular y fortalecer las garantías y, bajo ningún concepto, en restringirlas o limitarlas, aquello atentaría directamente contra el art. 11, num. 4 de la Constitución de la República: «Artículo 11 numeral 4 de la Constitución de la República: *Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías*». [Énfasis añadido].

114. Constitución de la República del Ecuador, art. 11, num. 4: «*Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías*». (Énfasis añadido).

115. R. Ávila Santamaría, «Las garantías...», p. 91.

Para finalizar, resta señalar que la opción por una garantía directa como la que se propone en este estudio lleva inmerso el papel fundamental que deberá desempeñar la academia en la capacitación de usuarios y funcionarios judiciales. Las aulas deberán ser el sitio indicado para luchar contra el peligroso proceso de ordinarización que persigue a la acción de protección ecuatoriana y contra aquella práctica positivista que tanto daño hizo a las garantías y a sus usuarios en el pasado. La implementación de filtros de fondo-regulativos como los mencionados en este trabajo no pretenden otra cosa que fortalecer al garantismo, dotar a la administración de justicia de herramientas necesarias que guíen su labor cotidiana y, por tanto, consolidar la garantía de derechos humanos prevista en el art. 88 de la Constitución de la República.

Bibliografía

Fuente doctrinaria

- Abad Yupanqui, Samuel, «El proceso constitucional de amparo», en *Gaceta Jurídica*, Lima, Gaceta Jurídica, p. 48-86, 2004.
- Aftalión, Enrique, Fernando García Olano, y José Villanova, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Ateneo, 5a. ed., 1956.
- Alarcón Peña, Pablo «Residualidad: elemento generador de la acción de protección», en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, p. 559-605, 2010.
- Aparicio Wilhelmi, Marco, «Derechos: Enunciación y principios de aplicación», en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva, y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Tribunal Constitucional del Ecuador, p. 19-40, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, «Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial», en Santiago Andrade, et al., *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, p. 377-414, 2009.
- «El amparo constitucional, entre el diseño liberal y la práctica formal», en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, p. 359-400, 2007.
- «Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales», en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva, y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / Tribunal Constitucional del Ecuador, p. 89-110, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, «La racionalidad de la ponderación», en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, p. 46-68, 2008.
- Botero Marino, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Rodrigo Lara Bonilla / Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- Campos, Bidart, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- Carbonell, Miguel, «Introducción: el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales», en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 9-12, 2008.

- Castillo Córdova, Luis, «El amparo «residual» en el Perú», en *Justicia Constitucional: Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año 1, No. 2, Lima, 2005, citado en Francisco Eguiguren Praeli, «El amparo como proceso «residual» en el Código Procesal constitucional peruano: Una opción riesgosa pero indispensable», ponencia presentada por el autor en el Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en la alborada del Siglo XXI, Santiago, Universidad de Talca, p. 83-98, 2006.
- Convención Nacional Constituyente de Argentina, *Diario de Sesiones, 1994*, en *Convención Nacional Constituyente de 1994*, <<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>>.
- Díaz, Rodolfo, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 29 reunión, 3a. reunión ordinaria*, Buenos Aires, inédito, 1994.
- Dromi, Roberto, y Eduardo Menem, *La Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.
- Eguiguren Praeli, Francisco, «El amparo como proceso «residual» en el Código Procesal constitucional peruano: una opción riesgosa pero indispensable», ponencia presentada en el Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en la alborada del siglo XXI, Santiago, 27-29 de noviembre de 2006, Santiago, Universidad de Talca, p. 76-93, 2006.
- «Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso. ¿Cabe un amparo amplio contra otro amparo?», en *Estudios constitucionales*, Lima, ARA, p. 145-172, 2002.
- Elejalde Astudillo, Mauricio, «Principios básicos de interpretación constitucional», en *Temas Constitucionales: revista del Tribunal Constitucional del Ecuador*, No. 8, Quito, Tribunal Constitucional, p. 98-110, 2006.
- Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Madrid, Cárdenas, 1873.
- Ferrajoli, Luigi, «Derechos fundamentales y derechos patrimoniales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, p. 30-35, 2001.
- García de Enterría, Eduardo, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 2000.
- García Figueroa, Alfonso, *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003.
- Gelli, María Angélica, «La silueta del amparo después de la reforma constitucional», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley, p. 978-987, 1995: E(1995).
- Guastini, Ricardo, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, citado por Juan Pablo Morales, «Democracia sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica», en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, p. 85-122, 2008.
- Montaña Pinto, Juan, «La función judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana», en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva, y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008, en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / Tribunal Constitucional del Ecuador, p. 189-216, 2008.

- Morales, Juan Pablo, «Democracia sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica», en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, p. 85-122, 2008.
- Morello, Augusto M., «La primera sentencia de alzada sobre el amparo, a la luz de la Constitución reformada», en J. A. del 28 de diciembre de 1994, p. 17.
- «El amparo después de la reforma constitucional», en Revista de Derecho Privado y Comunitario, No. 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.
- Morello, Augusto M., y Carlos A. Vallefín, *El amparo: Régimen procesal*, La Plata, Editora Platense SRL, 2a. ed., 2003.
- Oyarte Martínez, Rafael, *La acción de amparo constitucional: jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade y Asociados, 2006.
- Pazmiño Freire, Patricio, «Las garantías de los derechos» en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008, en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / Tribunal Constitucional del Ecuador, p. 9-10, 2008.
- Ponce Martínez, Alejandro, «El acto de autoridad», en *Naturaleza de la acción de amparo*, Quito, Fondo Editorial Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito / Projusticia / Banco Mundial, p. 10-25, 2002.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, p. 184-226, 2003.
- Quiroga Lavié, Humberto, «El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución nacional», en Horacio Rosatti, et al., *La reforma de la Constitución nacional. Explicada por miembros de la comisión de redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 98-119, 1994.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 22a. ed., 2001.
- Rivas, Adolfo A., «El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina», en La Ley. Revista jurídica argentina, 13 de diciembre, Buenos Aires, p. 1330-1137, 1994.
- Rodríguez Santander, Roger, «Amparo y residualidad», en *Justicia Constitucional: Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año I, No. 2, Lima, Palestra, 2005, en Francisco Eguiguren Praeli, «El amparo como proceso «residual» en el código procesal constitucional peruano, una opción riesgosa pero imprescindible», ponencia presentada por el autor en el Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en la alborada del Siglo XXI, *Estudios Constitucionales*, Santiago, Universidad de Talca, p. 61-101, 2006.
- Rubio Llorente, Francisco, «El recurso de amparo constitucional», en *La jurisdicción constitucional en España (Publicación del Coloquio Internacional, Madrid 13 y 14 de octubre de 1994)*, Madrid, Tribunal Constitucional / Centro de Estudios Constitucionales, p. 137-184, 1995.
- Sagüés, Néstor Pedro, «El derecho de amparo en Argentina», en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer-Mac-Gregor, coord., *El derecho de amparo en el mundo*, Méxi-

- co DF., Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México / Fundación Konrad Adenauer, p. 276-302, 2006.
- «Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo. A propósito de la voluntad del constituyente», en revista *Ley 1995-D*, Buenos Aires, Ediar, p. 1497-1526, 1995.
- *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- Secaira Durango, Patricio, *Curso breve de derecho administrativo*, Quito, Ed. Universitaria, 2004.
- Silva Portero, Carolina, «Las garantías de los derechos», en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, p. 51-84, 2008.
- Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.
- Valle Franco, Alex, *El amparo como garantía constitucional en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2012.
- Zagrebelsky, Gustavo, «Del Estado de derecho al Estado constitucional», en *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, p. 38-55, 1999.
- Zavala Egas, Jorge, *Derecho constitucional*, t. II, Guayaquil, Edino, 2002.
- «La acción de amparo y el control normativo», en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Konrad Adenauer Stiftung, p. 143-179, 1999.

Fuente constitucional y legal

- Código Procesal Constitucional de la República del Perú.
- Constitución de la Nación de Argentina.
- Constitución de la República de Colombia.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Constitución de la República del Perú.
- Constitución Política de la República del Ecuador.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Resolución Interpretativa en materia de amparo constitucional.
- Decreto 2591-1991, Reglamentación a la Acción de Tutela colombiana, en *Corte Constitucional de Colombia*, <www.constitucional.gov.co>. Consultado el 31 de marzo de 2009.
- Ley 16986, República Argentina.
- Ley 1995-D, 1517, Argentina.
- Ley 1995-E, 978, Argentina.
- Ley Orgánica del Control Constitucional, Ecuador, 1997.
- Principios de Linburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 9, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 19a. Sesión, agenda rubro 3, párr. 10.
- Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Registro Oficial No. 466, 13 de noviembre de 2008.

Fuente jurisprudencial

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T- 001/2.
Sentencia T-001/97.
Sentencia T-003 /92.
Sentencia T-441 /93.
Sentencia T-871/99.
Sentencia T-812/00.
Sentencia T-847/03.
Sentencia T-123/04.
Sentencia T-309/05.
Sentencia T-719/03.
Sentencia T-999/03.
Sentencia T-106/93.
Sentencia T-480/93.
Sentencia T-847/03.
Sentencia T-1001.
Sentencia No. T-406-92.

Corte de la Nación de Argentina

C. S. 2003 / 03/ 05. Caso Provincia de San Luis c. Estado Nacional.

Registro Oficial

378 de 27 de julio de 2001.
559 de 19 abril de 2002.

Tribunal Constitucional del Ecuador

025-1999-TP.
170-2000-RA.
268-2001-RA.
333-2001-RA.
472-2001-RA.
063-2001-TP.
004-2002-RA.
0012-2002-RA.
0749-2003-RA.
005-2003-RA.
035-2004-RA.
0862-2004-RA.
0013-2004-RA.
0397-2006-RA.
0872-2007-RA.

Tribunal Constitucional del Perú

0050-2004-AI.

0051-2004-AI.

0004-2005-AI.

0206-2005-PA.

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

Últimos títulos de la Serie Magíster

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

- 134** Gustavo Medinaceli, LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN
- 135** Gonzalo Ordóñez, LA NARRATIVA DEL AMOR Y LA INTIMIDAD EN UNA SERIE DE TELEVISIÓN
- 136** Rodrigo Silva Tapia, EL MODELO NEOLIBERAL Y EL SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL EN ECUADOR
- 137** Rocío Nasimba Loachamín, LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN EL GOBIERNO DE RAFAEL CORREA: entre el deber ser y el ser
- 138** Alonso Llanos, GESTIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO EN ECUADOR: nueva modalidad para radiodifusión y televisión abierta
- 139** Gustavo Prieto, EL TRABAJO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES
- 140** Luisa Paola Sanabria Torres, REPARAR A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA: desafíos del enfoque diferencial de edad en la política pública
- 141** Pamela Aguirre, EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD Y LA FACULTAD NORMATIVA DEL SRI
- 142** Lina Parra, CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO: el derecho al trabajo
- 143** Sofía Luzuriaga Jaramillo, QUITO Y SUS RECORRIDOS DE AGUA. Abastecimiento, discursos y pautas higiénicas modernizantes
- 144** Robinson Cabrera Gómez, LA EDUCACIÓN COMO OPORTUNIDAD PARA LA EMERGENCIA DE LA HUMANIDAD
- 145** María Elsa Copa, LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE DOS EXPERIENCIAS EDUCATIVAS DE BOLIVIA Y ECUADOR impulsadas por dos organizaciones campesino indígenas
- 146** Ylonka Tillería Muñoz, USOS POLÍTICOS Y CULTURALES del espacio público en Quito, 1997-2007
- 147** Amaranta Pico, VOLADORAS: la red invisible del relato
- 148** Pablo Alarcón, LA ORDINARIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

La Constitución vigente trae consigo una serie de modificaciones sustanciales en relación a la Constitución de 1998. Una de ellas, acorde con el nuevo modelo de Estado que rige al Ecuador constitucional de derechos, es la implementación de la acción de protección, garantía jurisdiccional de derechos constitucionales sustituta de la acción de amparo constitucional. La acción de protección, a diferencia de la acción de amparo, aparece desde la norma constitucional como un proceso de conocimiento ampliamente reparatorio y no residual. El análisis objeto de la investigación fue elaborado en el año 2009, antes de la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y durante la vigencia de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición. No obstante, la inminente problemática que en ese entonces advertíamos se materializó en los presupuestos de admisibilidad y procedencia previstos en la vigente LOGJCC. Esperamos que las conclusiones y recomendaciones aquí señaladas aporten al debate jurídico en torno a esta garantía y, principalmente, a la regulación y no restricción de los presupuestos de la acción de protección tanto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como en las necesarias reformas a la LOGJCC.



Pablo Alarcón (Quito, 1981) es Baccalaureus Artium y Abogado (2006) por la Universidad San Francisco de Quito; cuenta con un Diploma Superior (2007) y es Magíster en Derecho, con mención Derecho Constitucional (2009), y es candidato doctoral en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Docente del Área de Derecho de la UASB-E y de la Facultad de Posgrado en Derecho de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil. Asesor de la Presidencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Miembro del comité editorial de la revista Umbral de la Corte Constitucional del Ecuador; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, y de la Red para el Constitucionalismo Democrático. Es autor de varios artículos académicos publicados en libros y revistas.

ISBN: 978-9978-84-689-6



9789978846896