

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

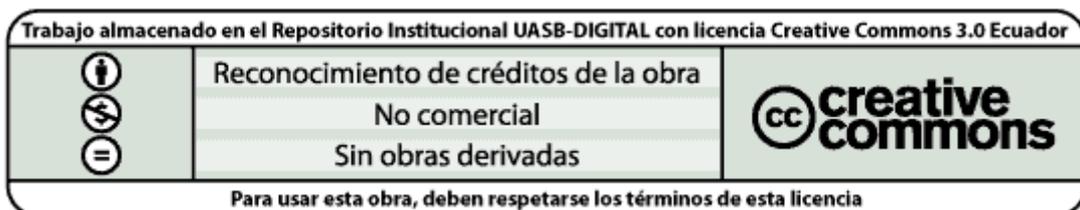
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**La acción de protección: vía eficaz para reparación integral por  
la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización**

Autor: Pedro Daniel Dávila Jácome

Directora: Daniela Salazar Marín

**Quito, 2015**



## **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Pedro Daniel Dávila Jácome, autor de la tesis intitulada “La acción de protección: vía eficaz para reparación integral por la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, Yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. ....

Firma: .....

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito ratificar la importancia del derecho procesal enfocado desde la garantía jurisdiccional de la acción de protección contemplada en el artículo 88 de la Constitución de la República, como herramienta idónea y eficaz para tutelar de los derechos de los servidores públicos ante el advenimiento de la compra de renuncias obligatorias con indemnización como causal de cesación de funciones.

Para el efecto se ha realizado el análisis cuantitativo de las sentencias de acción de protección interpuestas por servidores públicos en el trimestre de noviembre de 2011 a enero de 2012 en la ciudad de Quito, en una suerte de inseguridad jurídica ante la ausencia de argumentación jurídica y motivación de estos fallos.

En el primer capítulo se aborda la acción de protección en el estado constitucional en línea con los derechos al debido proceso y la motivación. Un segundo capítulo trata sobre la argumentación jurídica de las sentencias frente a las compras de renuncias que inmiscuye: la admisibilidad y procedencia de la acción de protección, sus filtros procedimentales -fondo y forma-, la independencia judicial y la desnaturalización de la esta garantía ante el tema de fondo –la compra de renuncias obligatorias con indemnización. Finalmente, se realiza un análisis de la Sentencia No. 003-13-SIN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 154 de 03 de enero de 2014, respecto de la acción de inconstitucionalidad interpuesta respecto del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813.

## **DEDICATORIA**

A mi compañera de vida, mi esposa y amiga, Fernanda, fuente de inspiración y superación en mi vida. A mis padres, Cecilia y Ángel, mi hermana Pietra y su esposo Renato, ejemplos de trascendencia personal y profesional; y, a mis queridos sobrinos Pietra Renata y Renato Mathías; ángeles que iluminan y alegran nuestra existencia.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, particularmente al cuerpo docente del Área de Derecho, quienes nos han impartido sus conocimientos en el curso de la Maestría en Derecho Procesal 2013-2015.

Un profundo reconocimiento a Daniela Salazar Marín, quien en calidad de tutora de la presente investigación, me brindó su preciado tiempo y compartió sus sabias enseñanzas, a quien expreso mis sentimientos de consideración, respeto y admiración por su noble trabajo en defensa de la vigencia de los derechos humanos.

# ÍNDICE

<b>Capítulo primero</b> .....	10
La acción de protección en el estado constitucional de derechos y justicia .....	10
1.1. Naturaleza, definición y fines .....	10
1.2. El debido proceso y la motivación en las sentencias de acción de protección.....	19
1.3. La reparación integral en las acciones de protección .....	26
<b>Capítulo segundo</b> .....	31
La argumentación jurídica de las sentencias de acción de protección frente a la compra de renunciaciones .....	31
2.1. El rol del juez constitucional de instancia en la admisibilidad o inadmisibilidad y procedencia o improcedencia de la acción de protección .....	31
2.2. Filtros procedimentales para la interposición de la acción de protección.....	39
2.3. La independencia judicial a propósito de las acciones de protección.....	48
2.4. Desnaturalización de la acción de protección ante la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización .....	55
2.5. El ejercicio del control constitucional en las acciones de protección por compra de renunciaciones obligatorias.....	74
<b>Capítulo tercero</b> .....	79
¿Es la figura de compra de renunciaciones obligatoria con indemnización una cuestión infra-constitucional o de mera legalidad?.....	79
3.1. Análisis de la Sentencia No. 003-13-SIN-CC, dentro del Caso No. 0042-11-IN acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 154 de 03 de enero de 2014, respecto de la acción de inconstitucionalidad interpuesta respecto del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813.....	79
3.2. Análisis de la Sentencia No. 016-13-SEP-CC dentro del Caso No. 1000-12-EP publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 009 de 06 de junio de 2013.....	91
Conclusiones.....	95
Bibliografía .....	99

## INTRODUCCIÓN

En el Ecuador rige un estado constitucional de derechos y justicia conforme lo propugna el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, estado en el que juegan un papel preponderante las garantías jurisdiccionales, precisamente porque a través de ellas la Función Judicial tiene la obligación de hacer prevalecer los derechos de los más débiles dentro de la interacción social.

En ese contexto, el rol que desempeña la Función Judicial, bajo el fin fundamental de administrar justicia, da cabida al efectivo reconocimiento de los derechos ciudadanos, por lo que sin garantías jurisdiccionales se puede concluir que los derechos no pueden ejercerse de manera eficaz evidenciándose así la ausencia de una protección judicial.

De ahí que la acción de protección contemplada en el artículo 88 del texto constitucional ecuatoriano se constituya en uno de los pilares fundamentales para la defensa de los derechos humanos en el vigente estado constitucional en el Ecuador como un medio adecuado para exigir su cumplimiento tanto al estado como a los particulares.

En tal escenario, la presente investigación se circunscribe a la aplicación de la figura de compra de renuncias obligatorias con indemnización prevista en el Decreto Ejecutivo No. 813 expedido por señor el Presidente de la República del Ecuador, que reformó el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, mediante la cual se cesó en funciones a servidores públicos de carrera que se encuentran protegidos por el principio de irrenunciabilidad de sus derechos por ostentar tal calidad -la de servidores públicos- al amparo de lo previsto en el artículo 229 de la norma suprema.

En ese orden de ideas, el primer capítulo de la presente tesis versará sobre un estudio general de la acción de protección desde una óptica doctrinaria, legal y jurisprudencial en la que se verifica la contradicción normativa que contiene la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con la inclusión de requisitos adicionales a los previstos en el texto constitucional que desnaturaliza el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales. Así mismo, previo al análisis de las acciones de protección interpuestas por la aplicación de las compras de renuncias obligatorias con indemnización, se expondrá el ámbito que comprende el

derecho al debido proceso, particularmente en la praxis de los procedimientos administrativos y la obligación que tienen los jueces constitucionales en la motivación de sus decisiones.

Entrando ya en el fondo de nuestra investigación, en el segundo capítulo, se analizarán desde el enfoque cualitativo, las sentencias de acción de protección interpuestas por la aplicación de las compras de renuncias obligatorias con indemnización, expedidas dentro de los meses comprendidos en el trimestre de noviembre de 2011 a enero de 2012 en la ciudad de Quito, verificándose los yerros interpretativos de los jueces constitucionales en la instancia de admisibilidad y procedencia de las acciones propuestas, quienes se han decantado por una interpretación mecánica de las normas, de tinte positivista/formalista, anclándose en una argumentación jurídica de carácter ordinario respecto de presuntas reclamaciones de derechos patrimoniales y no de índole constitucional, sin considerar el pragmatismo axiológico que detenta la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

Por otra parte, se esboza como beneficiosa la expedición de la Sentencia No. 102-13-SEP-CC de la Corte Constitucional, que ha modulado las causales de inadmisión e improcedencia de la acción de protección establecidas en la ley de la materia, que es de obligatorio cumplimiento por los operadores jurídicos, estableciendo con ello filtros procedimentales para un ejercicio eficaz y eficiente de la acción de protección en general.

Así mismo, se ha identificado que la independencia judicial se ha visto manchada por injerencias tanto externas como internas en el ejercicio de su cometido -una administración de justicia imparcial- por lo que nos hemos planteado la siguiente cuestión: *¿Es compatible que en una democracia, en donde existe la división o separación de poderes constituidos, la función ejecutiva y un ente controlador de la función judicial interfiera en las actividades propias de la administración de justicia?*

Como un hito justificativo de la investigación, desde el ámbito netamente procesal del derecho, se ha constatado una tergiversación en el objeto que persigue la acción de protección, ya no desde la perspectiva de quienes la accionan vía demanda sino, desde el ámbito del quehacer judicial, es decir, desde quienes ostentan la facultad de su conocimiento y el deber de sentenciarla; actividad a cargo de los jueces constitucionales, quienes han desnaturalizado la esencia de la acción de

protección, en la especie, respecto de la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, señalando que existe vía idónea para impugnar la cesación de funciones y que a su juicio debería ser impugnada por la vía contencioso-administrativa al amparo de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En tal medida, el uso del texto legal invocado como medio argumentativo para establecer la improcedencia de la acción de protección, deviene en una práctica ajena a los postulados garantistas que la acción encierra -que es la tutela de los derechos constitucionales-. Quedando en evidencia su desnaturalización al desatender los hechos de las pretensiones de las acciones de protección incoadas, que se circunscriben en violaciones a los derechos al debido proceso administrativo y a la motivación en el acto de cesación de funciones vía compra de renunciaciones obligatorias de los servidores públicos.

Por otra parte, se analiza la falta de oficiosidad de los jueces constitucionales para realizar el procedimiento de consulta de constitucionalidad de norma -del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813- referente a la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización evidenciándose una nula actividad de control constitucional de los operadores jurídicos en el tema investigado.

Un tercer capítulo y final, pretende esbozar los argumentos que permiten establecer que la figura de compra de renunciaciones obligatorias con indemnización no constituye una cuestión infra-constitucional o de mera legalidad como lo han venido sosteniendo los jueces constitucionales. Lo cual es abordado desde un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional expedidas dentro de los Casos: No. 0042-11-IN acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN<sup>1</sup> y No. 1000-12-EP<sup>2</sup> respecto de la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización el sector público.

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 003-13-SIN-CC, dentro del Caso No. 0042-11-IN acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 154 de 03 de enero de 2014.

<sup>2</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 016-13-SEP-CC dentro del Caso No. 1000-12-EP publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 009 de 06 de junio de 2013.

## Capítulo primero

# La acción de protección en el estado constitucional de derechos y justicia

### 1.1. Naturaleza, definición y fines

El artículo 25 del Pacto de San José,<sup>3</sup> trata sobre el derecho a la protección judicial, entendido este, como el derecho de acceder a garantías judiciales. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la existencia de un derecho de amparo judicial ante la violación de un derecho humano, como un procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales.<sup>4</sup>

El artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el sistema procesal será un medio para alcanzar la justicia, que comprende la provisión constitucional y legal de medios idóneos para exigir al estado su cumplimiento, lo cual radica en la confianza ciudadana para acceder a los órganos judiciales en busca de conseguir la tan aclamada justicia ante la vulneración de derechos; concordante con el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 75 ibídem.

Para hacer plausible el estado constitucional de derechos y justicia<sup>5</sup>, mediante un efectivo ejercicio de los derechos, el legislador constituyente previó la instrumentalización de las denominadas garantías jurisdiccionales establecidas en el Capítulo Tercero, Sección Primera de la Constitución de la República, artículos 86 al

---

<sup>3</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 de 06 de octubre de 1987, (Serie A No. 9), párr. 23.

<sup>5</sup> En este contexto, Ramiro Ávila Santamaría, a la nueva denominación de estado lo ha llamado “neoconstitucionalismo transformador” con tinte latinoamericano, dando preferencia al ejercicio de los derechos, señalando que: “[...] los derechos son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales”, en Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, (Quito, Abya-Yala- UASB Sede Ecuador, 2001), 63.

94, particularmente, en su artículo 88<sup>6</sup>, se contempla la figura de la acción de protección cuyo objeto primordial es el amparo y/o tutela directo y eficaz de los derechos constitucionales de las personas ante su vulneración por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.

Al respecto, Ramiro Ávila Santamaría, señala:

La Constitución del 2008 precisa los conceptos y llena un vacío intolerable en el derecho ecuatoriano al establecer que las garantías son tanto cautelares como de fondo o de conocimiento. Se solicita la medida cautelar cuando se trata de evitar una violación, acción preventiva, o cuando se debe detener el cometimiento de una violación de derecho, acción que hace cesar un acto; no importa la gravedad. Se solicita la acción de protección cuando la violación ya se ha consumado y es una acción reparadora.<sup>7</sup>

En tal virtud, el estado constitucional de derechos y justicia tal como lo ha sostenido Gustavo Zagrebelsky, ha sido respaldado señalando que: “aunque no siempre con un significado perfectamente coincidente, es indudable que en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta tal punto es así que, para establecer una diferencia con el ‘Estado de derecho’ decimonónico, hoy se habla a veces de Estado de derechos”.<sup>8</sup>

Por lo tanto, la acción de protección<sup>9</sup> constituye uno de los pilares fundamentales para la defensa de los derechos humanos que el nuevo modelo de estado ha instaurado en el ordenamiento jurídico. La doctrina ha señalado que la

---

<sup>6</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 88: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

<sup>7</sup> Ver 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), 95.

<sup>8</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. (Madrid, Trotta, Trad. M. Gascón, 1995), 65.

<sup>9</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 88: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

existencia misma de los derechos humanos está comprometida por la provisión constitucional y legal de medios adecuados para exigir su cumplimiento al estado y a los particulares.<sup>10</sup>

No obstante, las garantías jurisdiccionales han sido reguladas por el legislador a través de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional – LOGJCC, en la especie, su artículo 39, al referirse a la acción de protección, señala que: “tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”.

En el cuerpo legal aludido se contempla como requisitos inherentes a su presentación los siguientes:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Es evidente recalcar que el cuerpo legal invocado incluyó los requisitos enunciados, de forma adicional a lo contemplado en la Constitución de la República, que de alguna manera lo que hacen es regular la garantía de la acción de protección a tales supuestos desatendiendo principios constitucionales -de informalidad y simplicidad- y doctrinales que enfocan a la acción de protección como una vía o herramienta de tutela informal de los derechos de los ciudadanos ante su vulneración, apartándose de la disposición constitucional -artículo 88- que prevé únicamente dos presupuestos:

- a) por acto u omisión de autoridad pública no judicial o de un particular; y,
- b) violación de derecho –constitucional- que provoque daño grave.

De ahí que una regulación extensiva que se aparte de los presupuestos señalados le convierte a la acción de protección en residual y una garantía restrictiva ajena a la seguridad jurídica; pragmáticamente confusa. Con lo dicho nótese, la transgresión de los preceptos constitucionales previstos en el artículo 11, numerales 3, 4, 5 y 7 de la Constitución de la República, a saber: será inconstitucional cualquier

---

<sup>10</sup> Al respecto, puede consultarse a Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, traducción por Perfecto Andrés Ibáñez y otros. (Madrid, Editorial Trotta, 6a. ed., 2004), 852.

acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos y ninguna norma podrá restringir las garantías constitucionales.

La inclusión de requisitos adicionales va en detrimento de la protección de los derechos fundamentales que debe garantizar el estado, retrotrayendo con ello a la tutela judicial efectiva, haciéndola más engorrosa y controversial.

Dicho en palabras de Claudia Storini, en un planteamiento general de un estudio referente a la acción de protección en el Ecuador -del cual hacemos eco-, ha sostenido, que la Constitución prevé un principio de efectividad, por medio del cual podrán ser evaluados los actos de protección de los derechos y, en su caso, juzgados no tanto desde la óptica de la validez procedimental o sustancial, sino desde la perspectiva de su capacidad de asegurar o no en la realidad la garantía integral de los derechos.

Por lo que invocando a Bernal Chamorro, refiere:

Por lo que respecta al legislador, el mandato de efectividad consagrado en la Constitución se traduce en la obligación de que al regular la organización y funcionamiento de los Tribunales, deberá considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría llegar a ser considerada “contraria a la Constitución una regulación que se despreocupase de la efectividad de la tutela”. [...]. La aplicación de este mandato de efectividad implica, por tanto, que los procesos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales deben ser desarrollados de la manera más efectiva y adecuada posible. En este sentido, la garantía constitucional es expresión del principio de la protección efectiva de los derechos, por tanto, el recurso a la justicia tiene que ser siempre un recurso efectivo como establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>11</sup>

Por consiguiente, la importancia del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Constitución de la República, cuando establece las garantías normativas, mediante las cuales se obliga a los órganos con potestad normativa, el adecuar, formal y materialmente, las normas jurídicas a los derechos previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, evitando que las actuaciones de los órganos del poder público causen daño o vulneren los derechos reconocidos.

En este contexto, una reciente interpretación de los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estableció de manera condicionada con efectos *erga omnes*, que las causales de inadmisión para la

---

<sup>11</sup> Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La Acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 53-4.

acción de protección corresponden a los previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 ibídem -ejecutadas vía auto de calificación de la demanda-, en tanto que las causales de improcedencia son las establecidas en sus numerales 1 al 5 del artículo invocado -a ejecutarse obligatoriamente mediante sentencia-.<sup>12</sup>

Consecuentemente, la acción de protección, garantía judicial de derechos humanos, constituye el pilar fundamental para dar vigencia al estado constitucional de derechos y justicia contemplado en el artículo 1 de la Carta Fundamental, poniendo límites a los poderes del estado ante la posible vulneración de los derechos o detener tal cometido mediante un procedimiento rápido, sencillo y eficaz. Por lo tanto, la acción de protección, en aplicación del artículo 86.3<sup>13</sup> de la norma suprema, constituye un proceso de conocimiento y declarativo, siendo por excepción de carácter meramente cautelar, cuyo efecto es de naturaleza reparatoria con carácter indemnizatorio o patrimonial que debe declararse obligatoriamente a través de sentencia.

Dicho sea de paso, cuestión distinta, sucedía con el recurso de amparo constitucional contemplado en la derogada Constitución Política de 1998, cuya naturaleza fue de carácter cautelar o preventiva, pues su objeto era requerir la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión, o remediar

---

<sup>12</sup> “El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. [...] Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 6. La interpretación conforme de los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional realizada por la Corte Constitucional en esta sentencia, es de obligatorio acatamiento, razón por la cual, en caso de desconocimiento de estas interpretaciones, se estará a lo dispuesto en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional [...]”, en Sentencia No. 102-13-SEP-CC, dentro del Caso No. 0380-10-EP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 161 de 14 de enero de 2014.

<sup>13</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 86.3: “Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse”.

inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítima de una autoridad pública que viole o pueda violar los derechos constitucionales y que de modo inminente, amenace con causar un daño grave<sup>14</sup>.

Lo cual requería que el juez constitucional al momento de resolver el recurso intervenga antes de que se produzcan los efectos de la violación de los derechos o si estos ya se consumaron, por lo que su naturaleza reparatoria cabía únicamente si había la posibilidad de resarcir el daño que implicaba la obligatoriedad de dejar las cosas en el estado anterior a su vulneración -sin que medie la posibilidad de indemnizar-, caso contrario el recurso de amparo no era procedente, sino la vía contencioso-administrativa o la ordinaria para su conocimiento.

Regresando al análisis de la acción de protección, a propósito del proyecto de enmiendas constitucionales presentado por iniciativa de la Asamblea Nacional, cuyo artículo 1<sup>15</sup> pretendía reformar el alcance de la referida acción, limitándola para efectos de su interposición, con la inclusión de un inciso final en el artículo 88 del texto constitucional, a saber: “La ley regulará los casos en los cuales se abuse de esta acción y por lo tanto pueda ser inadmitida”, es loable referir al desarrollo que de la acción de protección, hace el Dictamen No. 001-14-DRC-CC<sup>16</sup> expedido por la Corte Constitucional en relación a la propuesta de reforma a la Constitución.

Este dictamen ratifica que la acción de protección tiene dos objetivos primordiales: “la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación”<sup>17</sup>, evidenciando su naturaleza garantista, la cual vía jurisprudencia constitucional -fuente sociológica y dinámica de la Constitución- ha alcanzado su desarrollo y regulación respecto de los presupuestos de admisibilidad, marcándola como una fuente central que ha establecido reglas jurisprudenciales para su eficiencia, por lo que no cabe una Constitución de tipo reglamentaria, ratificando la

---

<sup>14</sup> La prueba del daño grave y la inminencia característica del derogado recurso de amparo constitucional, hizo que los operadores de justicia convirtieran a esta garantía constitucional en un “proceso contencioso-contradictorio” que lo hizo lento e ineficaz. De ahí la diferencia prevista en la Constitución de la República de 2008, en la que se divide a la acción de amparo en dos: medidas cautelares cuyo fin es preventivo; y, la acción de protección cuyo fin es reparatoria.

<sup>15</sup> Ver solicitud de proyecto de enmienda de la Constitución de la República, formulada por un grupo de asambleístas, presentado mediante escrito de 26 de junio de 2014, por la señora Gabriela Rivadeneira Burbano, en su calidad de Presidenta de la Asamblea Nacional y Representante de la Función Legislativa de Ecuador.

<sup>16</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DRC-CC dentro del Caso No. 0001-14-RC, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 371 de 10 de noviembre de 2014.

<sup>17</sup> Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia No. 0140-12-SEP-CC, dentro del Caso No. 1739-10-EP.

exclusión de las prácticas inherentes al formalismo jurídico y situándose a la realidad fáctica de cada caso que regule y garantice la eficacia de la acción de protección, evitando su abuso y desnaturalización.

La Corte Constitucional, concluyó, que cualquier cambio a la acción de protección debe observar su objeto primigenio, por lo que debe darse una interpretación teleológica de las garantías, en línea con el fin que estas persiguen. En efecto, señaló que insertar filtros restrictivos al ejercicio de la acción de protección comportaría una contradicción al estado constitucional de derechos y a los fines que esta garantía persigue, atentando a los principios de informalidad y simplicidad que caracterizan a las garantías jurisdiccionales, *verbi gratia* lo dispuesto en el artículo 86.2 -procedimiento sencillo, rápido y eficaz- de la Constitución concordante con el artículo 4.7 –formalidad condicionada- de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que no se pueden crear limitaciones que obstaculicen el acceso a la justicia constitucional<sup>18</sup>; tanto más que la propuesta vía enmienda constitucional, no debe inmiscuir la restricción de derechos y garantías, concluyendo la corte acertadamente, que tal propuesta pretende la reestructuración del objeto directo y eficaz de la acción de protección, que debe ser tratada vía debate por una asamblea constituyente.

Por tales razones consideramos que la garantía de la acción de protección mantiene su trascendencia y objeto fundamental, cuando existe una adecuada aplicación que permita la tutela adecuada y efectiva de los derechos de las personas frente a amenazas o vulneraciones de derechos por parte del estado o particulares, pues el fin fundamental de las garantías jurisdiccionales en su contexto es la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, su declaración de la violación de uno o varios derechos y la reparación integral de los daños causados.

Podemos destacar en esa línea el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del amparo –protección- judicial, la cual debe cristalizarse a través de un recurso efectivo, señalando lo siguiente:

---

<sup>18</sup> Al respecto véase el Dictamen No. 001-14-DRC-CC, dentro del Caso No. 0001-14-RC de la Corte Constitucional ecuatoriana, que señala que: “en la Sentencia N.º 102-13-SEP-CC, Caso No 0380-10-EP estableció lineamientos respecto a cómo debe entenderse el procedimiento informal en la tramitación de los derechos, manifestando que la tutela de los derechos constitucionales exige que el modelo procedimental de la acción de protección –y de las garantías jurisdiccionales en general– se encuentre desprovisto de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado”, p.17.

La Corte ha señalado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios (...).

Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.<sup>19</sup>

En ese contexto, es evidente que la acción de protección contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, sirve para proteger todos los derechos previstos en el texto constitucional. No obstante, tal referencia de manera general, no procede en tanto y en cuanto, a ciertas categorías de derechos como la libertad e integridad personal y la libertad e intimidad informática, a las cuales se les ha asignado las garantías del hábeas corpus y el hábeas data.

En palabras del profesor venezolano Carlos Ayala Corao, entre la clasificación del amparo, encontramos a la que ha definido como amparo limitado a ciertos y determinados derechos constitucionales cuyo fin sostiene “no protegen todos los derechos constitucionales sino a ciertos y determinados derechos normalmente denominados como ‘fundamentales’. Los antecedentes de este tipo pueden encontrarse en el amparo alemán (‘verfasunwesverde’) limitado a la protección de la categoría de los denominados ‘derechos fundamentales’ (‘grundrechte’), delimitados e identificados expresamente en la propia Constitución”.<sup>20</sup>

Lo expuesto, nos permite establecer una diferencia importante en el contexto de lo que se comprende como amparo constitucional. Un primer enfoque visto como un instrumento o instituto procedimental –la acción de protección ecuatoriana- desde un punto de vista adjetivo cuya función radica en ser la herramienta para la

---

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de febrero de 2001. Párr.136-7. Serie C No. 74.

<sup>20</sup> Ver Carlos M. Ayala Corao, en “*Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*”, en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, presentado por César Gaviria, Volumen I. (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998) 349.

protección de los derechos constitucionales versus un segundo enfoque estrictamente sustantivo consagrándolo como un derecho humano en toda su máxima expresión, reforzada por instrumentos internacionales en los cuales expresamente se lo ha consignado como el “derecho de toda persona a un recurso sencillo, rápido y en definitiva efectivo, que la ‘ampare’ ante jueces o tribunales competentes, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley, o los propios instrumentos internacionales”.<sup>21</sup>

En tal sentido, el texto constitucional ecuatoriano en su artículo 88 ha previsto la acción de protección precisamente como un medio eficaz para la defensa de los derechos constitucionales, como medio adecuado para exigir al Estado y a los particulares la vigencia de los derechos fundamentales ante posibles violaciones.

Por lo tanto, debemos manifestar que este derecho constituye un estándar mínimo común a respetar por todos los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consiste en la obligación de garantizar la protección judicial –amparo judicial- de los derechos consagrados en tanto en la propia Convención así como además respecto de sus Constituciones y leyes internas, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos<sup>22</sup>.

En el Derecho Comparado, podemos encontrar casos como el previsto en la doctrina chilena que mantiene análoga garantía jurisdiccional bajo el denominador común de “acción de protección” definida como:

Un derecho fundamental de las personas y una acción constitucional destinada a poner en ejercicio de las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia (Cortes de Apelaciones), a través de un proceso autónomo, concentrado, sumarísimo, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y de los derechos de las personas de un modo directo e inmediato”.<sup>23</sup>

Para concluir, se puede colegir, que la acción de protección contemplada en el texto constitucional ecuatoriano como garantía jurisdiccional constituye un mecanismo preferente, sumario e informal, previsto precisamente para garantizar y hacer efectivos los derechos de los ciudadanos consagrados constitucionalmente, es decir su protección inmediata y el goce efectivo de los derechos constitucionales ante

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*, 344.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, 358.

<sup>23</sup> Verónica Jaramillo, *Las garantías jurisdiccionales en el sistema en el sistema jurídico ecuatoriano*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 173.

vulneraciones de terceros, sean actos u omisiones; en la especie, cometidos por el estado.

Este derecho es en definitiva, una determinación específica, de la obligación internacional asumida por todos los Estados partes de la Convención, de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

## **1.2. El debido proceso y la motivación en las sentencias de acción de protección**

El debido proceso legal surge para poner límites al poder del estado respecto de su actuación frente a los ciudadanos, naciendo para garantizar su defensa y amparo, por lo tanto es de rango constitucional y su importancia radica en ser la base del estado de derecho, que da vigencia a la seguridad jurídica dentro los sistemas jurídicos contemporáneos.

Los primeros rasgos en América, aparecen en los Estados Unidos de Norteamérica, con la denominada “Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia” de 12 de junio de 1.776, constituyéndose la primera referencia del debido proceso legal en el continente americano, cuyo antecedente fundamental es el “Bill of Rights” de 1.689. Posteriormente, nace la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, adoptada y proclamada por las Naciones Unidas, en la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) de 10 de diciembre de 1.948, mediante la cual se establece el derecho a un juicio equitativo, justo e imparcial, vale mencionar, que todas la referencias al debido proceso legal hasta ahora enunciadas, han sido enmarcadas bajo la circunscripción de un ámbito penal, es decir en el que medie una acusación por la presunción del cometimiento de un delito.

Así tenemos que el debido proceso se encuentra previsto en normas de jerarquía internacional, a saber: el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Sistema Universal de Derechos Humanos).

En el ámbito interno, tenemos que el debido proceso legal, es de orden constitucional y se encuentra instituido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador bajo el amparo de los derechos de protección y especialmente en su artículo 77 en el que se establecen las garantías básicas que deben respetársele

a las personas privadas de la libertad inmersas dentro de un proceso penal.

En este orden de ideas, hablar de debido proceso legal nos lleva a pensar en los derechos de acceso a la justicia y a la protección judicial, los cuales deben cristalizarse en base a estándares internacionales para que puedan hacerse efectivos en el ámbito del derecho interno y así consolidar el respeto a los derechos humanos. No obstante, es necesario hacer énfasis en lo dispuesto en el artículo 76.1 de la Constitución de la República, que al tratar al debido proceso, lo hace de forma categórica señalando que este debe efectivizarse en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, lo cual nos lleva a la conclusión de que el debido proceso no corresponde únicamente a la materia penal, pues el texto constitucional expresamente dispone que corresponde a toda autoridad administrativa, inclusive, el garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes en conflicto. En tal sentido, cabe traer a colación la definición muy acertada de la significación del debido proceso legal, contemplado en la obra, “El debido proceso legal, Análisis desde el Sistema Interamericano y Universal de Derechos Humanos”, a saber:

El debido proceso legal se refiere a los parámetros normativos del derecho internacional contenidos en la Convención Americana bajo los cuales deben dispensarse todas las garantías necesarias en el proceso, sea de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter como pueden ser los procesos administrativos que se adelanten al interior de órganos del Estado cuyas funciones son de naturaleza puramente administrativa.<sup>24</sup>

Definición que para la presente investigación, es la que nos interesa, pues la ejecución de las compras de renuncias obligatorias con indemnización inmiscuye previamente el cumplimiento de un procedimiento administrativo subordinado al debido proceso administrativo ya que el entorno del debido proceso legal no abarca únicamente a la esfera de las actuaciones jurisdiccionales realizadas dentro del ámbito de la materia penal, sino es importante resaltar que el debido proceso concierne también a las diferentes materias procesales y sustantivas del derecho, siendo necesario que se respete y garantice el derecho a la defensa de los intervinientes en un procedimiento administrativo o de carácter procesal administrativo ante la justicia ordinaria.

En tal virtud, el respeto al debido proceso legal, no es intrínseco únicamente

---

<sup>24</sup> Ministerio Público Fiscal de la CABA, Coordinación Editorial: Silvina Simondet, *El debido proceso legal, Análisis desde el Sistema Interamericano y Universal de Derechos Humanos*, (Buenos Aires, Eudeba, Tomo I, 1ra. Ed., 2013) 40.

de quienes ostentan la facultad de juzgar -ejercicio de la jurisdicción por parte de los jueces-, sino, corresponde también a todos quienes son parte del estado como ente público dotado de potestades públicas<sup>25</sup>, cuya obligación radica en que sus procedimientos administrativos sean aplicados con fundamento en un debido proceso a través de sus órganos y dependencias.

Por su parte, el doctor Arturo Hoyos, citando al insigne tratadista John Rawls, señala:

El principio de que en un sistema político debe haber un proceso justo es un requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho, y entiende que debido proceso es aquél “razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias”. Nosotros nos ocupamos más del debido proceso como una de las instituciones procesales que, gradualmente, han adquirido el “rango de derechos cívicos o fundamentales”, para usar la expresión de Eduardo Couture. Modernamente, el debido proceso aparece vinculado al constitucionalismo, el cual está ligado a la idea de un gobierno limitado.<sup>26</sup>

En este orden de ideas, cabe traer a colación, la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en la ejecución de procedimientos administrativos, desarrollado jurisprudencialmente por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Al respecto, véase el Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”<sup>27</sup> a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos. Así mismo, estableció que esta al no especificar garantías mínimas respecto de obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter -entiéndase las de carácter administrativo-, por lo que las garantías del numeral 2 del artículo 8 ibídem se aplican a estos órdenes, en consecuencia existe el derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.

En definitiva, lo órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de

---

<sup>25</sup> Cabe recordar que la Administración Pública esta investida de potestades públicas de sustancia administrativa, legislativa y jurisdiccional para el cumplimiento de sus fines colectivos.

<sup>26</sup> Gaviria, “Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio”, 909.

<sup>27</sup> Ibíd., Sentencia de 06 de febrero de 2001, Párr., 102-4.

adoptar decisiones justas basadas en el respeto al debido proceso previsto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, podemos destacar el Caso Baena Ricardo vs. Panamá que sienta otro precedente en cuanto a la distinción existente entre procedimientos administrativos y judiciales en línea con lo establecido en los artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; pues la corte, se ha pronunciado en el sentido de que la discrecionalidad administrativa está sujeta a límites infranqueables, entre estos el respeto de los derechos humanos. De ahí que su actuación debe estar debidamente regulada, y no sujeta a invocaciones de orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por lo tanto, las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. Arguye la corte, en el caso en comento, que no cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias -la destitución de servidores públicos-, el estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana.

Finalmente en el caso en comento, la Corte sostiene que es un “derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.<sup>28</sup>

Otra sentencia de reciente expedición, corresponde a la analogía del Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia, referente a las garantías del debido proceso en procedimientos de carácter migratorio en la que se establece que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso administrativo debe respetar el debido proceso legal.<sup>29</sup>

En definitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varias de sus jurisprudencias ha realizado un análisis interpretativo del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sosteniendo que el debido proceso no corresponde únicamente a cuestiones de índole penal, sino que son extensibles a

---

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Párr. 126-7 – 134. Serie C No. 72.

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Párr. 128-136. Serie C No. 272.

procesos en los que se determinen derechos y obligaciones de otra naturaleza, como la del ámbito administrativo, por lo tanto el reconocimiento de las garantías necesarias para un debido proceso legal.<sup>30</sup>

En esta línea, la aplicación del debido proceso no es un asunto que concierne de manera exclusiva a la judicatura. Es así como en el ejercicio de sus labores, el órgano ejecutivo del estado también está llamado a aplicar las garantías del debido proceso en los diferentes trámites o procesos que se adelanten dentro de su esfera de competencia.<sup>31</sup>

La Constitución de la República, calificada como de orden eminentemente garantista, cuya finalidad radica en el reconocimiento y efectividad de los derechos de los ecuatorianos, está integrada de normas y principios que determinan derechos y obligaciones que deben ser respetados en todos los procesos de cualquier índole, sean estos judiciales o administrativos, asegurando el respeto al debido proceso que comprende el sometimiento a las garantías básicas establecidas en el artículo 76 de la Carta Fundamental, entre estas, el derecho a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos.

De ahí que se torna meritorio, el rol que cumplen los jueces constitucionales en el ámbito judicial, pues su máximo deber constituye la administración de justicia con estricta sujeción a los derechos establecidos en la Constitución de la República - Art. 172-, en línea con el deber fundamental del estado que radica en garantizar el efectivo goce de los derechos -Art. 3.1-, concordante con el deber más alto del estado que es el respetar y hacer respetar los derechos -Art. 11.9-.

En este sentido, el artículo 4.9 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, al referirse a la motivación como tal, señala que es obligación de los jueces fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de reglas y principios que rigen la argumentación jurídica; particularmente pronunciándose sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y demás intervinientes en el proceso.

Pues bien, el concepto de argumentación jurídica no es del todo nuevo, se lo conoce y se lo ha practicado en el ejercicio de la judicatura, también con el nombre de “razonamiento jurídico”, “método jurídico” o “lógica jurídica”, a decir del

---

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Párr. 148. Serie C No. 127.

<sup>31</sup> Simondet, “El debido proceso legal”, 44.

profesor Manuel Atienza, diferenciando la lógica jurídica de la lógica formal o matemática, que no se inmiscuye en el campo del derecho. Así ha sostenido que:

La práctica de la argumentación (motivación) judicial es relativamente reciente en los sistemas jurídicos de tipo continental (en los del common law no ha sido así, puesto que sin una mínima explicitación de las *ratio decidendi* de los casos, esos sistemas no podrían funcionar); y hay muchas decisiones (de órganos administrativos y también de órganos judiciales -las de menor importancia-) que no se motivan, pues en otro caso se haría imposible el funcionamiento de las instituciones. Y, por otro lado, las argumentaciones no tienen lugar únicamente en contextos prácticos (en relación con decisiones y acciones), sino también en contextos teóricos (a propósito de creencias y opiniones). La argumentación judicial en materia de hechos, por ejemplo, es de segunda naturaleza, si bien es cierto que, en última instancia (como ocurre con todo el razonamiento jurídico), tiene un carácter práctico: si se da por acreditado el hecho H, es porque ello es una condición para la adopción (justificada) de una determinada decisión.<sup>32</sup>

Sostiene que argumentar es algo que tiene lugar en el contexto de la resolución de problemas, aunque la resolución de muchos problemas (incluidos los jurídicos) suele requerir otras cosas, otras habilidades, además de la de argumentar, por lo tanto, es necesario que el juez en su actividad judicial a efecto de cumplir con el ideal de motivar sus decisiones, ponga buenas razones en sus sentencias las cuales deben ser consignadas de manera adecuada a fin de persuadir no solo a los litigantes del proceso sino a la sociedad en general.

De ahí que se constata que la concepción material de la argumentación jurídica tanto en la aplicación de la compra de renuncias obligatorias con indemnización (por los funcionarios públicos), así como en la expedición de las sentencias por acción de protección (por los operadores judiciales) constituya el núcleo esencial de sus prerrogativas públicas. En el entendido de que: “la obligación de motivar no se satisface simplemente mostrando que la decisión (o el correspondiente enunciado de deber) es la consecuencia lógica de ciertas premisas, ni tampoco por razón de que sea aceptable para cierto auditorio, sino que exige (de manera esencial) que se trate de buenas razones, según los criterios de racionalidad característicos de una teoría de fuentes, de la validez, de la interpretación, etc.”<sup>33</sup> En definitiva, corresponde a los jueces la obligación de motivar sus decisiones cuyo propósito deviene en que estas deben ser absolutamente justificadas.

Bajo esta lógica, particularmente respecto de las acciones de protección por la compra de renuncias obligatorias con indemnización, estamos convencidos de que el

---

<sup>32</sup> Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, (Madrid, Editorial Trotta, 2013) 108.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 114.

juez debe entrar a verificar el cumplimiento del debido proceso administrativo como un derecho de los servidores cesados en el ejercicio de sus funciones, en el que se garantice la motivación de la decisión administrativa.

Y por otra parte, en el desarrollo del proceso constitucional de la garantía de acción de protección, los jueces en su actividad jurisdiccional están obligados a emitir decisiones materialmente justas y adecuadas, en beneficio de la sociedad cuyo fin último es el individuo y así hacer efectiva la vigencia del estado social de derecho, trascendiendo sobre la exégesis que ha llevado a la aplicación del silogismo judicial. Toda vez que el órgano judicial, a nombre del pueblo soberano del Ecuador es el llamado a administrar justicia haciendo pragmático el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Por tal razón creemos que debe hacerse plausible la definición de motivación que mediante regla jurisprudencial ha dado la Corte Constitucional ecuatoriana:

La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: “la motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable”.

La motivación de las resoluciones judiciales es requisito para la observancia de un proceso debido, y más concretamente dentro del litigio, para la observancia del derecho a la tutela judicial efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas, sin que en ningún caso quede en indefensión (...).

Resulta evidente entonces “...que el deber de motivar así concebido dota a las resoluciones judiciales de una calidad epistémica que de otro modo no tendrían, y esto es lo que hace de él un dispositivo de garantía. (...) En este contexto, el juez no puede decidir arbitrariamente, sino que está obligado a razonar de manera explícita las resoluciones que adopta, destinadas a defenderse por sí mismo ante los afectados, que no están reducidos a la pasividad inerte frente a ellas, y pueden discutir las con conocimiento de causa”.

Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada (...)

**Una sentencia relativa al campo de las garantías jurisdiccionales no puede ser genérica en su apreciación, sino que debe ser descriptiva del hecho y forma en que la autoridad pública atenta contra una garantía constitucional del ciudadano. Este aspecto es lo que permite la debida motivación del fallo, pues colige los hecho fácticos con su resolución”.**<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 069-10-SEP-CC de 09 de diciembre de 2010, dentro del Caso No. 005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 372 de 27 de enero de 2011.

### 1.3. La reparación integral en las acciones de protección

Partiremos definiendo el derecho de acción a la luz de la doctrina de lo que establece la Teoría General del Proceso, conforme lo sostiene el maestro procesalista Hernando Devis Echandía como “aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto, en cuanto es expresión esencial de este, que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto, asimismo al derecho de acción debe concebirse como un derecho humano a la justicia”<sup>35</sup>. Concretamente ha manifestado que el derecho de acción es un elemento del derecho sustancial o un elemento del mismo derecho en su ejercicio.

Por su parte, el derecho de recurrir, refiere a los actos procesales conocidos como recursos cuyo fin es el ejercicio de la impugnación, a través de la revisión de la sentencia o del auto o decreto definitivo, ante la autoridad que lo dictó o su superior, en cuanto este lo perjudique o no sea conforme a la ley. En términos generales, la acción y el recurso sin embargo tienen como finalidad el obtener sentencia, independientemente de que esta sea favorable o no.<sup>36</sup> Por lo expresado, podemos concluir que la naturaleza procesal de la garantía jurisdiccional de la acción de protección desde un enfoque estrictamente procesalista es una acción que da origen al proceso judicial y no constituye un recurso.

En ese orden de ideas, la demanda de acción de protección<sup>37</sup>, en el sistema

---

<sup>35</sup> Al respecto se puede consultar, en Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: editorial Universidad, 1997), p.180-9

<sup>36</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, (Buenos Aires: Tomo I, 1984) 37.

<sup>37</sup> Los requisitos de la demanda de garantía jurisdiccional de conformidad al artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control son los siguientes:

- “1. Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fuere la misma persona, de la afectada.
2. Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano accionado.
3. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
4. El lugar donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.
5. El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el accionante lo supiere.
6. Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia.
7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.
8. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba.

Si la demanda no contiene los elementos anteriores, se dispondrá que se la complete en el término de tres días. Transcurrido este término, si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay

procesal constitucional ecuatoriano, se la presenta para ante el juez constitucional de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos, de existir varios jueces la demanda debe ser sorteada entre ellos, por así disponerlo el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La acción de protección una vez admitida debe sustanciarse mediante un procedimiento oral, sencillo, rápido y eficaz, en el que son hábiles todos los días, las notificaciones realizadas por los medios más eficaces al alcance del juez, no se aplican normas procesales ni se aceptan incidentes que retarden el ágil despacho de la causa, así como el afectado no puede presentar más de una vez la demanda de violación de derechos contra las mismas personas, por las mismas acciones y omisiones y con la misma pretensión conforme lo reza el artículo 8 de la norma legal invocada. Cabe mencionar que los autos de inadmisión y las sentencias de garantías son recurribles en apelación ante la Corte Provincial de Justicia.

Presentada la demanda de garantía el juez debe calificarla dentro del plazo de veinticuatro horas, auto que deberá contener la siguiente fundamentación:

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

Admitida a trámite la garantía vía auto de admisión, procede la práctica de audiencia oral pública del procedimiento de garantías, en la que se practicarán las pruebas previamente anunciadas. La audiencia empezará con la intervención del accionante, quien demostrará de ser posible el daño y los fundamentos de la acción. Acto seguido intervendrá la parte demandada, que contestará los fundamentos de la acción (hasta por veinte minutos). Teniendo las dos partes el derecho a la réplica,

---

una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia”.

cuya intervención final será del accionante (hasta por diez minutos), pudiendo permitirse la intervención de terceros interesados (hasta por 10 minutos) de conformidad al artículo 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El juez como director del procedimiento podrá realizar preguntas necesarias para resolver el caso; la audiencia terminará únicamente si el juez se ha formado criterio sobre la violación de los derechos y deberá dictar sentencia verbalmente, pudiendo suspender la diligencia judicial para la práctica de pruebas y señalar nuevo día y hora para su continuación. Ausente la entidad o persona demanda proseguirá el trámite de audiencia, no así de mediar la ausencia del accionante en que el juez la considerará como un desistimiento tácito de la acción.

Es necesario observar que la acción de garantía termina con la expedición de la sentencia de rigor, siendo un acto procesal por excelencia, que proscribire la manera lógica y jurídica de concluir el proceso judicial de garantía, mediante una decisión jurisdiccional eficaz, lo cual nos lleva a establecer que el fallo, contenga los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta, constituyéndose en un mandato para las partes que obliga a su cumplimiento, que de prosperar deberá determinar las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda.

Es conveniente mencionar que la reparación integral como tal es una innovación desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inserta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con el texto constitucional de 2008, que va más allá de una cuestión de reconocimiento económico; el cual es insuficiente, que implica la garantía o la certeza de la no repetición de hechos vulneratorios de derechos, cristalizando con ello el estado constitucional de derechos y justicia en consonancia con lo previsto el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que determina la oportunidad de que las personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.

Así diremos que la reparación integral de las garantías jurisdiccionales se contempla expresamente en el artículo 86.3 de la Constitución de la República como obligación a los jueces de establecer medidas de reparación a fin de garantizar los derechos, no solo de índole económico sino más allá, en una suerte de reparación integral o general que reconozca todas las afectaciones que pudieran derivarse por la

vulneración de derechos constitucionales.

Respecto de las garantías jurisdiccionales el artículo 6 de la ley de la materia ha previsto que estas tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos constitucionales, la declaración de violación de tales derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. Particularmente en cuanto a lo concerniente a la acción de protección esta se constituye en el medio eficaz y directo para resarcir los daños causados por el acto vulneratorio de derechos, convirtiéndose en una vía judicial idónea para su efectiva protección.

Por su naturaleza, existen dos clases de reparación integral: material e inmaterial<sup>38</sup>, la primera refiere a una compensación monetaria por los ingresos dejados de percibir, y los gastos incurridos por el daño causado, cuyo tinte se configura como de índole pecuniario; y, el segundo, en la misma línea de compensación monetaria, supeditada al reconocimiento por las aflicciones o sufrimientos causados al titular del derecho y de sus allegados (derecho de familiares de víctimas a saber la verdad) producto del daño causado.

No obstante, que en la presente investigación<sup>39</sup>, de todas las sentencias analizadas, se evidencie la ausencia de argumentación en el ámbito de reparación integral, precisamente ante la falta de tutela de los derechos constitucionales vulnerados en aplicación del Decreto Ejecutivo No. 813, producto de la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, dejando que el papel protagónico de los

---

<sup>38</sup> Al respecto, es bien traída la explicación realizada por la docente Claudia Storini cuando señala que: "... el juez deberá ordenar la reparación integral tanto por el daño material como por el inmaterial. La reparación integral procurará que los titulares del derecho violado vuelvan a gozar del derecho de la manera más adecuada posible, restableciendo la situación anterior a la violación. Dicha reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. Más precisamente, la reparación por daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. Mientras, la reparación por daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida" en Storini, "La Acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social". 157.

<sup>39</sup> En el capítulo segundo se delimita el espectro de la presente investigación, el cual vale mencionar, corresponde al período comprendido en el trimestre de: noviembre de 2011 a enero de 2012; particularmente en la ciudad de Quito, en donde se presentaron un total de 672 acciones de protección, de las cuales en un número de 96 fueron apeladas ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; correspondiendo un número de 98 acciones de protección por la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización de servidores públicos.

jueces en la sustanciación de las acciones de protección se desvanezca ante su rechazo que devino en una interpretación que no permitió conseguir el resultado de una reparación concreta y razonable por la cesación de los servidores públicos, por lo tanto no ha existido la materialización de una reparación integral que persigue el texto constitucional, inobservando que el constitucionalismo ecuatoriano está configurado precisamente para que la regina de las garantías de cierta manera sea la acción de protección de derechos como una vía idónea para alcanzarlos.

## **Capítulo segundo**

### **La argumentación jurídica de las sentencias de acción de protección frente a la compra de renunciaciones**

Mediante Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, que reforma el artículo 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, se estableció la figura de cesación de funciones por compra de renunciaciones obligatorias con indemnización en el sector público, la cual fue ejecutada por las instituciones del estado a nivel nacional al 31 de octubre y 01 de noviembre de 2011. Particularmente en la ciudad de Quito, los servidores públicos perjudicados propusieron sendas acciones de protección que fueron sustanciadas por los jueces constitucionales de instancia

En tal medida, metodológicamente delimitamos este segundo capítulo, a partir del estado de la cuestión de las acciones de protección propuestas por los servidores públicos cesados mediante la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización en el trimestre comprendido entre el mes de noviembre de 2011 a enero de 2012 en la ciudad de Quito, analizadas cuantitativamente respecto del tratamiento del cual fueron objeto a través del procedimiento de sustanciación de garantías jurisdiccionales de los derechos bajo el presupuesto de la eficacia jurídica que tiene la acción de protección que aplicada de manera edificante a través de una razonable argumentación e interpretación jurídica logra una efectiva protección real de los derechos y no ilusoria.

#### **2.1. El rol del juez constitucional de instancia en la admisibilidad o inadmisibilidad y procedencia o improcedencia de la acción de protección**

Con el nuevo modelo de estado vigente en el Ecuador, los jueces constitucionales en el ejercicio de sus funciones están en la obligación de apartar sus concepciones mecánicas en la emisión de sus fallos y decantarse por la utilización irrestricta de valores y principios -juez hércules<sup>40</sup> - contemplados en la Constitución de la República, involucrándose con ello en un cambio de la técnica de interpretación tradicional que permita una hermenéutica jurídica pragmática cuyo ámbito

---

<sup>40</sup> Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, (Barcelona: Gedisa, 1.992) 20.

corresponde a la aplicación de las denominadas normas de estructura tética<sup>41</sup>, es decir, normas generales y abstractas que no prevén situaciones particulares, las cuales originan el desarrollo de las diferentes leyes.

En tal sentido, el profesor Ramiro Ávila Santamaría, sostiene lo siguiente:

Efectivamente la estructura de la norma-regla es distinta a la de la norma-principio. La regla es una norma jurídica que promueve o facilita mucho más la seguridad jurídica, que tiene dos elementos que logran ese objetivo: tiene una hipótesis y una consecuencia, que suele ser una obligación clara. En cambio, la estructura de un principio es la de una norma “tética”, que tiene un mandato de optimización, pero no tiene una condición, ni obligación clara. En cuanto a la función, las reglas y los principios también se diferencian. Los principios deben legitimar a las reglas y eso va acorde a la estructura constitucional, en donde el legislador debe adecuar el sistema jurídico a los derechos. Pero no sólo eso [...] Pero ahora, cuando ya tenemos una constitución que establece la salud, el hábitat, la nutrición, la educación, la seguridad social universal, y en el mundo se reconoce más personas que las propietarias, no podemos esperar como sugeriría un positivista puro que los legisladores hagan códigos con normas hipotéticas para cada uno de estos derechos, cuando sabemos que la gente no tiene salud, no tiene educación, está discriminada, se muere por causas fácilmente prevenibles. Un juez tiene la capacidad, en el sistema jurídico por principios, de poder resolver cuando hay violaciones a esos derechos que no tienen su correlato en una regla hipotética.<sup>42</sup>

En la misma línea el referido autor, refiere que: “El principio es una norma que, al no tener una hipótesis ni una obligación concreta, no establece un régimen objetivo, claro, concreto de cómo aplicar ese principio en la vida práctica. Está la norma absolutamente al arbitrio del intérprete”<sup>43</sup>.

En nuestra opinión, para hacer plausible la tan aclamada justicia, particularmente ante la vulneración de derechos constitucionales, es imprescindible la utilización de los principios por parte de los operadores jurídicos, tanto más, si se encuentra ante reglas que son injustas, yendo más allá de lo que implica el pensamiento jurídico positivista.

Acertadamente el profesor Luis Prieto Sanchís, al referirse a la eficacia de las normas jurídicas, por un lado sostiene que la norma fin es la -Constitución-, en tanto que la norma instrumento corresponde a las -leyes, reglamentos, estatutos, etc.- por lo que su eficacia depende de ambas, pues ya no se supedita únicamente a que la Constitución es idónea para alcanzar sus fines sino de si es capaz de imponerse en la realidad, si es capaz de asegurar que las demás normas (instrumento) satisfagan o

---

<sup>41</sup> Ver Ramiro Ávila Santamaría, *En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Paper Universitario, en <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/PAPER%20UNIVERSITARIO/Ramiro%20Avila%20%28Neoconstitucionalismo%29.pdf>. Edición electrónica. Fecha de consulta: 11 de marzo de 2015.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, 7.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, 8.

realicen lo que manda, señalando que: “si el conjunto de reglas procesales han de orientarse a la tutela de los derechos o, como suele decirse, a la realización de la justicia, su eficacia dependerá de la medida en que efectivamente lo logren”<sup>44</sup>.

De ahí que previamente se piense en cuál es el objetivo primordial que persigue la acción de protección [como un mecanismo procesal], la cual sin lugar a dudas es la de proteger los derechos de los ciudadanos, precisamente desde un rango constitucional -Art. 88 CRE- por lo que su eficacia está dada en función de su grado de contribución a la realización del objetivo de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos y los consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos, dando una dimensión axiológica al derecho.<sup>45</sup>

Creemos entonces, que el rol de los jueces constitucionales inmiscuye una tarea fundamental para consolidar el estado de derechos y justicia y la vigencia de la democracia, en la aplicación e interpretación de la acción de protección -en defensa de los derechos ciudadanos- como garantía favorable al ejercicio de los derechos previstos en la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El análisis anterior, permite, nos parece, plantear diferentes cuestiones relativas a la interpretación procedimental en la admisibilidad o inadmisibilidad y procedencia o improcedencia de la acción de protección, y más adelante, particularmente respecto de la compra de renuncias con indemnización.

Precisamente antes de enero de 2014, los jueces constitucionales, al no contar con una delimitación jurisprudencial constitucional -con efecto *erga omnes*-, que permita la unicidad interpretativa para su sustanciación, desembocó en la aplicación de criterios discrecionales con evidencia de yerros argumentativos en su tramitación.

Ilustraremos lo señalado con un ejemplo, refiriéndonos a una acción de protección ventilada en el Juzgado Tercero de la Niñez y la Adolescencia de Azuay<sup>46</sup>, en la que el juez de instancia, únicamente mediante **auto de calificación** de la demanda, procedió a la inadmisión de la garantía jurisdiccional en uso de su poder jurisdiccional -o lo que denominaremos un evidente abuso del derecho-, auto que fue apelado y ratificado por la Corte Provincial de Justicia de Azuay, mediante auto

---

<sup>44</sup> Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, (Madrid: Trotta, 2005) 87.

<sup>45</sup> Nótese que el modelo estatal vigente propugna la justiciabilidad de todos los derechos constitucionales al amparo de lo previsto en el último inciso del artículo 11.3 de la Constitución de la República.

<sup>46</sup> Ver Juicio No. 01111-2010-0033 en sistema SATJE de la Función Judicial del Azuay. Auto de 08 de enero de 2010. Edición electrónica. Fecha de consulta: 19 de mayo de 2015.

resolutivo de inadmisión que confirmó el auto impugnado, inclusive.

Sobre la base del ejemplo invocado, la acción de protección interpuesta no tuvo la prosperidad que la accionante pretendía pues la Corte Provincial en la *ratio decidendi* de su auto confirmatorio sostuvo que la acción de protección debe encaminarse únicamente a la tutela de los derechos constitucionales -cuestión que creemos es acertada-. No obstante, esta judicatura, falló, en el sentido de que la accionante perseguía la protección de derechos patrimoniales;<sup>47</sup> inadmitiéndola.

En este contexto, Luigi Ferrajoli haciendo distinción entre derechos constitucionales y derechos patrimoniales anota:

Los derechos fundamentales [...] son derechos universales (ómnium), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares; mientras que los derechos patrimoniales [...] son derechos singulares (singuli) en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás<sup>48</sup>

El tratadista argentino Agustín Gordillo al referirse al costo social del rechazo de amparos *in limine litis* o sin resolver, señala que el poder judicial está destruyendo el estado derecho, lo cierto es que con la aplicación de normas de inferior jerarquía a la norma constitucional, se está sacrificando la justicia, en la especie, cuando se expiden fallos en los que se da el fundamento de que se trata de una cuestión de incidencia estrictamente patrimonial. Para el autor, en contraste, sostiene que:

Los fallos que dan fundamento hacen a veces mérito de que se trata de una cuestión de incidencia estrictamente patrimonial como si la Constitución o la Ley en alguna parte dijeran que la propiedad no es una de las garantías fundamentales de la Constitución. Es como confundir el amparo con hábeas corpus, un arma excepcional para defender excelsos y no pretensiones ¡pedestres! como el mero derecho a la propiedad [...] cuando los jueces deniegan justicia del modo expuesto dejan al particular opciones que son todas malas: o volver a la administración y aceptar la corrupción de la que venían huyendo al pedir auxilio jurisdiccional, o sufrir el daño e iniciar el juicio ordinario o sumario, en busca de su reparación, o caer en la lisa y llana desesperación, descreimiento del sistema y en la justicia.<sup>49</sup>

En nuestra opinión, se entiende bien que el pronunciamiento de la Corte Provincial en comento, decidió el fondo de la garantía jurisdiccional y no su forma

---

<sup>47</sup> Cabe señalar que esta decisión judicial fue impugnada mediante Acción de Extraordinaria Protección ante la Corte Constitucional; sosteniendo los jueces provinciales al momento de contestar la acción, que no se pronunciaron ni resolvieron sobre el fondo del asunto y ni su pretensión principal. Respecto de este caso, se emitió una regla jurisprudencial con efectos *erga omnes* que es analizado más adelante.

<sup>48</sup> En Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos* (Madrid: Trotta, 2da. edición, 2006) 65.

<sup>49</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 2 La defensa del usuario y del administrado* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1ª. Edición, 2014) 24. En <http://gordillo.com/tomo2.html>. Edición Electrónica. Fecha de consulta. 15 de agosto de 2015.

(presupuesto que incide para una eventual inadmisión), toda vez que su auto confirmatorio -auto de inadmisión- del auto impugnado, radica en que la pretensión de la acción de protección inmiscuye una reclamación de derechos patrimoniales, cuyo hilo argumentativo realiza la distinción entre derechos constitucionales y patrimoniales, denotándose un análisis superficial sin una argumentación suficiente, precisamente porque el analizar las diferencias entre derechos constitucionales - motivo de la pretensión- y patrimoniales -argumento para la inadmisión de la acción- ya constituye de por sí el objeto de análisis del fondo de la acción de protección propuesta por el accionante ante presuntas violaciones constitucionales, por lo que concluimos que la Corte Provincial en este caso plasmó una vía de hecho, pronunciándose sobre el fondo con un auto que inadmite la acción de protección.

Ahora bien, desde la perspectiva informal con la que se encuentra revestida la acción de protección, sostenemos que una vez insinuada por los accionantes, mal pueden los operadores de justicia sin más, inadmitir, rechazar o archivar la garantía, a contrario sentido, están en la obligación de dar el trámite correspondiente establecido en la Constitución y la Ley, sin que se argumente presunta ordinarización de la garantía; pues precisamente la acción de protección es el medio procesal de defensa eficaz que la ciudadanía tiene disponible para la protección de sus derechos. Una explicación dada por Claudia Storini, señala al respecto que “los derechos solo valen en la medida en que su contravención sea jurídicamente sancionada, para lo cual es imprescindible que su titular pueda instar la reacción de los mecanismos de tutela del ordenamiento”.<sup>50</sup>

En tratándose de la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, nos referiremos a la acción de protección sustanciada en el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Chimborazo, cuya **sentencia** inadmite la acción de protección propuesta confundiendo las figuras de inadmisión e improcedencia establecidas en la ley de la materia, bajo el siguiente argumento:

El recurrente no ha terminado la vía ordinaria para realizar cualquier tipo de reclamación, esto es por la vía de lo contencioso administrativo en cuanto tiene que ver a los servidores públicos y a los trabajadores el derecho que les asiste para acudir

---

<sup>50</sup> Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución del 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2009) 301.

ante los jueces laborales, por consiguiente, no se ha cumplido con lo que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.<sup>51</sup>

En este orden de ideas, podemos colegir que los jueces constitucionales - jueces de instancia y de corte provincial- plasman en sus fallos una cultura jurídica con vigencia del modelo de positivismo jurídico kelseniano -radical- y/o el modelo hartiano -moderado-: a decir de Manuel Atienza, en su obra *Curso de argumentación jurídica*, en la cual anota que la visión kelseniana, propugna una teoría voluntarista o prescriptivista del Derecho en la que la validez de las normas jurídicas y su interpretación por parte de los órganos aplicadores es una cuestión de *fiat, no de razón*, considerando que no existen relaciones lógicas entre normas, lo que supone que no se pueden justificar racionalmente las decisiones judiciales. En tanto que la visión hartiana corresponde dice a un juicio más matizado, propugnando una teoría descriptiva y general del Derecho; entendiendo la discrecionalidad judicial únicamente para los casos difíciles -con criterios extrajudiciales- aunque no por ello arbitrarios.<sup>52</sup>

Lo cual nos lleva a concluir que los operadores judiciales ecuatorianos aún mantienen la raigambre del positivismo jurídico, concebido como una teoría formalista de la interpretación jurídica, con un método propio para aplicar e interpretar las leyes, como también a la función atribuida al intérprete, cuyo método hermenéutico da prioridad a la interpretación lingüística, lógica y sistemática frente a la teleológica<sup>53</sup>; mientras que con respecto a la función es considerada formalista o positivista toda doctrina que atribuye al juez un poder meramente declarativo de las leyes vigentes y su correlativa prohibición de crear Derecho.<sup>54</sup>

Gustavo Zagrebelsky, enmarca al “positivismo jurídico como una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho -estos es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, sino incluso como su simple exégesis, es decir,

---

<sup>51</sup> Ver Sentencia de 19 de diciembre de 2011 recaída dentro de la Acción de Protección signada con Juicio Nro. 06951-2011-1230 propuesta en contra del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en Función Judicial del Ecuador. Edición electrónica. Fecha de consulta: 19 de mayo de 2015.

<sup>52</sup> Atienza, “Curso de argumentación jurídica”, 22-4.

<sup>53</sup> En Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en Jorge Benavidez Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, Coordinadores, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Corte Constitucional – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013) 28.

<sup>54</sup> Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*. (México, Editorial Fontamara, 2007) 32-4.

conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”.<sup>55</sup> De ahí que una actividad que encierre tales parámetros no reivindica ningún valor autónomo, por lo que despectivamente ha señalado: “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”<sup>56</sup>

Los tratadistas ecuatorianos Juan Montaña y Patricio Pazmiño Freire citando al autor italiano Norberto Bobbio, al respecto escriben:

El positivismo se podría presentar ideológicamente como una concepción formal de la justicia denominada “formalismo ético”, el cual postularía no ya lo que el derecho es, sino lo que debería ser. Para los seguidores del formalismo ético el acto justo es aquel que está conforme a la ley e injusto el que contraría al legislador. El término más común para designar esta ideología es legalismo. En estricto sentido este positivismo ideológico o legalismo es un formalismo ético pues comparte con las teorías formalistas de la ética la afirmación que el juicio ético consiste en un dictamen de conformidad de un acto con la norma, en este caso la norma legal, donde lo bueno y deseable surgiría del cumplimiento del mandato legal y lo malo o desviado de su transgresión.<sup>57</sup>

Por otra parte, hemos identificado adicionalmente, que esta forma de proceder de los jueces constitucionales, halla su sustento en la denominada *Teoría del Conceptualismo o Jurisprudencia de Conceptos*, que según el filósofo del derecho español, Felipe González Vicén, corresponde a la adopción de un enfoque del derecho positivo que permita convertirlo en un objeto asequible a la metodología del racionalismo. Dicho en otras palabras, que sí bien no hay mas derecho que el derecho positivo, éste incluye elementos que no son positivos, o sea históricos y contingentes, sino que corresponde a una estructura universal y permanente común a todo derecho, cuya misión radica en presentar al Derecho como un sistema de conceptos, del cual se pueden inferir soluciones que se suponen implícitas en el derecho positivo. Así la combinación de conceptos para dar soluciones se torna en una actividad puramente lógica por lo que la ciencia jurídica no debe acudir a consideraciones axiológicas, sociológicas, económicas, etc., siendo irrelevante el valor moral de la solución inferida a sus consecuencias en el contexto social, concluyendo que: “El jurista que recurre a este tipo de consideraciones en apoyo de determinada solución solo muestra

---

<sup>55</sup> Zagrebelsky, “El derecho dúctil: ley, derechos, justicia”, 33.

<sup>56</sup> “El autor de esta expresión (que suele usar en la forma: <un plumazo del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado>) es J. H. Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), trad. de A. Truyol y Serra, CEC, Madrid, 1983. El contexto de la referida afirmación es la concepción de la jurisprudencia como un mero trabajo a partir de los defectos de la legislación positiva: “Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que solo viven de la madera podrida; alejándose de la sana, establecen su nido en la enferma”. *Ibíd.*, 33-44.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, 28.

su incapacidad para realizar una verdadera labor constructiva y excede la competencia de la ciencia jurídica”.<sup>58</sup>

Pues bien y volviendo a la cuestión que nos ocupa, hemos de recalcar que la acción de protección en su naturaleza esencial para su interposición no debería sujetarse a un advenimiento de requisito previo de agotamiento de otras vías judiciales ordinarias, en la especie, la contencioso-administrativa u otras vías de carácter puramente administrativo, precisamente porque el objeto y razón de ser de la acción de protección, radica en la tutela inmediata y eficaz de derechos, no sujeta a formalidades procesales que retarden su eficacia garantista para una protección oportuna.

No obstante que la ley de la materia, haya previsto como requisito previo que cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz, no procede la acción de protección - Art. 42.4 LOGJCC-, requisito que lo consideramos inícuo, dándole con ello un carácter residual -limitante- a la efectiva vigencia de la referida garantía, que como se ha sostenido en este análisis, no está revestida de formalidades para su presentación.

Lo anterior nos permite concluir, que la acción de protección es autónoma, lo que significa que puede ejercerse con independencia de que para un determinado caso existieran posibilidades procesales alternativas, es decir, que ante la violación de derechos constitucionales no puede interponerse ni exigirse ninguna acción procesal adicional entre tal derecho constitucional y la acción de protección.<sup>59</sup>

En tal sentido, se ha evidenciado que los jueces constitucionales han adoptado una actitud científica neutra, no valorativa en sus decisiones, específicamente respecto de la inadmisión e improcedencia de la acción de protección. Lo cual se colige en cuanto han venido argumentando que los accionantes no probaron la veracidad de sus asertos contemplados en la demanda, resultando con ello un vasto sustento para “inadmitir” las acciones de protección. Por ello la pertinencia de una disquisición, pues al tratarse de garantías jurisdiccionales, la Constitución y la Ley, han previsto que la veracidad de los hechos corresponde -en cuanto a la prueba de la vulneración o no de derechos constitucionales- probar a la entidad demandada; por

---

<sup>58</sup> En Carlos Santiago Nino, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica* (México: Distribuciones Fontamara S. A., 4ta. Reimpresión, 2007) 13-4.

<sup>59</sup> Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición – CEDEC, 2012) 257.

tales razones el mantener una actitud neutra no valorativa en el ejercicio de la jurisdicción configuraría los presupuestos necesarios para la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>60</sup>

De ahí que la acción de protección procesalmente hablando base su accionar en un procedimiento informal constitucional ajeno al litigio de naturaleza ordinaria, garantizando la protección del accionante. En esta línea, la ley de la materia, ha establecido normas comunes para su sustanciación que se encuentran contempladas en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que transversalmente blindan la vigencia de una tutela judicial efectiva de los derechos de los accionantes ante una eventual vulneración de los derechos ciudadanos.

Este análisis nos permite plantear, que la acción de protección no está sujeta a formalidades de ningún tipo para su interposición. Precisamente al ser de rango constitucional, se la ha protegido para que no existan requisitos ajenos al mandato constitucional.

En definitiva, en el ejercicio de la acción de protección no pueden aplicarse las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho, lo cual implica dejar de lado tendencias formalistas/positivistas y restrictivas de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos. Esta última inferencia, sin embargo pretende ser una guía referencial a seguir por parte de los jueces, una mera pauta en razón de la vigencia del estado constitucional; considerando que los jueces en su accionar están sujetos a su propia percepción sociológica, en tanto que no es menos cierto, que nadie está impedido de ensayar tal o cual teoría del derecho diferente a la cual se está propugnando actualmente.

## **2.2. Filtros procedimentales para la interposición de la acción de protección**

Particular interés, respecto de las normas procedimentales para una eficiente acción de protección, nos llevan a analizar una reciente sentencia expedida por la Corte Constitucional<sup>61</sup> -sin perjuicio de que previamente hemos sostenido que la ley

---

<sup>60</sup> Respecto a este tópico, se prevé que el accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba de conformidad al artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo inciso final señala que se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

<sup>61</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 102-13-SEP-CC, dentro del Caso No. 0380-10-EP,

contiene requisitos ajenos al mandato constitucional- que en hora buena ha modulado la causales de inadmisión e improcedencia de la acción de protección establecidas en la ley de la materia; jurisprudencia expedida por la última instancia de justicia constitucional por lo tanto de obligatorio cumplimiento para los operadores de justicia constitucional, delimitando que su admisibilidad, sea vía **auto de calificación**<sup>62</sup> y, la improcedencia, ejecutada únicamente **vía sentencia**<sup>63</sup> en aplicación de lo previsto en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En efecto, el inciso final del artículo 42 *ibídem* respecto de la configuración de las causales de improcedencia señala: “En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”; en este sentido, se colige que la norma trata de la posibilidad de que el juez constitucional, mediante auto declare la inadmisión de la acción de protección, más no improcedencia, esta última, de cuyo contexto trata el artículo 42 invocado, verificándose la existencia de una ambigüedad pragmática entre las palabras improcedencia e inadmisión, que ha sido salvada por la sentencia constitucional invocada, mediante una interpretación conforme de los artículos 40 y 42 de la ley *ibídem*.

En este orden de ideas, cabe traer a colación, la sentencia de la acción extraordinaria de protección respecto de una sentencia emitida por una Corte Provincial que conoció en apelación una resolución de acción de protección por compra de renuncia obligatoria con indemnización, en la que se establecen reglas de aplicación obligatoria para casos análogos, es decir, con efectos *inter pares* e *inter comunis*, para todas las causas que se encuentren en trámite, reglas que consideramos limitan el ejercicio de la acción de protección respecto de las compras de renunciaciones y

---

publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 161 de 14 de enero de 2014.

<sup>62</sup> Cuando se perfeccionen los presupuestos previstos en las causales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a saber: “6. Cuando se trate de providencias judiciales.

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

<sup>63</sup> Cuando se perfeccionen los presupuestos de las causales 1 a la 5 del artículo *ibídem*, a saber: “1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.

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

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

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

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

que fueron expedidas por el máximo órgano de cierre constitucional -la Corte Constitucional-, en una evidente restricción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Previamente, cabe definir los conceptos de los denominados efectos *inter pares* e *inter comunis* enunciados en la referida sentencia, los mismos que se generan ante la concesión de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución de la República y que han sido desarrollados por la Corte Constitucional, definiendo que uno de los efectos que el estado constitucional ha provocado es el de una metamorfosis del papel que desempeña el juez constitucional propendiendo a alcanzar la justicia material con interpretaciones axiológicas a través de sus sentencias, señalando los siguientes significados:

Efectos *inter pares*: una sentencia de esta naturaleza supone que la regla que define debe aplicarse en el futuro, a todos los casos similares. Efectos *inter comunis*: efectos que alcanzan y benefician a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción.<sup>64</sup>

Regresando al tema de las compras de renunciadas, el fallo de la acción extraordinaria de protección corresponde a la Sentencia No. 016-13-SEP-CC, la cual sienta una regla jurisprudencial, al amparo de lo previsto en el artículo 62.8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuya parte decisiva, expresamente dispone lo siguiente:

i. El juez que conoce de garantías jurisdiccionales de los derechos debe adecuar sus actuaciones a las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto, los filtros regulatorios para determinar su competencia se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infraconstitucionales, como es el caso de la supuesta antinomia entre la Ley Orgánica del Servicio Público y el Decreto Ejecutivo N.º 813. Al constituirse esta regla en criterio interpretativo de la Constitución y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que precautela la materialización de la igualdad material y formal, debido proceso y seguridad jurídica, evitando la superposición de la justicia constitucional a la justicia ordinaria, esta regla tendrá efectos para todos aquellos casos que presenten identidad en la pretensión, es decir en el patrón fáctico aquí detallado. ii. Las reclamaciones respecto a las impugnaciones a los reglamentos, actos, resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública que contravengan normas legales son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Con la finalidad de salvaguardar los derechos a la igualdad formal y material, y seguridad jurídica de las personas; cuando se demande una presunta antinomia entre normas de rango infraconstitucional deberá acudir al recurso de anulación u objetivo como mecanismo jurisdiccional ordinario pertinente e idóneo propio de la jurisdicción contencioso administrativa para atender dicha problemática conforme lo ha resuelto la Corte Constitucional en la sentencia No. 003-13SIN-CC,

---

<sup>64</sup> Ver las acepciones invocadas, entre otras, en Sentencia No. 031-09-SEP-CC, dentro del Caso No. 0485-09-EP, expedida por la Corte Constitucional para el Período de Transición.

casos 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN acumulados. Al constituirse esta regla en criterio interpretativo de la Constitución y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que precautela la materialización de la igualdad material y formal, debido proceso y seguridad jurídica, evitando la superposición entre mecanismos jurisdiccionales previstos en la Constitución, esta regla tendrá efectos para todos aquellos casos que presenten identidad en la pretensión, es decir en el patrón fáctico aquí detallado.<sup>65</sup>

Lo anotado, evidencia una desoptimización de los principios constitucionales, precisamente porque los operadores de justicia se encuentran atados -con camisa de fuerza-, pues tienen la obligación de administrar justicia constitucional en aplicación de la jurisprudencia constitucional expedida por la Corte Constitucional, toda vez que el artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que sus parámetros interpretativos tienen fuerza vinculante; inconveniencia, considerando que la Corte Constitucional, al tener el más alto deber de garantizar los derechos constitucionales, de manera coyuntural, actuó en desmedro y limitación de los derechos que debería perseguir, en base a insuficientes argumentos en resguardo de los intereses del estado.

A contrario sensu, dando realce al constitucionalismo contemporáneo vigente y en atención al estado de la cuestión, creemos que la Corte Constitucional, en uso de sus facultades, debe alejarse del criterio interpretativo invocado -el de las presuntas antinomias infraconstitucionales respecto de las compras de renuncias obligatorias con indemnización-, en pro de la garantía de la progresividad de los derechos constitucionales, por lo que resulta necesario que los magistrados constitucionales inserten sus fallos en aquella categoría de sentencias atípicas o modulatorias en las cuales “es posible modular los efectos de los fallos según la consideración sobre la mejor alternativa para alcanzar la protección de los derechos constitucionales y una efectiva reparación integral”<sup>66</sup>. Por lo que no se puede omitir, que la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional va en detrimento del principio de la autonomía en el ejercicio de la función judicial y sobre la sujeción de los jueces al imperio legal únicamente.

En tal función, corresponde a la Corte Constitucional, efectuar el ejercicio de cambio de jurisprudencia en el ámbito de las compras de renuncias obligatorias con

---

<sup>65</sup> En Sentencia No. 016-13-SEP-CC, dentro del Caso No. 1000-12-EP, publicada en el S2-Registro Oficial No. 009 de 06 de junio de 2013. Corte Constitucional. 23.

<sup>66</sup> Citado por Pablo Alarcón Peña, “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La protección judicial de los derechos sociales* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2009) 668.

indemnización, acogiendo los antecedentes fácticos reales y reconociendo el error interpretativo cometido con una carga argumentativa que reconozca la materialidad de los derechos constitucionales y el reconocimiento de una tutela judicial efectiva, bajo un criterio finalista que preserve la supremacía e integridad constitucional.

Para distanciarse de la jurisprudencia constitucional, conforme lo ha señalado Claudia Escobar García, la Corte Constitucional podría acogerse a la figura de la distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi* o la *disanalogía*, comprendidas de la siguiente manera:

*Ratio decidendi* 'la razón general que constituye la base de una decisión judicial específica', 'las consideraciones que guardan unidad de sentido con la parte dispositiva de la sentencia' y las 'argumentaciones que están íntima o inescindiblemente unidas con la parte resolutive de la sentencia', mientras que *obiter dictum* se encuentra constituido por las demás consideraciones de la sentencia. [El precedente] cuando se considera que no es aplicable al nuevo caso en cuestión, por existir elementos fácticos distintos a los que se rigieron en el precedente anterior que ameritan un tratamiento jurídico diferente. Se trata de la *disanalogía*.<sup>67</sup>

De tal manera que el rol que desempeña el juez constitucional con la emisión de sus sentencias de vigencia plena a la tendencia del constitucionalismo contemporáneo yendo más allá de una valoración subsuntiva de las reglas vigentes por el acogimiento de los contenidos materiales y axiológicos dando realce a la protección de los derechos de la ciudadanía.

No obstante, es acertado recurrir a la tesis del doctor Pablo Alarcón Peña, respecto de la vigente acción de protección, quien sostiene que el objeto fundamental de la referida garantía, es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, como una figura no residual, sin perjuicio de que la ordinarización de la acción de protección, debe ser atacada de raíz, en consecuencia, necesaria la implementación de filtros, constitucionalmente válidos y compatibles con un pragmatismo constitucional viviente.

El autor señala que:

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 procede o no las acciones que llegan a su conocimiento, y que a

---

<sup>67</sup> Claudia Escobar García, "La autodisciplina de la Corte Constitucional colombiana", *Revista de Derecho Foro* No. 5, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2006) 205.

partir de su jurisprudencia vinculante marcar el territorio o ámbito de protección de la acción de protección. Por estas 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 del Ecuador sino de 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<sup>68</sup>

Nos parece oportuno mencionar, que con la vigencia del nuevo paradigma constitucional en el Ecuador, en base a los argumentos que se han planteado, se cuestiona la posición de los juez constitucionales como simples “directores del proceso” o meros tramitadores de las garantías constitucionales, pues el constitucionalismo hace que el juzgador se vea avocado a considerar los derechos en serio, para lo cual debe dar pragmatismo a la corriente del activismo judicial en aras de precautelar los derechos constitucionales de los ciudadanos, cumpliendo su rol inminentemente proactivo durante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, comprometido en alcanzar una verdadera justicia, tomando el ordenamiento jurídico y la realidad social como su fundamento.

Néstor Pedro Sagüés ha explicado que incluso en aquellos países donde el modelo de control de constitucionalidad se encuentra concentrado en una Corte Constitucional, el juez ordinario no deja de tener una dimensión de “juez constitucional”<sup>69</sup>.

Lo cual nos lleva a circunscribir, la vigencia de dos clases de activismo judicial:

a) el activismo judicial adjetivo:

“[...] Para los juristas que plantean que el activismo judicial solamente debe tener incidencia adjetiva, mantienen la posición de que el juez debe tener mayores atribuciones respecto al proceso mismo, es decir, en su regulación formal, en el control de los presupuestos procesales y en el impulso del proceso sin que las partes lo soliciten. De esta forma, según anota Carlos Parodi Remón, se plantea al activismo como una saludable dirección del proceso por el juez con el propósito de lograr la igualdad procesal de las partes excluyendo toda posibilidad de que el magistrado actúe abusivamente en el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual

---

<sup>68</sup> En Pablo Alarcón Peña, *Acción de protección: garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?*, Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional, Tesis, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho, 2009) 81-2, en <http://hdl.handle.net/10644/332>. Edición electrónica. Fecha de consulta: 19 de enero de 2014.

<sup>69</sup> Néstor Pedro Sagüés, “Del juez legal al juez constitucional”, en “*Estado Constitucional No. 1*” (Perú: Editorial ADRUS, 2011), 25.

devendría inevitablemente en el indebido favorecimiento de una parte en detrimento de la otra [...]”<sup>70</sup>; y,

b) activismo judicial sustantivo:

[...] se basa en el núcleo de la justicia constitucional que, en palabras de Ramiro Ávila quien, a su vez, cita a Luigi Ferrajoli, es la protección de los derechos humanos, llamados también fundamentales. Según el Doctor Hernán Salgado Pesantes, los derechos humanos o fundamentales “poseen un contenido trascendental, pues abordan cuestiones de índole universal que se consideran esenciales desde la perspectiva humana”. Por esta razón, entre sus características más relevantes, podemos anotar su universabilidad, inalienabilidad, indivisibilidad, irrenunciabilidad, interdependencia e igual jerarquía. Por la complejidad y gran proyección que tiene los derechos fundamentales, autores como Carlos Bernal Pulido y Luis Prieto Sanchís los definen como principios ya que no se especifican sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros y donde se fijan objetivos y conductas. Por ello, se los debe entender como mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Siguiendo este orden de ideas, el mismo Bernal Pulido aclara que la maximización de la que habla, tiene límites que están establecidos en la semántica de la Constitución y de los Tratados Internacionales, pues en ella se encuentra el objeto del derecho que tiene su significado posible en la literalidad de su texto [...]<sup>71</sup>

A tal propósito, es imprescindible señalar que ante todo los jueces y magistrados son seres humanos, por lo tanto influenciados de sus propias ideologías, posiciones y valores morales, lógicamente coincidentes y divergentes unos con otros, por lo que no se podría sostener que los jueces en sus decisiones sean asépticos, sin embargo, siempre deberán propender a la objetividad con características de imparcialidad en la resolución de las causas en defensa de los derechos constitucionales y concretamente ante las arbitrariedades cometidas por abusos del poder estatal.

Al comentar el activismo jurídico vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el asambleísta y jurista ambateño Luis Fernando Torres, ha enfatizado que la mayoría de jueces y tribunales constitucionales se han convertido en legisladores y promotores de políticas públicas con un tinte de corte social, y a manera de ejemplo expone lo siguiente:

Asfixiado por ese tipo de activismo costoso e ineficaz, en febrero del 2012, el Gobernador de Nueva Jersey pidió a los jueces de la Corte Suprema de ese Estado que se abstuvieran de legislar desde el foro y se limitaran a interpretar y a aplicar las leyes, debido a que, mediante sentencias constitucionales orientadas supuestamente a mejorar las condiciones de vida de los postergados en educación y en vivienda,

---

<sup>70</sup> En María Consuelo Velasco Mancheno, editor, “Diferentes perspectivas del activismo judicial desde la doctrina y la jurisprudencia”, en *Revista Ruptura No. 56*, (Quito: Universidad Católica del Ecuador, ed., 2013), 162-8.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, 162-8.

habían elevado el gasto fiscal y los impuestos hasta convertirle a Nueva Jersey en uno de los estados con la mayor carga tributaria. Entre otras medidas, la Corte había dispuesto que se establecieran impuestos adicionales a la renta para financiar la educación en los distritos más pobres y que se obligara a los municipios a cambiar las normas de zonificación para que se multipliquen las viviendas. Al final, esas medidas judiciales no lograron ninguno de sus objetivos esperados. Las diferencias educativas no se redujeron, y, luego de los irreparables daños en el entorno urbano por las masivas construcciones en altura, el déficit habitacional aumentó. Una Corte activista desfinanció al gobierno estatal y fracasó en sus propósitos sociales.<sup>72</sup>

Así mismo, el profesor mexicano Pedro Salazar Ugarte, ha desarrollado la teoría denominada *garantismo espurio* que subyace en una oposición a la teoría garantista de los derechos -la corriente del activismo judicial-, que se constituye en una irreflexiva aplicación del garantismo por parte de los operadores judiciales, bajo la tesis de una moralidad abierta, que diera la apariencia de que están aplicando el Derecho, no obstante, que estos jueces se encuentran indebidamente capacitados para la aplicación de esta teoría -la del garantismo ferrajoliano-, dando como resultado un uso ilegítimo de su poder judicial convirtiéndose en la “mascarada del arbitrio judicial. En una suerte de ‘garantismo espurio’ que, a la vez que cubre la arbitrariedad del juez, va perdiendo su significado original y, con éste, su sentido prescriptivo”.<sup>73</sup>

Al respecto, coincidimos en que debe evitarse el exceso de activismo judicial, pues este podría mancharse por ideologías políticas o posiciones personales que denoten una falta de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, incumpliendo con su deber de objetividad en la resolución de sus causas y estricta aplicación del ordenamiento jurídico. No obstante, desde nuestro punto de vista, el rol que desempeñan los jueces constitucionales y magistrados constitucionales debe reorientarse bajo la premisa de un activismo judicial que se decante por la aplicación de un sano criterio con entera discrecionalidad, sustentado en el uso de valores y principios aplicados en la administración de justicia para una protección eficaz de los derechos humanos; pues al no existir activismo, sencillamente no existe neoconstitucionalismo.

---

<sup>72</sup> Luis Fernando Torres, “El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional”, en *Revista IurisDictio No. 15*, (Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2013) 69. En [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/IurisDictio\\_15/iurisdictio\\_015\\_004.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_004.pdf). Edición electrónica. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2015.

<sup>73</sup> Pedro Salazar Ugarte, *Garantismo Espurio* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009) 21. En [http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/Libros\\_Publicados\\_2/GARANTISMO\\_ESPURIO.pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados_2/GARANTISMO_ESPURIO.pdf). Edición electrónica. Fecha de consulta: 16 de agosto de 2015.

Luigi Ferrajoli en ese sentido, ha manifestado que “para garantizar los derechos, el juez puede incurrir a una cierta inventiva judicial pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva es imposible y no cabe otra solución que la denegación de la justicia. La protección de los derechos en la medida en que no tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca, contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley. Y se revela en el peor de los casos del todo imposible”<sup>74</sup>

Por último, en relación a la aplicación de líneas jurisprudenciales, hemos de referirnos procesalmente, a que su objeto de estudio debe realizarse bajo un método de análisis comparativo en el que se debe tomar siempre como referente la existencia de patrones fácticos similares de acciones similares.

A manera de ejemplo, señalaremos que para el efecto deben estudiarse o compararse entre acciones extraordinarias de protección versus acciones extraordinarias de protección.

Cabe hacer notar, que la sentencia de acción extraordinaria de protección dentro del Caso No. 1000-12-EP<sup>75</sup> referente a la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización fue la primera sentencia emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana en la materia, siendo expedida el 16 de mayo de 2013. En tanto que, la sentencia de acción extraordinaria de protección dentro del Caso No. 0380-10-EP<sup>76</sup> mediante la cual se establecen los parámetros de interpretación y aplicación del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se la dicta el 04 de diciembre de 2013; coligiéndose por lo tanto la existencia normativa de dos reglas jurisprudenciales con efectos generales respecto de la garantía de acción de protección, las dos de cumplimiento obligatorio por parte de los jueces constitucionales y las dos con efectos *erga omnes*; consecuentemente, el juez que no las observe estaría incumpliendo una sentencia constitucional. En síntesis, esto genera una duda razonable en el intento de aplicación de las referidas reglas jurisprudenciales, pues la aplicación de una y la exclusión de la otra generarían un evidente incumplimiento de los jueces de instancia.

En tal sentido, partiendo de la potestad que tiene la Corte Constitucional para

---

<sup>74</sup> Ferrajoli, “Derecho y Razón”, 919-0.

<sup>75</sup> Sentencia No. 016-13-SEP-CC publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 009 de 06 de junio de 2013.

<sup>76</sup> Sentencia No. 102-13-SEP-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 161 de 14 de enero de 2014.

crear normas de aplicación general dentro de las garantías jurisdiccionales cuya facultad viene dada específicamente del artículo 62.8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es decir, la potestad de generar nuevos elementos normativos no tratados en el ámbito constitucional ecuatoriano, pensamos que para subsanar esta disyuntiva en la aplicación de las dos reglas jurisprudenciales antes referidas, ante el conflicto o antinomia existente entre las dos sentencias analizadas -normas de carácter jurisprudencial-, es pertinente aplicar el criterio de favorabilidad de los derechos previsto en el texto constitucional, para lo cual el juez debe decantarse por la aplicación de la sentencia emitida con posterioridad, es decir, la norma jurisprudencial que corresponde a los parámetros interpretativos del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional creada a través de la decisión que se dictó en diciembre de 2013.

Recapitulando, con respecto a lo antes planteado, creemos que a la fecha de aplicación de las compras de renunciaciones obligatorias con indemnización<sup>77</sup> si bien los jueces constitucionales no contaban con normas precisas que regulen la aplicación e interpretación de la acción de protección -reglas jurisprudenciales- debemos recordar que las reglas contempladas en el artículo 88 de la Constitución de la República, determinan de manera clara el objeto de la acción de protección de derechos. En virtud de aquello le correspondía al juez entrar a analizar si existía afectación o no de derechos por la compra de renunciaciones obligatorias conforme lo han invocado los accionantes, por lo que desde nuestra perspectiva y acorde a la naturaleza procesal del artículo 88 del texto constitucional y a la norma jurisprudencial creada con posterioridad -la de diciembre de 2013- por la Corte Constitucional, un operador de justicia, actualmente, bien podría decantarse por la aplicación de los parámetros interpretativos (sentencia de diciembre de 2013) del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional en línea del artículo 88 del texto constitucional.

### **2.3. La independencia judicial a propósito de las acciones de protección**

Empezaremos señalando que la independencia judicial constituye uno de los pilares fundamentales de la democracia y la vigencia del estado de derechos, que

---

<sup>77</sup> Las cuales fueron ejecutadas el 31 de octubre y el 01 de noviembre de 2011 por las instituciones del estado.

inmiscuye un funcionamiento independiente de la función judicial -por ende la eficacia de la separación de poderes-, cuya razón de ser radica en la imparcialidad que debe existir en la aplicación del derecho por parte de los operadores judiciales que hacen de este poder un ente fuerte e independiente.

Ahora bien, esta independencia judicial se encierra en dos aspectos inevitables: el derecho y la política. Bien lo ha señalado Agustín Grijalva<sup>78</sup>, que los jueces por el hecho de ser jueces ya se constituyen de por sí en actores políticos.

Así por un lado existen quienes creen que derecho y política pueden aislarse y ven a la independencia judicial como autárquica, pues los jueces solo aplicarían estrictamente las normas jurídicas -preeminencia del positivismo jurídico-, en tanto que, “quienes creemos que derecho y política son dos esferas diferenciadas y específicas, relativamente autónomas, pero estructuralmente relacionadas, atenderemos a los términos de esta relación antes que plantear la ausencia de la misma. Desde esta perspectiva la independencia judicial se basa en la autonomía, no en la autarquía, y el juez para ser independiente requiere ejercer un poder político propio hacia los otros poderes con los que interactúa, poder que se concreta en la posibilidad real de imponer en un litigio su interpretación jurídica de la Constitución y la ley”<sup>79</sup>, lo cual implica un activismo procesal que no debe ser entendido como arbitrario, pues su ejecución guarda sustento en el sano criterio del juzgador que busca la justicia como un valor.

Por su parte, la Relatoría Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, ha señalado lo siguiente:

75. La independencia del poder judicial se ha definido como costumbre internacional y principio general de derecho reconocido por la comunidad internacional. También constituye una obligación basada en tratados, como lo demuestra el requisito de “tribunal independiente” establecido en el artículo 14, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que, como afirma el Comité de Derechos Humanos, es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna (CCPR/C/GC/32, párr. 19). Además, tal como se consagra en los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, la independencia judicial es un requisito previo del estado de derecho y una garantía fundamental de la existencia de un juicio imparcial. 76. La importancia de la independencia de los jueces también la ha subrayado el Comité de Derechos Humanos en su interpretación del contenido y el alcance del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según el Comité, el requisito de competencia, independencia e imparcialidad de un

---

<sup>78</sup> Grijalva, “Constitucionalismo en Ecuador”, 198.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, 199.

tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna (ibíd.).<sup>80</sup>

En tal contexto, es importante resaltar si en la práctica judicial ecuatoriana los ciudadanos que acceden a los tribunales de justicia con el fin de que se resuelvan sus controversias, logran conseguir imparcialidad u objetividad por parte de los jueces en el conocimiento de sus causas, más aún cuando de por medio se encuentran inmersos intereses estatales o gubernamentales.

Un análisis de la independencia judicial ecuatoriana realizado por el jurista peruano Luis Pásara sostiene que:

Hoy en día existe un consenso en torno a que la independencia judicial requiere la inexistencia de condicionamientos capaces de plasmarse en interferencias en la actuación de la administración de justicia. La independencia se sitúa tanto en el nivel de la institución como en el nivel del juez individual. La institución puede gozar de independencia –respecto a injerencias extrañas a ella– pero el juez puede no serlo, en razón de presiones provenientes de la propia organización. Cuando se trata del juez individual, la independencia consiste en la ausencia de vínculos o interferencias que lo lleven a decidir en un sentido determinado; esto es, que le impidan ser imparcial al resolver los casos que conoce. Los nombramientos, la carrera y el control disciplinario constituyen escenarios clave para afectar la independencia. El juez sólo puede ser independiente cuando su nombramiento en el cargo y la permanencia en él no se hallan bajo el control de alguien que tiene interés en un pleito. La democracia requiere de la independencia judicial debido a que es ante el órgano judicial que se puede hacer responsables de sus actos, constitucional y legalmente, a quienes ejercen el poder. Pero el control sobre los actos de gobierno solamente puede ser ejercido por jueces independientes. Si el poder judicial no ejerce seriamente la función de control de constitucionalidad y de legalidad sobre los actos de gobierno, su papel queda reducido a resolver conflictos entre particulares y el equilibrio de poderes, indispensable para la democracia, resulta vaciado de contenido. Ecuador es un país en el que el estado de derecho no ha tenido un desarrollo sólido. Siendo un país políticamente inestable a través de su historia, el poder ha hecho de la justicia parte del juego político. De ahí que críticas al sistema de justicia y propuestas para reformarlo se hayan multiplicado durante las últimas décadas.<sup>81</sup>

Lo cual guarda similitud, con el pronunciamiento emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un litigio atinente a nuestro país –Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) vs. Ecuador–, que expone lo siguiente:

---

<sup>80</sup> Ver Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, Sra. Gabriela Knaul, presentado de conformidad con la resolución 26/7 del Consejo de Derechos Humanos, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/41/PDF/N1450141.pdf?OpenElement>. Edición electrónica. Fecha de consulta: 12 de agosto de 2015.

<sup>81</sup> Luis Pásara, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana* -resumen ejecutivo- (2014). En [http://dplf.org/sites/default/files/indjud\\_ecuador\\_resumenejecutivo\\_esp.pdf](http://dplf.org/sites/default/files/indjud_ecuador_resumenejecutivo_esp.pdf). Edición electrónica, 1. Fecha de consulta: 12 de agosto de 2015.

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial. [...]. El Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces [...]. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación [...]. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos” [...]), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento [...], la inamovilidad en el cargo [...] y la garantía contra presiones externas [...]. 146. Respecto a la garantía contra presiones externas, los Principios Básicos disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo” [...]. Asimismo, dichos Principios establecen que [n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial.<sup>82</sup>

Los hechos que se han enunciado y las definiciones expuestas respecto de la independencia del sistema judicial, nos lleva a esbozar la siguiente cuestión:

*¿Es posible que en una democracia, en donde existe la división o separación de poderes constituidos, la función ejecutiva y un ente controlador de la función judicial interfiera en las actividades propias de la administración de justicia?*

La respuesta bajo la mira de nuestro país, es muy desalentadora, pues la Función Ejecutiva en un ejercicio de intervención en la Función Judicial, a través del Oficio Circular No. T1.C1-SNJ-10-1689 de 18 de noviembre de 2010, suscrito por el señor Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, dispuso a los ministros y secretarios de estado, que si la justicia constitucional definitiva otorgara la razón al Estado en las causas de acciones de protección y medidas cautelares propuestas en su contra, se proponga inmediatamente “juicios de daños y perjuicios en contra del juez que ocasionó la suspensión o retraso de la obra como consecuencia de la suspensión del acto de autoridad pública obtenida por la acción de protección o de medidas cautelares.”<sup>83</sup>

Por otra parte, particularmente en la provincia de Pichincha, un órgano administrativo -la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura- cuya función

---

<sup>82</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 23 de agosto de 2013, publicada en el Registro Oficial No. 113 de 28 de noviembre de 2013, párr. 144-6.

<sup>83</sup> Luis Pásara, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana* -texto completo- (2014). En [http://www.dplf.org/sites/default/files/indjud\\_ecuador\\_informe\\_esp.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/indjud_ecuador_informe_esp.pdf). Edición Electrónica, 58. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2015.

fundamental debería propender a la protección y fortalecimiento de la independencia de la judicatura, así mismo mediante un acto de simple administración -el Memorando Circular No. 1605-CJT-IEM-S-2012 de 09 de julio de 2012- puesto a conocimiento de todos los jueces constitucionales, dispuso directrices jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento para la sustanciación de las acciones de protección, cuyo tenor literal esboza:

En forma reiterativa se ha debido aplicar sanciones en contra de aquellos jueces que han resuelto favorablemente acciones de protección de actos administrativos, cuyo objeto de reclamación tiene que ver con aspectos de mera legalidad y que pueden ser impugnados en la vía judicial, de conformidad con lo establecido en el art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales; por lo que incurrir en la falta prevista en el numeral 7 del art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, al aplicar indebidamente normas jurídicas expresas.<sup>84</sup>

Los enunciados transcritos nos permite concluir una evidente intromisión en el poder judicial ecuatoriano, particularmente ante los jueces constitucionales en la sustanciación de las acciones de protección -¿Disposición o amedrentamiento?-, que desnaturaliza la esencia de la independencia judicial la cual debe circunscribirse en el nivel institucional (tribunales de justicia y/o juzgados) y a un nivel individual (jueces y/o operadores de justicia) que permita un acceso a la justicia libre de injerencias o interferencias. A manera de ejemplo podríamos señalar que los jueces constitucionales objetivos que se decanten por la vigencia de la corriente del activismo judicial, bajo las premisas de las disposiciones administrativas arriba referidas, incurrían en un flagrante cometimiento de una falta administrativa -el error inexcusable- por el simple hecho de cumplir con los deberes que su alta investidura les confiere. Lo cual significa un retroceso con el paradigma constitucional que propugna nuestra Carta Magna, obligando a mantener el esquema anterior -legalista-.

En esa medida, un hecho reciente, constituye la carta de renuncia presentada al Director General del Consejo de la Judicatura, doctor Gustavo Jalkh, por un magistrado de la justicia del Azuay, el doctor Miguel Antonio Arias, que palpa la injerencia administrativa en la función judicial, cuya parte pertinente señala:

La academia, que no se halla circunscrita únicamente a la universidad sino que abarca todo el mundo jurídico, se ha resentido sensiblemente cuando se aprecia que los esfuerzos de sus operadores debe ceder ante una arbitraria y descontrolada concentración de poder que prescinde del concurso jurisdiccional independiente, que agrede el espíritu republicano y que sacrifica la democracia y, con ella, los derechos ciudadanos. Basta recordar la carta dirigida por el secretario de la administración

---

<sup>84</sup> Ver Vanesa Aguirre Guzmán, *La administración de justicia en Ecuador 2012*. (Quito: Revista Programa Andino de Derechos Humanos – Universidad Andina Simón Bolívar, 2012) 19-0.

pública Alexis Mera, al Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Manabí para demostrar esta afirmación. No quiero ser partícipe de un sistema de justicia que atropella derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que le presento, mi renuncia irrevocable al cargo de Juez Primero de Garantías Penales de Cuenca. La función que ejercí por dieciséis años ha sido reconocida con altas calificaciones y aun con felicitaciones por mi rendimiento y la calidad del producto ofrecido, virtudes que es improbable que mantenga cuando mi gestión ha tratado de ser condicionada por intereses extralegales sin que haya sido respaldada sino, todo lo contrario, perseguida con fines presuntamente disciplinarios. Considero que en mi labor jurisdiccional, no existe independencia para resolver con libertad y dignidad, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, porque el poder político de turno, ha impuesto su propia agenda en la administración de justicia, función que la dirige y controla a través del Consejo de la Judicatura.<sup>85</sup>

Las inferencias expuestas nos llevan a establecer que el juez no es un órgano del aparato del estado, sino más bien este se constituye en el controlador eficaz de los actos de gobierno obligado actuar con sentido en el derecho e independientemente<sup>86</sup> y llamado a que en sus sentencias se deje de lado declaraciones retóricas que hacen que los derechos constitucionales se constituyan únicamente en una entelequia imposible de proteger y que queden escritos como meros enunciados normativos de la Constitución.

Es atinado lo sostenido por la profesora Vanesa Aguirre Guzmán, cuando señala que “para que la administración de justicia se ‘constitucionalice’, se requiere en esencia, de un poder judicial fuerte, con capacidad de atender las pretensiones

---

<sup>85</sup> Luis Pásara, “El juez que denunció las presiones de la ‘metida de mano’”, *Revista Plan V*, (2015). En <http://www.planv.com.ec/historias/sociedad/el-juez-que-denuncio-presiones-la-metida-mano>. Edición Electrónica.

<sup>86</sup> Al respecto en una publicación intitulada “‘Pensar’ el Derecho” realizada por el jurista y docente universitario, doctor Fabián Corral, acertadamente hace una reflexión respecto de cuál sería la forma de ejercer o practicar el derecho desde los diferentes ámbitos que lo practicamos, con la cual coincidimos y que radica en el ejercicio del derecho a través de la razón, sin que medie coyunturas ni ideologías de turno, así señala: “Ni los abogados, ni las universidades, ni los funcionarios, ni los asambleístas piensan -pensamos- el Derecho a fondo. Los unos, se limitan a observar los hechos, a hacer mutis por el foro, a comentarle al cliente algún tema, a lamentarse un poco y a acomodarse otro tanto; los otros, tramitan con celeridad las propuestas y las adornan de ideología; los de más allá, difunden las novedades del ordenamiento legal como la panacea universal. Y los demás, callan porque no entienden, o porque han resuelto dejar de pensar, conscientes del riesgo que implica someter el Derecho a la duda metódica, que, en lo sustancial, es ejercer la razón. Sí, ‘ejercer la razón’ que es atributo humano, y que es tarea y responsabilidad de las élites que ahora se avergüenzan de serlo. Es que es preferible medrar que reflexionar, callar que decir. Podría suponerse que la cuestión sea exclusivamente un ‘asunto político’ en el peor sentido de la expresión, es decir, vinculado a la coyuntural perspectiva de situarse en la derecha o en la izquierda, en el gobierno o en la oposición. Podría pensarse que se trate de un tema inscrito en la comprensión de la democracia desde el electoralismo. Pero no, ‘pensar el Derecho’ va más allá, pasa por el concepto de lo público y de lo privado, por el desafío de ser o no ser República, e implica purificar aquello del ‘estado de derechos y justicia’, y de rescatar la visión de contraste: la del ‘Estado de Derecho’, en *Diario El Comercio* (2015). Edición electrónica. En <http://www.elcomercio.com/opinion/derecho-politica-reflexion-ciudadanos.html>. Fecha de consulta 26 de mayo de 2015.

legítimas de los ciudadanos, y esto se logra cuando es independiente e imparcial”.<sup>87</sup>

Vinculado al principio de imparcialidad de los jueces constitucionales a efecto de hacer efectiva la democracia, base del estado constitucional de derechos, encontramos al principio de separación de poderes, constituido este como garantía institucional de protección, el cual se lo conoce en la doctrina “como la segunda columna vertebral del estado constitucional y que consiste en la forma de organización del poder soberano del Estado que mediante su separación en distintas funciones evita su acumulación en una sola persona o institución”.<sup>88</sup>

De ahí que la esencia misma de la separación de poderes -Función Judicial vs. Función Ejecutiva<sup>89</sup> - tenga que ser exigida en los diferentes ámbitos del quehacer público; pues los jueces deben someterse a atender los asuntos jurisdiccionales y desvincularse de los acontecimientos políticos que puedan viciar sus decisiones judiciales en casos concretos, pues el juez es el protagonista de la función de tutela de los derechos.

Esta tesis nos lleva a uno de los ensayos planteados por el tratadista italiano Riccardo Guastini -*La Constitución y sus conceptos*- en el que señala a la Constitución como un límite del poder político que conlleva una efectiva división de poderes acompañada del aseguramiento de los derechos fundamentales, por lo que de no existir la confluencia de esos dos requisitos en un estado mal podría considerarse un estado constitucional en la medida en que no estaría dotado de una Constitución y no regiría en su interior un *régimen constitucional*, lo cual evidenciaría el carácter

---

<sup>87</sup> Aguirre, “La administración de justicia en Ecuador 2012”, 12.

<sup>88</sup> Véase Pedro Salazar Ugarte “La democracia constitucional” en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, editores, *Apuntes de derecho procesal constitucional - Cuadernos de trabajo*, Tomo 2. (Quito: Corte Constitucional para el período de transición – Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2012) 29.

<sup>89</sup> “La VI Cumbre Iberoamericana de presidentes de cortes supremas y tribunales supremos de justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, en mayo de 2001, aprobó el Estatuto del Juez Iberoamericano, con el propósito de definir ‘el papel del juez en el contexto de una sociedad democrática’. El primero de los artículos de este texto normativo establece el principio de independencia como garantía para los justiciables” y entiende la independencia como sujeción a la Constitución y a la ley. El artículo segundo del Estatuto dispone los términos a los que obliga la independencia judicial: ‘Los otros poderes del Estado y, en general, todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como los diferentes grupos y organizaciones sociales, económicos y políticos, deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura’. La enumeración de quienes están obligados a respetar la independencia judicial está encabezada por ‘los otros poderes del Estado’ debido a que precisamente, en la experiencia de la región son esos poderes quienes más han afectado la independencia que este texto normativo busca consolidar. ‘Respetar y hacer efectiva la independencia’ judicial significa, en primer lugar, la ausencia de intromisión de parte de las autoridades y otros actores” en Pásara, “Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana” -texto completo-, xi.

autoritario del sistema político.<sup>90</sup>

Consecuentemente, nuestra tesis defiende la posición de que la independencia del sistema judicial radica en una interpretación jurídica independiente ejercida por los jueces de manera imparcial, no sujeta a injerencias de ninguna índole para el efectivo cumplimiento de los derechos humanos y el acceso a la justicia<sup>91</sup> que garantice transparencia rompiendo los estereotipos de exclusión y vulnerabilidad de los ciudadanos, constituyéndose la independencia judicial como una institución garante del estado constitucional de derechos.

#### **2.4. Desnaturalización de la acción de protección ante la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización**

Mucho se ha hablado respecto de la desnaturalización del amparo constitucional y actualmente de la garantía constitucional de la acción de protección, acentuándola desde la perspectiva del abuso de su utilización por parte de los accionantes, por ende de los abogados en libre ejercicio -sin perjuicio de que con la vigente acción de protección no sea necesario el patrocinio de un abogado para su presentación-.

La presente investigación, pretende revertir las características invocadas, partiendo de un análisis de la desnaturalización de la acción de protección -ya no desde el lado de los accionantes- sino desde quienes detentan la obligación de su conocimiento y sustanciación, en la especie, los jueces constitucionales de primera instancia, pues el fin de esta garantía constitucional, obliga a que en el ejercicio de su actividad jurisdiccional analicen el fondo del asunto, a fin de declarar la procedencia de la garantía constitucional, la vulneración de derechos constitucionales y la consecuente reparación integral por el daño causado, cristalizando con ello el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

---

<sup>90</sup> Citado por Miguel Carbonell, en “Guastini y los temas constitucionales” en Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2001) 15-7.

<sup>91</sup> “El acceso a la justicia, según la definición del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es la capacidad de los particulares de solicitar y obtener una reparación por conducto de las instituciones judiciales formales o informales, y de conformidad con las normas de derechos humanos. Esta definición, generalmente aceptada por la comunidad internacional, colma el vacío dejado por los tratados internacionales de derechos humanos en los que no se encuentra ninguna definición específica de acceso a la justicia. No obstante, varios instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos se refieren al acceso a la justicia como un derecho fundamental que debe garantizarse a todas las personas”, en “Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los jueces y abogados”, párr. 47.

El texto constitucional ecuatoriano, al referirse al ejercicio de los derechos expresa que estos se regirán por varios principios, así el inciso final del artículo 11.3 de la Constitución de la República, dispone que los derechos serán plenamente justiciables, por lo tanto, los derechos y las garantías previstas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación **por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial**, de oficio o a petición de parte, en consecuencia, se colige el deber *sine qua non* que en el estado constitucional de derechos y justicia, particularmente en la práctica de la jurisdicción constitucional, tienen los jueces constitucionales respecto de su rol de garantes de los derechos ciudadanos, por lo tanto controladores del cumplimiento progresivo de los derechos constitucionales, función que debe ejecutarse en estricta aplicación de los principios y valores establecidos en la Constitución, incrementando con ello la confianza en el sistema judicial.

Ahora bien, previo a entrar en el aspecto de fondo, es pertinente indicar que en el período comprendido en el trimestre de: noviembre de 2011 a enero de 2012; particularmente en la ciudad de Quito, se presentaron un total de 672 acciones de protección, de las cuales en un número de 96 fueron apeladas ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; correspondiendo un número de 98 acciones de protección por la compra de renuncias obligatorias con indemnización de servidores públicos<sup>92</sup>.

En tal escenario, se pudo constatar que los jueces constitucionales para declarar la improcedencia de la acción de protección, en sus sentencias han argumentado a raja tabla que el ordenamiento jurídico en el Ecuador es claro y que en razón de los fundamentos esgrimidos por los accionantes, han llegado a la conclusión inequívoca, de que sus pretensiones inmiscuyen la resolución de conflictos que no entran en el marco de la esfera constitucional, acogándose para ello en la disposición contenida en el artículo 42.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>93</sup>, por lo que en sus fallos han señalado que

---

<sup>92</sup> Para el efecto mediante Oficio s/n de 12 de mayo de 2015, se solicitó a la Dirección Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, un detalle pormenorizado de las acciones de protección presentadas en el trimestre señalado. Requerimiento que fue atendido mediante Oficio No. DP17-0404-D-2015 de 28 de los mismos mes y año. Al cual hemos realizado un análisis cuantitativo de la información remitida a efecto de los fines investigativos -compra de renuncias obligatorias con indemnización-.

<sup>93</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- “Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: (...) 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”.

la vía propicia para atender lo solicitado, es la judicial, a saber la vía contencioso-administrativa; arguyendo incompetencia para el conocimiento de las acciones de protección puestas a su conocimiento;<sup>94</sup> con ello la tesis positivista en auge conforme se ha dejado anteriormente plasmado.<sup>95</sup>

Ahora bien, este ejercicio interpretativo, encontramos tiene su sustento en una de las técnicas de la interpretación jurídica desarrollada por el profesor italiano Riccardo Guastini, específicamente en la denominada *interpretación literal o declarativa*, la cual se circunscribe a lo siguiente:

Es la que atribuye a las disposiciones normativas su significado “propio”. Esta definición sin embargo, no puede aceptarse, porque se basa en la idea ingenua y falaz de que las palabras están dotadas, precisamente, de un significado “propio”, intrínseco, independiente de los usos. [...] Por interpretación literal o declarativa puede entenderse, *grosso modo*, la interpretación que atribuye a una disposición su significado “literal”, es decir, el más inmediato -el significado *prima facie*, como suele decirse- que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas. Ahora bien, esta definición, peca de falta de rigor, porque no es posible establecer con nitidez el significado literal de las palabras, de manera que tampoco es posible trazar una línea precisa de demarcación entre interpretación literal y otros tipos de interpretación. El significado literal, en efecto, es una variable que depende de la competencia y de la intuición lingüística de cada uno; y, en este sentido es algo bastante subjetivo.<sup>96</sup>

Ante tal afirmación, cabe dejar sentado que los derechos previstos en el texto constitucional no pueden sufrir ningún tipo de limitación por los agentes de estado, entiéndase a estos, en el presente trabajo, a los jueces constitucionales, quienes tienen el deber de preservarlos y protegerlos. De ahí que los jueces en su quehacer jurisdiccional están sujetos al principio de legalidad, el cual debe estar parametrizado en el contexto de aplicar las reglas y principios constitucionales. Esta tendencia sugiere que la “Constitución es –como cualquier otra ley- susceptible de interpretación y aplicación directa por parte de los jueces comunes para la solución de las controversias a ellos sometidos”<sup>97</sup>, lo cual favorece una interpretación conforme de la legislación ordinaria -leyes interpretadas coherentemente con la Constitución y por otro lado, una sobreinterpretación de la constitución- recabando

---

<sup>94</sup> Ver Sentencia de 19 de enero de 2012 recaída dentro de la Acción de Protección signada con Juicio No. 11131-2011-0858 por compra de renuncia obligatoria con indemnización, en Función Judicial del Ecuador. Fecha de consulta: 19 de mayo de 2015.

<sup>95</sup> Por otra parte, se ha argumentado, que los recurrentes no han terminado la vía ordinaria para realizar cualquier tipo de reclamación, por lo que no se ha cumplido con lo que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para que prospere la acción.

<sup>96</sup> En Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999) 25-6.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, 257.

reglas y principios idóneos para resolver las controversias.

En tal sentido, a manera de ejemplo, si la constitución ha señalado expresamente que el imputado no puede declarar en contra de sí mismo, nos lleva a la conclusión que ninguna norma, ni ningún razonamiento en particular de jueces, puede impedir el ejercicio de la referida libertad.

Esta comparación, nos lleva a aseverar que la garantía de la acción de protección, prevista en el texto constitucional, no puede limitarse bajo ningún parámetro normativo, ni de interpretación, menos aún por disposiciones que inmiscuyan un abuso de poder o del derecho que vayan en desmedro de la independencia e imparcialidad de los jueces constitucionales, con alusiones de coyunturas políticas e ideológicas, precisamente porque el poder del pueblo soberano impide las injerencias en los derechos delimitados en los preceptos constitucionales definidos por el poder constituyente. Enfatizamos en este contexto, la importancia de que el estado a través del órgano judicial realice sus actuaciones e investigaciones de manera efectiva, oportuna e imparcial, llegando a la sanción de los agentes de estado que han violado derechos humanos erradicando la impunidad.

Por otro lado, hemos identificado que los jueces de instancia al resolver las acciones de protección por las compras de renuncias obligatorias con indemnización, han confundido su rol de jueces garantistas y han desarrollado su actividad, como jueces ordinarios, particularmente haciendo las veces de jueces de Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pues en su hilo argumentativo de sentencias, se han decantado por entrar a realizar el análisis legal y no constitucional del acto administrativo de cesación de funciones por compra de renuncias obligatorias.

Para el efecto, se han adentrado en la doctrina del derecho administrativo, al punto de mencionar y transcribir, normas del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, para encuadrar la definición de acto administrativo como tal y la presunción de legitimidad y ejecutoriedad<sup>98</sup> de los actos administrativos. Por lo que su conclusión subsuntiva de las sentencias, en su parte resolutive manifiesta que las reclamaciones deben proponerse conforme a las normas

---

<sup>98</sup> Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.- “Art. 68.- Legitimidad y Ejecutoriedad.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”. Las sentencias en cuestión realizan una exposición doctrinal de autores administrativistas como: Alejandro Ponce Martínez, Rafael Bielsa y Roberto Dromi, cuya argumentación se sustenta bajo la premisa de que el artículo 173 de la Constitución de la República dispone que: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

que rigen la administración pública, esto es, formular la demanda ante el Tribunal Contencioso-Administrativo, organismo competente de conformidad con la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial (Arts. 216 y 217) al amparo del principio de impugnabilidad de los actos administrativos concordante con lo previsto en el artículo 69 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, referente a la impugnación ante la inexistencia de vulneración a derechos constitucionales,<sup>99</sup> dedicando así largos párrafos a una argumentación explicativa de fundamentos de derecho administrativo, que en definitiva no vienen al caso, pues el asunto de fondo, los hechos, referían a vulneración de derechos constitucionales, más no a la esencia o conceptualización de acto administrativo, en una suerte de desvío de la atención de los jueces, en razón de la verdadera problemática y/o pretensión de los accionantes.

Ahora bien, si de impugnación de acto administrativo se ha hablado, no queda la menor duda, por una parte, de que la emisión de los actos administrativos debe estar sujeta a normas de carácter legal, pero no es menos cierto, que así mismo, deben expedirse bajo los preceptos constitucionales de las garantías del debido proceso, lo cual encierra un derecho fundamental que ha de ser respetado por la Administración como ente que detenta el poder público; lo dicho ha quedado esgrimido en el capítulo I de la presente investigación.

A manera de parangón, siendo este el estado de la cuestión, en el que se determina que no existe una debida actuación de los jueces constitucionales en la resolución de las acciones de protección por la compra de renunciaciones obligatorias, cabe traer a colación al Profesor Manuel Atienza cuando trata sobre las concepciones del derecho más características del siglo XX, entre ellas la del escepticismo jurídico de finales de ese siglo, refiriendo a la obra de Duncan Kennedy respecto del problema de la aplicación judicial y por tanto de la argumentación jurídica, mediante la cual abona la tesis del carácter político de la administración de justicia, negando la legitimidad de un discurso jurídico en sentido estricto, por el de la vigencia de una cuestión de poder. Aduciendo que los jueces mienten conscientemente, escondiendo sus motivaciones reales, aplicando un discurso persuasivo que mantiene sus objetivos

---

<sup>99</sup> Ver Sentencia de 26 de diciembre de 2011, recaída dentro de la Acción de Protección signada con Juicio No. 17356-2011-0487 por compra de renuncia obligatoria con indemnización, en Función Judicial del Ecuador. Fecha de consulta: 29 de mayo de 2015.

políticos e ideológicos.<sup>100</sup>

Precisamente el aclamado cambio de paradigma que devino en una Constitución inminentemente garantista, -modelo latinoamericano-, debe ejecutarse obligatoriamente en aplicación de los principios constitucionales cuyo fin es hacer efectivos los derechos que la Constitución contiene y de aquellos que por el bloque de constitucionalidad<sup>101</sup> son aceptados en el país. Siendo ese el estado del arte -la vigencia del constitucionalismo-, es tarea de los operadores de justicia ir más allá del enunciado normativo -el del legalismo formalista- haciendo práctico el estado constitucional de derechos y justicia, que nos lleva a que nos alejemos de las concepciones del derecho cerradas y nos decantemos por una corriente del derecho abierto. No obstante, hay que considerar que el positivismo jurídico es necesario y como sistema jurídico no es malo, pues la ley doctrinariamente es una fuente de derecho, por lo tanto la ley *per se* no es adversa, el problema deviene cuando el juzgador utiliza de manera excesiva la ley para eludir su responsabilidad de administrar justicia constitucional.

Tanto más que, la Corte Constitucional ecuatoriana en un reciente fallo ha definido que:

El desarrollo del estado constitucional encuentra en el garantismo el sustento para efectivizar y a la vez para otorgar legitimidad y contenidos concretos a los derechos constitucionales cuya supremacía se pretende, es decir, para otorgarle el carácter normativo a los preceptos atinentes a derechos. A través del garantismo lo que se intenta es representar, interpretar y explicar el contenido de los derechos para precisamente articular las garantías, asimiladas como técnicas normativas diseñadas para tutelar los derechos constitucionales y correlativamente para neutralizar y limitar el abuso de poder.<sup>102</sup>

Por lo que nuestro punto de vista, enfoca a que la falta de acción de los jueces constitucionales en la sustanciación de las garantías, ha desnaturalizado la idoneidad de la acción de protección como medio o remedio procesal para la protección de los

---

<sup>100</sup> Véase Manuel Atienza, “El derecho como argumentación”, en Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. (México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011) 65-8.

<sup>101</sup> Al respecto Rodrigo Uprimny, señala que el bloque de constitucionalidad: “Está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”, en Rodrigo Uprimny, *El bloque de constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrina*, Volumen I. (Colombia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001) 40.

<sup>102</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 090-15-SEP-CC dentro del Caso No. 1567-13-EP,

derechos. Coincidiendo con el profesor Néstor Pedro Sagües, cuando sostiene que: “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”.<sup>103</sup>

La acción de protección implica un análisis en su fondo, pues su importancia procesal radica en que los hechos que enuncian los accionantes obligatoriamente deben probarse pues estos son *prima facie* los que han incentivado el accionar de la interposición de la garantía ante una eventual vulneración de derechos constitucionales. Tanto más que la carga de la prueba en materia constitucional, por disposición normativa, se encuentra invertida, correspondiendo su accionar a los demandados -el estado- a través de las distintas Administraciones Públicas accionadas.

Una vez que se ha dejado sentado el panorama argumentativo de las sentencias de acción de protección, nos corresponde, desde nuestra apreciación particular, señalar cual debió ser el hilo conductor argumentativo de los jueces constitucionales, establecer la línea a seguir en base al rol garantista que estos debieron desarrollar en el ejercicio de sus funciones, visto desde un análisis cuantitativo del derecho.

Cabe dejar en claro, que la acción de protección al ser activada, únicamente contiene una relación circunstanciada de hechos por parte del accionante, de ahí su naturaleza de ser una acción ante todo sencilla -no sujeta a formalismos-. No obstante que estos hechos, pueden ser ciertos o inciertos, pues como se ha dicho vulgarmente “el papel aguanta todo”, por lo que la función primordial del juez es verificar si la exposición narrativa de los hechos se apega a la verdad material o son argumentos ficticios que deben ser desechados de plano; pues no es el accionante el que debe probar sus asertos, sino se invierte la carga de la prueba a la Administración, dejando en manos del juez la tarea de determinación de la existencia de vulneración a los derechos constitucionales.

Esta tarea de verificación, por lo tanto implica el deber fundamental de establecer si tales hechos descritos previamente se encuentran incursos en una presunta violación de un derecho constitucional, lo cual significa, que el juez constitucional, para poder establecer la existencia de violaciones a derechos

---

<sup>103</sup> Alarcón, “Acción de protección: garantía jurisdiccional directa y no residual”, 99.

constitucionales, sin dilación, debe entrar a conocer el fondo de la cuestión puesta a su conocimiento.

En este orden de ideas, cabe traer nuevamente a colación la sentencia de acción extraordinaria de protección, invocada en el numeral 2.1. del presente capítulo, expedida precisamente respecto del objeto materia de la investigación -la acción de protección en la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización-, en la que expresamente la Corte Constitucional, como *ratio decidendi* de su sentencia, al referirse a la acción de protección, -de la cual hacemos eco y compartimos en su criterio-, ha señalado lo siguiente:

La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de la garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.<sup>104</sup>

Lo anotado nos permite retomar el precepto de que el amparo constitucional – acción de protección- constituye un derecho humano a la protección o tutela judicial de los derechos constitucionales como una garantía. Lo cual se ha manifestado en instrumentos de índole internacional de derechos humanos, a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - 1948<sup>105</sup>, Declaración Universal de Derechos Humanos - 1948<sup>106</sup>, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y

---

<sup>104</sup> Adicionalmente, señala que: “La acción de protección procede solo cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infraconstitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria”, en Sentencia No. 016-13-SEP-CC, dentro del Caso No. 1000-12-EP, publicada en el S2-Registro Oficial No. 009 de 06 de junio de 2013.

<sup>105</sup> “Artículo XVIII.- Toda persona puede ocurrir ante los Tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo, a alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

<sup>106</sup> “Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

Políticos - 1966<sup>107</sup> y, Convención Americana sobre Derechos Humanos – 1969.<sup>108</sup>

La Corte Constitucional, en la línea conceptual expresada, acierta en su conceptualización de la acción de protección y por tanto, como órgano de justicia constitucional de cierre -competente para limitar el poder precisamente- es la llamada a dar fiel cumplimiento de tal argumentación.<sup>109</sup>

Como referencia adicional nos permitimos señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus múltiples sentencias, ha manifestado que el amparo -acción de protección- constituye un derecho dotado de un estándar mínimo común a través del cual se garantiza la protección judicial de los derechos mediante recursos sencillos rápidos y efectivos, así por ejemplo ha dicho:

78. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido que la obligación del Estado de proporcionar un

---

<sup>107</sup> “Artículo 2.- Fracción 3ª: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;  
b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;  
c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>108</sup> “Artículo 25.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;  
b) A desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y  
c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>109</sup> El profesor Carlos Ayala Corao, en su estudio del amparo constitucional, dando énfasis al ámbito latinoamericano, ha sostenido que este no constituye únicamente una garantía judicial de derechos constitucionales sino por sobretodo lo cataloga como un derecho humano en su esencia, acertadamente lo ha circunscrito con los siguientes elementos integrantes:

“1. Un recurso sencillo, rápido y efectivo;

2. Ante los tribunales o jueces competentes, que en los términos de dichos instrumentos deben gozar de la condición de independencia;

3. El acto violatorio o lesivo puede estar constituido indistintamente por actos privados o del poder público. Ello diferencia al amparo latinoamericano del europeo, el cual está circunscrito a los actos del poder público;

4. El objeto tutelado son precisamente todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o en los pactos o convenciones internacionales;

5. La efectividad del recurso comprende la reparabilidad de la violación a través de la garantía de cumplimiento por las autoridades competentes, de toda sentencia en que se haya estimado procedente el recurso;

6. Por último, pero no menos importante, los Estados han asumido una obligación de hacer, consistente en desarrollar, mediante medidas legislativas y de otra naturaleza, las posibilidades del amparo o del recurso en definitiva equivalente” en Gaviria, “Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio”, 346.

recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que los recursos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos de aquel precepto. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. Asimismo, conforme al artículo 25.2.b de la Convención, los Estados se comprometen a desarrollar las posibilidades del recurso judicial. 93. Por otra parte, [señala que], “la efectividad implica que el órgano judicial ha evaluado los méritos de la denuncia”. Al respecto, este Tribunal ha establecido que “el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial [...] no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana”. En otras palabras, es una garantía mínima de toda persona que interpone un recurso que la decisión que lo resuelva sea motivada y fundamentada, bajo pena de violar las garantías del debido proceso.<sup>110</sup>

Subsidiariamente, es pertinente traer a colación la Observación General No. 9<sup>111</sup> de las Naciones Unidas, herramienta internacional, mediante la cual se obliga a los estados parte a que den efectividad a los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales *por todos los medios apropiados*, de tal forma que se garantice su justiciabilidad. Y en doble vía se da relevancia al recurso administrativo, rápido y eficaz, como vía adecuada para el reconocimiento de los derechos proclamados en el, inclusive. De tal suerte, que se puede concluir la relevancia de que en los ordenamientos jurídicos internos existan recursos judiciales apropiados e idóneos que garanticen la plena protección de los derechos económico, sociales y culturales.

Retomando, en líneas anteriores se analizó, que la antedicha sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana -Caso No. 1000-12-EP-, en lugar de garantizar los derechos constitucionales producto de la aplicación de la compra de renuncias obligatorias con indemnización, desvió su deber garantista, tergiversando el sentido de la acción de protección en el caso *sub judice* y emitiendo una norma

---

<sup>110</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de agosto de 2008. Párr.78-98. Serie C No. 184. Al respecto, pueden verse otras sentencias en analogía, a saber: Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 03 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 192; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 131; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191;

<sup>111</sup> Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 9, -Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales- (17º período de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1998/22 (1997).

jurisprudencial con efectos generales obligatorios para la improcedencia de las acciones de protección por compra de renunciadas, lo cual es lamentable.

La sentencia en comento, señala expresamente que no existió violación a derecho constitucional alguno, pues dice haberse seguido un procedimiento establecido en la ley, al haberseles entregado a los accionantes, las indemnizaciones que la ley contempla para ese efecto. En línea de tal argumentación, el entorno de las acciones de protección analizadas para la presente investigación<sup>112</sup>, han determinado en su interposición, varios derechos constitucionales presuntamente vulnerados, entre ellos los siguientes: derecho a la motivación, derecho a la seguridad jurídica, derecho al debido proceso, derecho al trabajo, derecho a una vida digna.

En consecuencia, para efectos de la determinación de la idónea línea argumentativa que los jueces de instancia debieron seguir a este respecto, nos referiremos al derecho a la motivación y por lo tanto al derecho al debido proceso - transversalmente al derecho a la defensa-, como derechos *prima facie*, que debieron ser analizados para resolver el fondo de las acciones de protección propuestas por la compra de renunciadas obligatorias con indemnización, pues de verificarse que existe violación a los derechos enunciados, sin más, concomitantemente se configuraría el supuesto de vulneración al derecho del trabajo por efecto de la inmediata cesación de funciones de los servidores públicos, que han quedado en el desempleo.

En palabras de Karla Andrade Oquendo, al desarrollar un análisis de la facultad del juez de instancia para la resolución de las acciones de protección, acertadamente refiere tres estaciones de rigor para su resolución:

1. Interpretar los hechos, es decir, que la carga argumentativa recae en el juez, quien debe interpretar a la luz de la normativa de los derechos presuntamente vulnerados;
2. Garantizar el debido proceso constitucional, determinando motivadamente si la vía constitucional o la justicia ordinaria es la aplicable a los hechos accionados; y,
3. Controlar y asegurar el respeto y cumplimiento de los procedimientos y

---

<sup>112</sup> La cual corresponde al período comprendido en el trimestre de: noviembre de 2011 a enero de 2012; particularmente en la ciudad de Quito, en donde se presentaron un total de 672 acciones de protección, de las cuales en un número de 96 fueron apeladas ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; correspondiendo un número de 98 acciones de protección por la compra de renunciadas obligatorias con indemnización de servidores públicos.

garantías establecidas en el ordenamiento jurídico.<sup>113</sup>

Estamos convencidos de que la acción de protección no puede ser usada para el conocimiento de asuntos infra-constitucionales o de mera legalidad, como bien lo ha sostenido la Corte Constitucional en su jurisprudencia, particularmente cuando ha fallado en acciones extraordinarias de protección producto del conocimiento de acciones de protección sentenciadas en segunda instancia por vía de apelación ante las Cortes Provinciales de Justicia; no obstante, es en este contexto, en el que el juez constitucional de instancia tiene el deber de analizar el fondo de los hechos e interpretarlos a la luz de las tres estaciones que se han expuesto anteriormente. Este sentido jurídico, garantiza la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia, por lo que, acogiendo el criterio de la tercera estación para la temática expuesta -la del cumplimiento de los procedimientos y garantías del ordenamiento jurídico- consideramos que el juez de instancia debió analizar si efectivamente se cumplieron los procedimientos administrativos como garantía del derecho al debido proceso para la correcta ejecución de las compras de renuncias obligatorias con indemnización.

Ahora bien, la Administración Pública, entre otros argumentos, ha llegado a sostener que el procedimiento de compras de renuncias obedece a un acto administrativo discrecional de la Administración por lo que con el pago de la indemnización al servidor público se estaría resarcido el presunto daño causado, por efecto de un despido intempestivo (análogo a las normas del derecho laboral) en el sector público; téngase en cuenta que para el efecto no existe un procedimiento administrativo establecido reglamentariamente para su ejecución, lo cual devino en que las instituciones del sector público, de manera arbitraria, ejecuten discrecionalmente los procesos de des-enrolamiento de personal.

Así el artículo innumerado a continuación del artículo 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en su parte pertinente prevé: “Las instituciones del Estado podrán establecer **planes de compras de renuncias obligatorias** con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas”<sup>114</sup>. Por su parte, el

---

<sup>113</sup> Benavides y Escudero, “Manual de justicia constitucional ecuatoriana”, 121-2.

<sup>114</sup> Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público: “Art. ... .- Cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización.- (Agregado por el Art. 8 del Decreto Ejecutivo No. 813,

artículo 47.k de la ley orgánica, únicamente señala: “Art. 47.- Casos de cesación definitiva.- La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: (...) k) Por compra de renuncias con indemnización;”. Nótese que la norma legal, no regula ningún tipo de compra de renuncia **obligatoria**, lo cual será analizado en el capítulo siguiente.

Por otra parte, consideramos que los jueces omitieron la verificación de la existencia de los denominados “planes de compras de renuncias obligatorias con indemnización” presupuesto que contempla el artículo innumerado a continuación del artículo 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. El texto normativo invocado no determina expresamente, como en Derecho Público corresponde, el procedimiento por el cual a de establecerse los referidos planes compras de renuncia obligatoria, dejando a la arbitrariedad administrativa su aplicabilidad. Omitiéndose con ello la debida notificación de los referidos “planes de compra de renuncia” a los servidores involucrados, a fin de que puedan ejercer su derecho a la defensa; empero los “planes de compra” se circunscribieron en listados simples con detalle de los nombres y cargos de los servidores sujetos a la medida de cesación de funciones sin que obedezcan a análisis valorativos que inmiscuyan los supuestos “planes de reestructuración y optimización institucional”.

Nótese, que conforme una definición general de la palabra plan, dada por el diccionarios de la Real Academia Española, esta constituye un “modelo sistemático de una actuación pública o privada, que se elabora anticipadamente para dirigirla y encauzarla”, actividad que no se cristalizó por parte de las instituciones del Estado, pues el hermetismo con el cual se desarrollaron los procesos de desvinculamiento de los servidores públicos, no contó ni con la asesoría legal de las diferentes unidades

---

publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011).- Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renuncias obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas.

El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidores, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo.

Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración.

En el caso de la Provincia de Galápagos, el valor de la indemnización será calculado conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de la Disposición General Primera de la LOSEP.

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar.

La compra de renuncias con indemnización no es aplicable para las y los servidores de libre nombramiento y remoción; con nombramientos provisionales, de período fijo, contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior”.

jurídicas de las entidades públicas, sino únicamente en razón a disposiciones jerárquicas -de la Secretaría Nacional de la Administración Pública- a través de un denominado “Comité de Gestión Institucional” que “lideró” su ejecución; ente que posteriormente en conjunto con el Ministerio de Trabajo, el Consejo de la Judicatura y todas las instituciones del sector público demandadas por el tema en análisis -en una suerte de reuniones periódicas de reporte-, “coordinaron” el desarrollo de las acciones de protección interpuestas en su contra así como las posteriores demandas contencioso-administrativas, en una evidente vulneración del principio de independencia judicial, por lo que no fue sorpresa, que los fallos de la instancia constitucional en el período investigado se resuelvan todos a favor de los demandados, es decir, a favor del estado ecuatoriano. ¡Desnaturalizando la garantía de la acción de protección!

Lo propio, a fin de dar una eventual racionalidad al plan de compras de renunciaciones obligatorias por parte de las instituciones del estado, pudo sujetarse a las normas del servicio público vigentes, por analogía conceptual, al menos, en aplicación de la figura de supresión de puestos -precisamente por no contar con un procedimiento legal establecido para la compra de renunciaciones obligatorias- contemplada en los artículos 155, 156 y 157 del RGLOSEP.

¿Por qué nos referimos a analogía? Precisamente porque las normas enunciadas previo a la ejecución de procesos de supresión de puestos determinan que estos se aplicará únicamente por razones “técnicas, funcionales y/o económicas” que correspondan a “*procesos de reestructuración*” (Art. 155.c RGLOSEP)<sup>115</sup>, apréciase que la norma reglamentaria al desarrollar el tema de la compra de renunciaciones obligatorias (Art. ... 108.1 RGLOSEP), de manera similar prevé que estas se

---

<sup>115</sup> Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.- “Art. 155.- De la supresión o fusión de unidades, áreas y puestos.- La autoridad nominadora, sobre la base de las políticas, normas e instrumentos emitidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, dentro del ámbito de sus competencias, la planificación estratégica institucional y el plan operativo del talento humano y la administración de procesos, podrá disponer por razones técnicas, funcionales y/o económicas, la reestructuración, la supresión o fusión de unidades, áreas o puestos de la institución, previo informe técnico favorable de la UATH, de lo cual, se informará al Ministerio de Finanzas para efectos de registro de los efectos generados en la masa salarial y siempre y cuando se ajusten a las siguientes causas:

- a) Racionalización de las instituciones, que implique supresión, fusión o reorganización de ellas;
- b) Reestructuración de la estructura institucional y posicional de la entidad debido a redefinición de su misión, finalidad u objetivos, descentralización, desconcentración, concesión, duplicación de funciones, de unidades administrativas internas o simplificación de trámites, procedimientos o procesos; todo lo cual responderá a la planificación institucional; y,
- c) Racionalización y optimización del talento humano a causa de superposición, duplicación o eliminación de actividades”.

establecerán en “*en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización*” de las entidades del estado; denominados procesos de reestructuración, que únicamente para el caso de la figura de supresión de puestos establece expresamente un procedimiento delimitado a seguirse. En este orden, para la aplicación de la compra de renuncias obligatorias de los servidores públicos, en aras de velar por el debido procedimiento administrativo en las instituciones del estado, particularmente para preservar los derechos de los servidores públicos en aplicación de la normativa del servicio público que los protege, debió ejecutarse la expedición de informes técnicos por parte de las Unidades de Administración de Talento Humano, en los cuales se establezca la debida fundamentación de orden técnica, funcional y económica que motive la ejecución de la compra de renuncia obligatoria por cada servidor cesado.

Lo anotado, nos lleva a la conclusión inequívoca de que la ejecución de la cesación de funciones por compra de renuncia obligatoria con indemnización por parte de las instituciones del estado, obligativamente debió sujetarse a un procedimiento administrativo mínimo que permita cumplir con el presupuesto normativo del establecimientos de “planes de compras de renuncias obligatorias” en aplicación de “procesos de reestructuración, optimización o racionalización”.

En realidad, la respuesta dada por los jueces de instancia de las acciones de protección, entre otras, radica en la falta de acuciosidad de verificación de los hechos que las motivaron, su función se limitó a establecer que las pretensiones de las acciones de protección aparentemente como materia de controversia se basaban en la impugnación de las acciones de personal administrativas mediante las cuales se les notificó con la cesación de funciones por compra de renuncia obligatoria, dando el enfoque retórico de que estas correspondían a asuntos de mera legalidad ajenas a la esfera de su competencia constitucional.

Empero sostenemos que el juez constitucional tenía la obligación de analizar si la expedición de las acciones de personal administrativas - APAs de cesación de funciones por compra de renuncia o sus resoluciones administrativas -estas últimas en caso de haberlas- cumplieron con el derecho al debido proceso administrativo de rigor, al amparo del presupuesto constitucional que establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden -entiéndase dentro de este al procedimiento administrativo-, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye garantías básicas, entre otras, la de que toda autoridad administrativa o

judicial, debe garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (Art. 76.1 CRE), lo que transversalmente nos lleva a la obligación del respecto al derecho a la defensa de los administrados, mediante el deber de que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, el texto constitucional expresamente manda: “No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados” (Art. 76.7.1 CRE).

Tal escenario, es pertinente de verificación por el juez constitucional, pues todas las acciones de protección propuestas en el trimestre investigado, arguyen la violación al deber de motivación y debido proceso en la cesación de funciones en comento. Tal es así, que las compras de renuncias analizadas fueron efectuadas vía acción de personal administrativa, con el señalamiento textual -con un máximo de tres a cuatro líneas de parte motiva- de que se compra la renuncia de tal o cual servidor al amparo de lo preceptuado en el artículo in-numerado a continuación del artículo 108 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público concordante con el artículo 47.k de su ley orgánica.

De ahí que corresponde plantearse la siguiente cuestión: ¿Puede hablarse de motivación con la sola enunciación del número de artículos de determinados cuerpos legales? La respuesta se encuentra implícita por sí sola. Existe una insuficiente, corta y sucinta motivación en un espacio cuyos caracteres son mínimos para que se pueda argumentar en debida forma la pertinencia de aplicación de las normas invocadas.

Subsidiariamente, cabe comentar que en el desarrollo investigativo, sin que hayan sido sujeto de interposición de acciones protección, y por tratarse de procedimientos administrativos análogos ejecutados en el trimestre indagado, se pudo constatar, que dos instituciones del estado, en el detalle de explicación de sus acciones de personal administrativas, es decir en su “parte motiva”, erraron en la enunciación correcta del número de artículo que refiere a la aplicación de la compra de renuncias prevista en el reglamento de la materia, a saber: artículo 58 (permisos)<sup>116</sup> y artículo 108.k) (cesación de funciones por acogerse a los planes de

---

<sup>116</sup> Ver Juicio Contencioso Administrativo Nro. 17811-2013-8003 propuesta en contra del Servicio de Rentas Internas, en Función Judicial del Ecuador. Edición electrónica. Fecha de consulta: 02 de noviembre de 2015.

retiro voluntario con indemnización y cesación por retiro por jubilación; cuyo literal k no existe en el artículo 108)<sup>117</sup> del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público; por lo tanto normas inaplicables al caso en referencia, por lo que han sido impugnadas por elección de los ex servidores por vía contencioso administrativa y no vía constitucional.

Ahora bien, ello nos lleva a recordar que el artículo 4.9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expresamente dispone como principio procesal a la motivación, señalando que: “La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso”.

Analizamos en el capítulo I que el debido proceso corresponde también a la esfera del ámbito administrativo concomitantemente una de las garantías básicas que lo integran es el derecho a la defensa, consustancial al derecho al debido proceso y este a su vez conformado por una serie de derechos que constituyen su contenido mínimo; el derecho a la motivación, que se erige por la aplicación de la Constitución y el Derecho por parte de las diversas autoridades públicas y judiciales. Este principio de motivación se articula simbólicamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, contribuyendo a garantizar el derecho a la seguridad jurídica, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales no queden en la indefensión, generando confianza en el sistema jurídico; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, motivando las resoluciones judiciales con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso concreto: “Motivar es encontrar el motivo por el cual se pronunció en determinada forma el juez o jueza que resolvió la causa puesta a su conocimiento, la cual debe producirse de manera razonada, atendiendo a las circunstancias particulares del caso y apegada a los preceptos constitucionales y legales”.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Ver Sentencia de 03 de febrero de 2014 recaída dentro del Juicio Contencioso Administrativo No. 01802-2013-0575 propuesta en contra del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en Función Judicial del Ecuador. Edición electrónica. Fecha de consulta: 03 de noviembre de 2015.

<sup>118</sup> En Sentencia No. 077-10-SEP-CC, dentro del Caso No. 0079-10-EP de 22 de diciembre de 2010. Corte Constitucional del Ecuador.

La Corte Constitucional en tal contexto en el ámbito de las acciones de protección, mediante sentencia ha señalado:

La motivación consiste en que los argumentos que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: la motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable. (...) Es decir, motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y la vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada.<sup>119</sup>

No obstante, para tales efectos, aleatoriamente se pudo constatar 37 acciones de protección<sup>120</sup> por compra de renunciaciones obligatorias ejecutadas vía acción de personal administrativa que no contienen el número de la acción de personal, ni fecha, ni lugar de expedición, ni registro correspondiente, evidenciándose indebida singularización de las acciones de personal expedidas en función de la cesación de funciones por compra de renunciaciones obligatorias con indemnización que hablan por sí solas.

Para tener una idea mucho más clara de lo que es la acción de personal administrativa, la cual de hecho no constituye bajo ningún concepto un acto administrativo como tal, podemos remitirnos al artículo 21 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, disposición que la define como un “formulario”, el mismo que a su vez corresponde a un formato establecido por el Ministerio del Trabajo.

Así, analizado el contexto normativo de la Ley Orgánica del Servicio Público y su reglamento general, podemos corroborar que la *prima ratio* de la acción de personal administrativa no es constituirse como acto administrativo; su función *sine quanon* es operar como un registro de todo lo vinculado a los movimientos de personal de la Administración Pública.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Ver Sentencia No. 069-10-SEP-CC, dentro del Caso No. 0005-10-EP de 09 de diciembre de 2010. Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>120</sup> *Ibíd.*, Sentencia de 19 de enero de 2012.

<sup>121</sup> En tal sentido sirve de ejemplo, el artículo 19 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público que en su segundo inciso indica textualmente: “Todo nombramiento se registrará en una acción de personal, conforme al formulario establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales. Los contratos de servicios ocasionales únicamente deberán ser registrados por las UATH”; en consecuencia la ejecución de la cesación de funciones por compra de renunciaciones obligatorias con indemnización perfeccionadas vía acción de personal administrativa, sin que medie formal acto administrativo motivado, incumplen con el deber de respetar el derecho al debido proceso y motivación de los administrados.

Para finalizar, cabe mencionar una excepción respecto a la procedencia de la acción de protección en la compra de renuncias obligatorias con indemnización - producto de cesación de funciones aplicadas mediante acciones de personal administrativas-, ante la existencia de un fallo de protección favorable para cuatro personas, servidoras del Hospital Abel Gilbert Pontón de la ciudad de Guayaquil, quienes por su situación particular en común, al encontrarse con 13, 22, 32 y 25 semanas de gestación al momento de su desvinculación, consiguieron la restitución a sus puestos de trabajo, garantizando así su derecho al trabajo como un grupo vulnerable de atención prioritaria, dando vigencia al estado constitucional de derechos y justicia, verificándose con ello una actitud proactiva por parte del juez de instancia, cuyo acervo argumentativo fue explícito al señalar que doctrinariamente la acción de protección es informal, inmediata, reparatoria, sumaria, oral y directa por lo que es obligación del Estado garantizar a sus habitantes el goce efectivo de sus derechos; expresamente en su *ratio decidendi* sostiene “que es equivocado sostener que un proceso se pueda instaurar porque la Ley lo determina sin observar el respeto a los derechos constitucionalmente protegidos de las demandantes”.<sup>122</sup>

La decisión del juez constitucional invocada nos permite sostener que la vía constitucional debe ser plausible predominantemente en aras de hacer prevalecer el respeto a los derechos constitucionales, cuyo comportamiento judicial no debe ser manifiestamente mecánico ni arbitrario, sino todo lo contrario; garante de las prerrogativas del ser humano, ya que el único procedimiento apto para la restitución

---

<sup>122</sup> Sentencia de primera instancia expedida por el Juzgado Tercero de la Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas, el 05 de diciembre de 2011, que declaró con lugar la acción de protección a favor de las señoras: Carla Paola Abad Ramírez, Yalíza del Rocío Toala Olivo, Sandra Jacqueline Ramírez Limones y Ana Melissa Rodríguez Guerrero, que en su parte pertinente refiere: “QUINTO.- [...] se aprecia que la separación de las accionantes de sus puestos de trabajo, no fueron acordes a los principios y normas constitucionales del debido proceso, seguridad jurídica y principio de legalidad; que es equivocado sostener que un proceso se pueda instaurar porque la Ley lo determina sin observar el respeto a los derechos constitucionalmente protegidos de las demandantes; que los servidores públicos sólo pueden ser removidos con despido justificado o reducción forzosa de servicios en procesos de restructuración a los que pueda acceder una entidad, como lo determina el artículo 229 de la Constitución; [...] no se consideró su estado de gravidez en el que se encuentran; lo que debe ser enmendado restableciéndose los derechos vulnerados; conforme el mandato constitucional 332 que prescribe: *‘Derechos reproductivos de las personas trabajadoras.- El estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia y el derecho a licencia por paternidad.- Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos’*.- Las exposiciones de los accionados no desvirtúan los planteamientos de la pretensión constitucional y la norma suprema antes referida; por lo que [...] declara con lugar la acción de protección deducida; [las accionante] deberán ser restituidas a sus puestos de trabajo y al mismo cargo que tenían al momento de producirse la violación constitucional [...]”.

de derechos constituye la acción de protección.

En este sentido, vale referirnos comparativamente, al pronunciado expedido por la Corte Constitucional Colombiana, mediante un fallo que desarrolla las garantías de los derechos laborales de las mujeres embarazadas, que señala:

[...] La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. [...] <sup>123</sup>

Como colofón: el cierre de la vía constitucional nos deja la opción ineficiente de acudir a la vía contencioso-administrativa, que nos lleva a la desconfianza del sistema judicial. El no resolver las acciones de protección en estricto derecho, es acrecentar la responsabilidad del estado, pues al trasladar la “competencia” a la vía ordinaria, deviene en un ineficiente gasto público, creando un trabajo improductivo en doble vía, presumiblemente cuyo resultado similar será la denegación de justicia.

## **2.5. El ejercicio del control constitucional en las acciones de protección por compra de renunciaciones obligatorias**

En este orden de ideas, como otro punto no sujeto a análisis por los jueces de

---

<sup>123</sup> Véase, al respecto, la Sentencia SU070/13, expedida por la Corte Constitucional Colombiana, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU070-13.htm>. Edición electrónica. Fecha de consulta: 17 de agosto de 2015.

instancia, encontramos la omisión de confrontación del texto reglamentario -de la compra de renuncias obligatorias- frente al texto constitucional -derechos irrenunciables de los servidores públicos, en aplicación de su deber de control concentrado de constitucionalidad vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el cual permite garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales, vía ejecución de consulta de constitucionalidad de la norma al órgano máximo de justicia constitucional ante la consideración de que tal o cual norma es contraria a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Con la vigente Constitución es evidente que el control constitucional se concentró en la Corte Constitucional conforme lo preceptúa el artículo 428<sup>124</sup> del texto constitucional. Este control “recoge el sistema de control concentrado de constitucionalidad de modelo europeo, básicamente el español, ya que establece que las juezas y jueces, en caso de considerar, advertir o dudar sobre la constitucionalidad de una disposición normativa aplicable a un caso concreto deben consultar sobre la constitucionalidad de la prescripción normativa a la Corte Constitucional, para que sea este organismo el que se pronuncie respecto a la supuesta contradicción entre este y la Constitución, interpretación que encuentra plena concordancia con lo previsto en los artículos 429 y 436, numerales 1, 2, 3 y 4 de la norma suprema”<sup>125</sup>.

No obstante creemos que esta concentración desnaturaliza el poder que como jueces constitucionales deberían ostentar al conocer las garantías jurisdiccionales, particularmente, respecto de la acción de protección.

Así pues, la Corte Constitucional ante una consulta de constitucionalidad, se ha pronunciado en el sentido de que en el Ecuador efectivamente rige un único control concentrado de constitucionalidad, por el cual los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de las causas,

---

<sup>124</sup> Cabe referir que esta definición del carácter concentrado ha sido muy discutida por el foro tanto académico como profesional, resultando polémico, inclusive. Constitución de la República.- “Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

<sup>125</sup> Benavides y Escudero, “Manual de justicia constitucional ecuatoriana” 302.

correspondiendo sólo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez<sup>126</sup>, estableciéndose vía jurisprudencia criterios procesales a cumplirse por la función judicial para elevar consulta de norma ante la Corte Constitucional.

Al respecto, la profesora ecuatoriana Pamela Aguirre, señala que: “las juezas y jueces tienen la obligación constitucional de verificar si una norma aplicable a un caso concreto tiene vicios de inconstitucional, ante lo cual, deben justificar razonada y suficientemente que ninguna interpretación posible de dicha norma cumple con principios y reglas constitucionales, razón por la cual, suspende la tramitación de la causa y consulta a la Corte Constitucional, con el objeto de que se pronuncie sobre la incompatibilidad alegada, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 429 de la Constitución de la República, que reconoce a la Corte Constitucional como máximo órgano de control constitucional<sup>127</sup>.”

Ahora bien, resulta interesante exponer el derogado control de constitucionalidad difuso o descentralizado que se hallaba contemplado en el texto constitucional de 1998 -Art. 274-, mediante el cual se permitía a los jueces, sin suspender la tramitación del proceso, inaplicar las normas inconstitucionales, en un verdadero ejercicio de activismo judicial, que como lo ha sostenido el ex magistrado Hernán Salgado Pesantes, constituye el modelo de justicia constitucional más antiguo, el cual data de 1803 en Norteamérica, con el caso *Marbury vs Madison*, dejando como competencia de la Corte Suprema y de la Función Judicial de los Estados Unidos el control de constitucionalidad de las leyes,<sup>128</sup> con el fin de que encontrando normas inferiores que atentan a la ley suprema, tengan la posibilidad de aplicación directa del texto constitucional, dejando de lado las normas que la contradigan y no guarden correspondencia con aquella respecto del caso puesto a su consideración.

A manera de analogía una de las garantías frente al poder jurisdiccional previsto en la constitución italiana, consiste en la sujeción del juez al principio de legalidad -art. 101, II- en la jurisdicción -la ley-, la cual marca una consecuencia muy particular, así:

---

<sup>126</sup> En Sentencia No. 001-13-SCN-CC dentro del Caso No. 0535-12-CN. Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>127</sup> Benavides y Escudero, “Manual de justicia constitucional ecuatoriana” 303.

<sup>128</sup> Hernán Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2004) 25-6.

Los jueces tienen también la obligación de aplicar ‘sólo’ las leyes y no la Constitución o los reglamentos gubernativos. Por un lado, es tarea de la Corte Constitucional, y no de los jueces ordinarios, la aplicación de la Constitución, o sea, en concreto, la declaración de la legitimidad constitucional de las leyes. Por otro lado, los jueces no están obligados a aplicar siempre y en todo caso los reglamentos gubernativos: deben aplicarlos sólo si son conformes a las leyes, pero no deben aplicarlos si están en contraste con ellas.<sup>129</sup>

En tal virtud, considerando nuestro texto constitucional podemos señalar que existe una verdadera dicotomía entre sistema difuso y sistema concentrado de control constitucional en el país; esta sinergia en razón de que el texto constitucional permite que tanto servidores públicos, autoridades administrativas y jueces, realicen la aplicación directa de la constitución,<sup>130</sup> lo cual es contradictorio con el procedimiento de consulta de constitucionalidad de norma que tienen los jueces conforme a lo previsto en el artículo 428 del texto constitucional, en el que se prevé únicamente la posibilidad de suspensión del proceso más no la inaplicación de la disposición como tal; hecho que evidentemente podría ser salvado vía jurisprudencia constitucional por la Corte Constitucional, haciendo efectivo el sistema garantista de derechos.

No obstante, nos permitimos sostener que existe una mixtura del control constitucional en el Ecuador, pues los jueces de instancia no se encuentran limitados de la aplicación directa de la Constitución, es decir, del ejercicio del control difuso de constitucionalidad normativo, esto en razón del texto de la disposición derogatoria de la actual Constitución que expresamente prevé: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”, lo cual genera una derogatoria tácita de la normatividad que se encuentre en franca contradicción de la norma constitucional, generando la obligación de los operadores jurídicos de omitir la aplicación de las antedichas normas ante la vigencia de la supremacía constitucional.

---

<sup>129</sup> Guastini, “Estudios sobre la interpretación jurídica”, 243-4.

<sup>130</sup> Constitución de la República.- “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

De ahí que nos permitimos señalar la contradicción evidente interpretativa de la Corte Constitucional, en el sentido de que los jueces al ostentar el poder de administrar justicia, sí se encuentran aptos para realizar un control difuso de constitucionalidad en línea con las facultades difusas que de igual manera están llamado a realizar los servidores públicos y autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones con la aplicación directa de la Constitución.

En esa medida, parecería ser un craso error que los jueces de instancia al conocer la garantías constitucionales tengan que desvincularse precisamente del texto constitucional y que sea únicamente la Corte Constitucional la llamada a resolver tales conflictos normativos y de interpretación, tanto más que los actos de los jueces de instancia ya encuentran garantía de eficacia con la acción extraordinaria de protección, la cual permite precautelar los derechos constitucionales en la administración de justicia precisamente como ejercicio de control constitucional por parte de la Corte Constitucional.

En ese contexto, la crisis de que la norma reglamentaria del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, no prevea un procedimiento formal para la compra de renuncias obligatorias -un debido proceso-, genera una duda razonable respecto de su constitucionalidad, que podría haber activado una consulta de constitucionalidad- lo cual se ahonda aún más, considerando la telaraña legal que las administraciones públicas han generado por su facultad normativa, con la emisión de un sin número de formas de procedimiento administrativo, convergiendo la inexistencia de un marco jurídico de actuación común en las instancia administrativas, haciendo administraciones públicas desprovistas de una tutela administrativa efectiva que garantice una actuación administrativa objetiva.

### Capítulo tercero

## **¿Es la figura de compra de renunciaciones obligatoria con indemnización una cuestión infra-constitucional o de mera legalidad?**

En el presente capítulo previamente abordaremos el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional del Ecuador dentro de su facultad del control abstracto de constitucionalidad en relación al Decreto Ejecutivo No. 813 y luego dada la naturaleza de la investigación, nos referiremos al caso paradigmático que corresponde al Caso No. 1000-12-EP que constituye la primera sentencia referente a las compras de renunciaciones obligatorias con indemnización que estableció la regla jurisprudencial obligatoria de que las cuestiones infraconstitucionales no podrán ser objeto de presentación de la garantía jurisdiccional de acción de protección.

### **3.1. Análisis de la Sentencia No. 003-13-SIN-CC, dentro del Caso No. 0042-11-IN acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 154 de 03 de enero de 2014, respecto de la acción de inconstitucionalidad interpuesta respecto del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813**

La doctrina del *Neoconstitucionalismo*, bajo la teoría del profesor Miguel Carbonell, nos recuerda que el estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales. Por lo que el estado no se justifica a sí mismo<sup>131</sup>. De ahí, que el control constitucional sea un mecanismo que sostiene la supremacía de la Constitución y produce un equilibrio entre los derechos fundamentales y la división de poderes<sup>132</sup>.

Por su parte, Luigi Ferrajoli, ha expresado que el constitucionalismo, constituye un “sistema jurídico”, que equivale a un conjunto de límites y vínculos, no solo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, como “teoría del derecho”, a una concepción de validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la

---

<sup>131</sup> Miguel Carbonell, “Prólogo”, en Ramiro Ávila Santamaría, editor, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, (Quito: V&M Gráficas, 1a. ed. 2008), 9.

<sup>132</sup> Karla Huerta Ochoa, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (México, número 108, 2003) 239-0.

coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos<sup>133</sup>. Por lo tanto, la obligación de que los estados provean a los ciudadanos de garantías adecuadas que actúen en la defensa de sus derechos.

De aquellos enunciados, lo más preocupante radica cuando el juez constitucional, desvirtúa la naturaleza y efectos propios del control de constitucionalidad en un ejercicio de violación al principio de interpretación sistemática de la Constitución, particularmente en nuestro ordenamiento jurídico, previsto en la Constitución de la República en su artículo 427, el cual presupone una **interpretación integral de las normas constitucionales**; el énfasis de esta integralidad interpretativa es fundamental en el presente análisis esbozado más adelante.

En el capítulo precedente dejamos sentada la posición de que los jueces constitucionales en su proceder realizan un control político de los actos de gobierno, siendo inevitable que puedan verse confrontados a incidencias de índole político en sus decisiones que podrían desvirtuar un idóneo control constitucional.

En ese sentido, bien lo ha señalado Farith Simon<sup>134</sup> citando a Eduardo Buscaglia y María Dakolias, al referirse a la autonomía del derecho de la política bajo la siguiente perspectiva:

La relación real entre derecho y política frente a la justicia aparece en el común de las personas como algo natural, pues para nadie es extraño en Latinoamérica que en la determinación de las normas y las decisiones judiciales, participan en su favor actores políticos y económicos. Esta obviedad se agudiza en la realidad ecuatoriana, pues es sabido que las leyes y las instituciones que están dadas para proteger a todas las personas por igual, responden verdaderamente a los intereses de grupo e, incluso, reproducen el clientelismo partidista. No obstante, desde la tradición jurídica ecuatoriana esta relación natural es negada desde la doctrina del derecho, puesto que éste, en teoría, funciona como un orden normativo completo y descontaminado técnicamente de lo extranormativo; subordinado jerárquicamente y unificado en una norma fundamental.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Luigi Ferrajoli, “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 34, (Roma: DOXA, 2011), 6-16.

<sup>134</sup> El referido autor en una reciente publicación, objetivamente señala lo siguiente: “El desencanto que muchas personas sienten con la discrecional aplicación de las reglas constitucionales (y en muchos casos con el contenido de estas), ha dado paso a nuevas formas de escepticismo y de desconfianza en el papel del derecho (en singular) para regular la vida social, así como en la capacidad de los derechos (en plural) de marcar realmente objetivos y límites al poder. Parecería que quienes ejercen el poder no creen estar sometidos a las reglas de juego previamente establecidas; se tiene poca certeza sobre qué normas serán aplicadas o cómo se interpretarán, especialmente cuando los jueces constitucionales son los llamados a decidir” en “Cumplir y hacer cumplir”, *Diario El Comercio* (2015). Edición electrónica. En <http://www.elcomercio.com/opinion/columna-farithsimon-opinion-deuda-iess.html>. Fecha de consulta: 17 de agosto de 2015.

<sup>135</sup> Ávila, “Neoconstitucionalismo y sociedad”, 170.

En suma, respecto de las injerencias políticas aludidas, nos permitimos acoger las palabras del maestro procesalista Eduardo Juan Couture -enunciadas por el constitucionalista argentino Alfredo Gozaíni- quien sentencia lo siguiente:

Las dictaduras y los gobiernos revolucionarios han sentido, frecuentemente, la tentación de alterar estos principios -los del debido procedimiento-, tratando de sustituir los poderes y facultades de las partes, por un acrecentamiento de los poderes del Juez. Pero hay en esta materia una secreta ley de vasos comunicantes: pasada la dictadura o la revolución, el derecho vuelve a su cauce. Ese no es sino el viejo cauce de la libertad, al cual, a pesar de las temporales desviaciones, siempre vuelven las aguas.<sup>136</sup>

Dicho en otras palabras, la eficacia de una administración de justicia -constitucional- transparente conforme a la teoría del derecho radica en una independencia material en el desarrollo de sus actividades jurisdiccionales, ejecutada en aplicación de la norma suprema -la constitución- y los tratados internacionales de derechos humanos, para hacer pragmático el ejercicio y la protección del ejercicio de los derechos fundamentales, por lo tanto no sujeta a injerencias políticas -gubernamentales- que detentan los gobiernos de turno en defensa del ente estatal y contrario sentido en desmedro de los ciudadanos.

La Constitución de la República ha previsto la prohibición de restricción normativa infraconstitucional cuyo fin radica en hacer prevalecer la supremacía constitucional en la medida de que las normas de inferior jerarquía deben ajustarse al contenido esencial de la Constitución. No obstante que estas normas podrían regular derechos y garantías, ampliando el catálogo de sus rangos mínimos facilitando el ejercicio de los derechos y garantías dando fundamento al denominado activismo judicial sustantivo, explicado en el capítulo que antecede.

Al respecto Daniel Herrendorf, cuando se refiere al poder que tienen los jueces, menciona:

Mientras la humanidad no prefiera seguir deshumanizándose como lo ha hecho hasta hoy tan eficazmente con el auxilio, por cierto, del derecho habrá que aprender a comprender el universo de “cada cual”, pues la justicia no es para todos sino para cada uno. Y en este “cada uno” está contenido todo el humanismo occidental, que es platónico, es judío, es cristiano y es existencialista. El mundo se deshumaniza; las universidades aborregan alumnos numerados y expiden diplomas; las administraciones maltratan a los ciudadanos en laberintos de hueca quietud, donde cada cual es algo menos que un expediente; los medios de información y

---

<sup>136</sup> Osvaldo Alfredo Gozaíni, “Debido proceso constitucional. reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional”, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7/ard/ard2.htm#P1>. Edición electrónica. Fecha de consulta: 18 de junio de 2015.

distribución de chatarra intelectual emboban la mente y masifican los espíritus, en un fofo destilar de avalanchas de “grandes novedades” inventadas que aturden y enceguecen. La venta de ilusiones y el alquiler de paraísos es una forma más de la vida en bloque; el mundo masificado y en vías de expansión tiene ejemplos terroríficos, como China y Japón, graneros de gente anónima. Si lo único que puede salvarnos es un nuevo renacimiento, que además nos libere del terrorismo intelectual y la estética de la mugre, tal vez los primeros pasos de esa resurrección esperanzada sea un intento por repersonalizar otra vez las relaciones sociales. Y la justicia tiene que ser una relación de cada hombre con su destino.”<sup>137</sup>

Esta apreciación real de la sociedad en la que vivimos, nos permite concluir que en nuestras acciones desde las trincheras en las cuales nos desempeñemos las debemos realizar con visiones humanistas, más aún desde quienes detentan el poder de administrar justicia -constitucional-; actividad que con lleva un poder, que debe ser comprendido por los jueces y utilizado con templanza para adaptarse a la corriente del constitucionalismo contemporáneo, haciendo prevalecer una aplicación e interpretación del derecho, valorando en su conjunto tanto la justicia de un orden jurídico como la justicia concreta de cada caso, reconociendo desde luego las limitaciones que las normas legales llevan implícitas, en lo que denominaremos un genuino acto de humanización de la justicia.

No obstante, en nuestra cotidianidad es de conocimiento público que las decisiones de la Corte Constitucional ecuatoriana no han sido del todo humanistas, pues la argumentación e interpretación constitucional ha sido mayoritariamente favorable al Estado ecuatoriano<sup>138</sup>, al menos en aquellas causas en la que los grandes intereses del estado se encuentran en juego, tal es el caso de la figura de la compra de renuncias obligatorias con indemnización que generó la cesación de funciones de 4.000 servidores públicos<sup>139</sup> aproximadamente, en aplicación del artículo 8 del

---

<sup>137</sup> Daniel Herrendorf, *El Poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, tercera edición, 1998) 102.

<sup>138</sup> Un análisis al respecto sostenido por el ex magistrado ecuatoriano Hernán Salgado Pesantez, sostiene lo siguiente: “Para los estados de América Latina la justicia constitucional ha tomado un nuevo e importante significado, especialmente en los países que nos hemos caracterizado por una inestabilidad política e institucional. La función que desarrolla la justicia constitucional impulsa el proceso democrático en que se encuentran empeñados nuestros países y, al mismo tiempo, pone a prueba la calidad de la democracia que se vive dentro de un Estado. Pero vale reiterar que si un Estado tiene una Constitución de aquellas que llamamos nominal o semántica, Constitución “de papel” en lenguaje común, que es una simple fachada o sirve de camuflaje para un gobierno autoritario, la justicia constitucional –de haberla- no podrá desempeñar ninguna función que no sea, igualmente, de mera fachada”, en *Manual de Justicia Constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2004) 15-16.

<sup>139</sup> Nota periodística titulada “Servidores públicos se sienten indefensos” en *Diario La Hora* <[http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101322735/-1/Servidores\\_p%C3%BAblicos\\_se\\_sienten\\_indefensos.html#.VdODkJR5PPw](http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101322735/-1/Servidores_p%C3%BAblicos_se_sienten_indefensos.html#.VdODkJR5PPw)>. Edición electrónica.

Decreto Ejecutivo No. 813 que reformó el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y del cual -la corte- expidió la Sentencia No. 003-13-SIN-CC<sup>140</sup>, respecto de las acciones de inconstitucionalidad interpuestas al artículo invocado y que pasaremos a analizar.

El texto del artículo 8 invocado textualmente dispone lo siguiente:

Art. ... .- Cesación de funciones por compra de renunciaciones con indemnización.- (Agregado por el Art. 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011).- Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renunciaciones obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas.

El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidoras, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo.

Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración.

En el caso de la Provincia de Galápagos, el valor de la indemnización será calculado conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de la Disposición General Primera de la LOSEP.

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar.

La compra de renunciaciones con indemnización no es aplicable para las y los servidoras de libre nombramiento y remoción; con nombramientos provisionales, de período fijo, contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior.

Varios fueron los cuestionamientos que se presentaron al mentado Decreto Ejecutivo No. 813, particularmente a su artículo 8 referente a las compras de renunciaciones obligatorias con indemnización de servidores públicos, fundamentalmente los constitucionales dado que parecería vulnerar derechos constitucionales de los servidores públicos, en línea de la vigencia garantista de la norma fundamental – la Constitución de la República de 2008-.

La compra de renunciaciones obligatorias hizo eco de muchas críticas propiciadas por varios sectores sociales ecuatorianos, particularmente de movimientos sindicales como de partidos políticos de izquierda; así tenemos que el desaparecido Movimiento Popular Democrático<sup>141</sup> como tienda política y el doctor Luis Sarrade

---

Fecha de consulta: 18 de agosto de 2015.

<sup>140</sup> Sentencia expedida dentro del Caso No. 0042-11-IN acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 154 de 03 de enero de 2014.

<sup>141</sup> La demanda del MPD fue signada en la Corte Constitucional ecuatoriana con Caso No. 0042-11-IN.

Peláez<sup>142</sup> por su parte -el 20 de julio de 2011- propiciaron la presentación de acciones de inconstitucionalidad al Decreto Ejecutivo No. 813, lo propio lo ejecutaron servidores públicos y trabajadores públicos y privados.<sup>143</sup> -el 05 de agosto de 2011-.

El fallo emitido por la Corte Constitucional respecto de la compra de renuncias obligatorias con indemnización -la Sentencia No. 003-13-SIN-CC- a efecto de su análisis lo abordaremos desde su parte considerativa, específicamente desde el “*Problema jurídico*” planteado por la corte y que prevé lo siguiente: *¿Es la acción pública de inconstitucionalidad la vía adecuada para resolver una presunta antinomia entre decreto y ley?*:

En ese contexto, el órgano máximo de justicia constitucional, delimita el problema jurídico de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, en una eventual antinomia normativa entre la Ley Orgánica del Servicio Público y su reglamento general, es decir, plantea una cuestión jurídica que no ha sido planteada por los accionantes de la inconstitucionalidad demanda, las cuales fueron expuestas formalmente como presuntas vulneraciones a varios derechos constitucionales -al trabajo, irrenunciabilidad de derechos laborales, irrenunciabilidad de los derechos de los servidores públicos, supremacía constitucional-.

No se analiza si la norma impugnada, entre otros aspectos, afecta a los derechos al trabajo, a una vida digna, el libre desarrollo de la personalidad, la tutela judicial y la defensa, además de la irrenunciabilidad de los derechos de los servidores públicos. En mi opinión, estos argumentos no eran plausibles pero fueron sencillamente omitidos en la sentencia.

Cabe señalar, por defecto, que si los accionante omitiesen el señalamiento de un derecho constitucional que se vea vulnerado por la figura de la compra de renuncias obligatorias con indemnización, es obligación de la Corte Constitucional realizar el control integral de revisión entre la norma legal y el texto constitucional que pudiera converger en una vulneración de cualquier derecho constitucional involucrado por cuestión de la activación de la acción de inconstitucionalidad propuesta, esto en mérito del precepto constitucional establecido en el artículo 76.1

---

<sup>142</sup> La demanda del doctor Sarrade fue signada en la Corte Constitucional ecuatoriana con Caso No. 0043-11-IN.

<sup>143</sup> La demanda de los servidores públicos y trabajadores públicos y privados fue signada en la Corte Constitucional ecuatoriana con Caso No. 0045-11-IN.

de la LOGJCC<sup>144</sup>.

Bien traído es el comentario expuesto por el constitucionalista Juan Francisco Guerrero, al referirse al principio del control integralidad, enmarcándolo como una facultad oficiosa de la Corte Constitucional, mediante la cual se encuentra en la obligación de comparar la norma reclamada con todas las reglas y principios constitucionales y no solo con aquellos que el proponente de la acción invocó<sup>145</sup>, en una suerte de verificación extensiva a efecto de que la norma quede blindada frente a eventuales cargos posteriores sobre su inconstitucionalidad.

Ese carácter abierto de revisión constitucional, conforme lo preceptúa el profesor ecuatoriano Juan Montaña Pinto, recoge transversalmente a la aplicación de la supremacía constitucional, la cual manda que en la aplicación práctica del derecho, este debe ser aplicado e interpretado a la luz de la lectura integral y sistemática de las reglas y principios constitucionales, específicamente ha manifestando que:

En cuanto a la relación existente entre la interpretación constitucional y a la eficacia del principio de supremacía de la Constitución, es ya un lugar común decir que, en las actuales sociedades democráticas y pluralistas, la Constitución es una norma jurídica, además de ser norma suprema de todo el ordenamiento. Esta doble condición la convierte en parámetro axiológico del ordenamiento en su **integralidad**.

La superioridad y el nuevo papel que cumple la Constitución como parámetro de valoración del conjunto de las normas del ordenamiento están directamente relacionados con la labor de interpretación que cumplen los jueces constitucionales, particularmente con la vigencia y eficacia del principio de interpretación conforme a la Constitución.<sup>146</sup>

Esa es la esencia del control abstracto de constitucionalidad, ya que tal armonización exige un primer ejercicio de interpretación, por parte de quien ejerce la facultad normativa, sobre el alcance y su aplicabilidad en el escenario de lo concreto, “sin embargo, las reglas de interpretación que emanan de la Declaración Universal (Art. 30) prohíbe cualquiera que pueda conferir derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o a realizar actos

---

<sup>144</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Art. 76.- Principios y reglas generales.- El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios: **1. Control integral.- Se deberá confrontar la disposición acusada con todas las normas constitucionales, incluso por aquellas que no fueron invocadas expresamente por el demandante**”.

<sup>145</sup> Juan Francisco Guerrero, “Aproximación al control constitucional abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”, en Juan Montaña Pinto, Editor, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional - Control Constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional – Tomo 3*, (Quito: Corte Constitucional para el período de transición. 2012) 117.

<sup>146</sup> *Ibíd.*, 26.

tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos”.<sup>147</sup>

Expuestos los rasgos doctrinales del control abstracto constitucional alineados a la integralidad constitucional, podemos inferir que se presenta un trasfondo argumentativo en la resolución de las demandas de inconstitucionalidad al artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, para encasillarla hábilmente ante una jurisdicción ajena a la constitucional; esto es la vía contencioso-administrativa por presuntas antinomias encontradas por la corte, ante una presunta vulneración al principio de jerarquía normativa, sustentado en un conflicto decreto-ley: planteamiento del problema jurídico que no es coherente con los argumentos esgrimidos por las partes, pues se restringe al asunto de inconstitucionalidad por la forma y no considera todas las demás razones invocadas que imputaban inconstitucionalidad por el fondo, haciendo un ejercicio ajeno a la realidad procesal, cuya decisión final fue negar las acciones de inconstitucionalidad presentadas.

Ahora bien, la pregunta necesaria es: ¿existió un ejercicio pleno de control constitucional en el caso de la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización? La respuesta es obvia; pero no por ello, la justicia constitucional debe caer en evasivas pensando que únicamente el control constitucional de las leyes, corresponde a la Corte Constitucional, en tanto que, las normas de menor jerarquía producidas por el Estado, en su ejercicio normativo, le corresponde individualmente su control a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La misma Corte Constitucional, en ese contexto, al referirse a la naturaleza jurídica de la acción de inconstitucionalidad, ha sido enfática en señalar lo siguiente:

El control de constitucionalidad de los actos normativos con carácter general [tal es el caso del Decreto Ejecutivo No. 813] es una competencia atribuida a esta Corte por el sentido del artículo 436 numeral 2 de la Constitución, mediante la cual corresponde a este organismo jurisdiccional conocer y resolver, a petición de parte, acerca de la posible inconstitucionalidad de cualquier acto normativo con efectos generales que haya emitido un órgano o autoridad del Estado [...] El control abstracto de constitucionalidad no es otra cosa que la posibilidad de examinar la constitucionalidad de una norma sin hacer referencia a un caso concreto, por lo que [...] se lo realiza con abstracción respecto de la aplicación concreta de la norma y se limita únicamente a determinar la conformidad o no del texto normativo impugnado con las disposiciones consagradas en la Constitución de la República. Si el resultado de este examen determina la inconstitucionalidad, el acto normativo impugnado será

---

<sup>147</sup> Diego Zambrano Álvarez, “Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el estado de derechos”, en Luis Ávila, edit., *Emancipación y transformación constitucional*, (Quito: Corte Constitucional para el período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 1ra. Edición, 2011) 299.

declarado inválido, garantizando con ello la supremacía y la fuerza normativa de la constitución.<sup>148</sup>

Así mismo, la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 011-13-SIN-CC ha señalado que en “base al control abstracto de constitucionalidad se busca que todos los actos normativos de carácter general, guarden armonía con el texto constitucional, teniendo como principal objetivo, garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y evitar que las normas promulgadas por el legislativo o por las autoridades públicas que ejercen facultades normativas entren en contradicción con la Norma Suprema”<sup>149</sup>.

De tal inferencia, respecto del tema en comento, tenemos que, el tratamiento dado a las contestaciones a las demandas de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, al ser demasiado detallado en su sentencia -excesiva exposición- constitucional, no ayuda a sistematizar la comprensión del caso, en una suerte de parcialidad al invocar la totalidad de sus enunciados. Creemos sin lugar a dudas, que un tratamiento imparcial, habría sido mejor la exposición de una síntesis argumentativa, que naturalmente respete el sentido de las contestaciones dadas por los accionados, ordenada temáticamente y en la esencia de cada una.

La forma de presentar el problema jurídico identificado induce a una respuesta determinada, específicamente negativa, es decir, la improcedencia de las acciones de inconstitucionalidad. Un tratamiento más neutro podría haber sido preguntarse sobre si cabe la declaratoria de inconstitucionalidad por su violación indirecta. Otra alternativa, igualmente mejor que la empleada, podría haber sido preguntarse si cabe la declaratoria de inconstitucionalidad por violación del primer inciso del artículo 425 de la Constitución.

No obstante, consideramos un yerro el hecho de que la descripción de los fundamentos de las pretensiones de los demandantes se realice luego de presentar el único problema jurídico identificado. Naturalmente, son estos argumentos, conjuntamente con los de las contestaciones, los que determinan los problemas jurídicos y por lo tanto debieron ser expuestos con anterioridad a la identificación de estos problemas.

El tratamiento dado a los argumentos de los demandantes es inadecuado por

---

<sup>148</sup> Sentencia No. 002-13-SIN-CC dentro del Caso No. 0005-11-IN. Corte Constitucional. 7.

<sup>149</sup> Sentencia expedida dentro del Caso No. 0048-11 de la Corte Constitucional, respecto de la acción de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Comunicación.

las siguientes razones: si bien se mencionan las normas invocadas, solo se citan (y resaltándolos) los argumentos que se podían identificar con el problema previamente identificado, es decir, la presunta antinomia normativa. Es decir, se soslayan otros asuntos que debieron ser objeto de análisis, particularmente, el análisis de los derechos constitucionales vulnerados. Nuevamente, lo mejor habría sido hacer una síntesis de sus argumentos ordenada temáticamente.

En ese orden de ideas, la sentencia, no analizan los argumentos de los demandantes sobre la falta de aplicación de las normas constitucionales sobre la formación de las leyes. En nuestra opinión, este argumento no era plausible por cuanto no se impugnaba la validez de una norma legal pero fue simplemente omitido en la sentencia.

Por otra parte, no se analiza el argumento sobre la regresividad del derecho a la estabilidad laboral. Dada la escueta y ambigua regulación legal sobre la materia habría sido interesante este análisis. En igual medida, no se analiza el argumento sobre la vulneración de la intangibilidad del derecho a la estabilidad laboral. Este era un tema interesante pues, a diferencia del régimen del despido intempestivo, que únicamente establece la estabilidad relativa del trabajador y que es considerado en una contestación para legitimar a la disposición impugnada, en el régimen del servicio civil se establecía una estabilidad absoluta, afectada precisamente por la norma impugnada.

Sin embargo creemos, que el razonamiento para descartar la inconstitucionalidad por el motivo identificado en el problema jurídico es correcto pero es demasiado general y debería haber establecido varios matices. ¿Qué ocurriría por ejemplo si ya caducó la acción contenciosa administrativa? Probablemente se puso establecer una especie de supletoriedad de la jurisdicción constitucional pero no su incompetencia absoluta.

También se debió analizar si la norma impugnada no propicia la arbitrariedad de los órganos del poder público, lo que es prohibido de conformidad al deber de motivación de los actos administrativos, bajo el presupuesto de que la norma impugnada únicamente se refiere a procesos de reestructuración, optimización y racionalización de las instituciones públicas pero no señala cuál sería el fin a que dichos procesos se orienta. Esto es relevante dado el contexto, que prevé la supresión de puestos cuando estos no son útiles y la destitución en caso de faltas de los servidores, inclusive las relacionadas a eficiencia y productividad, en función de las

evaluaciones de desempeño. Dicho de otra forma: ¿Si la conclusión a la que lleva el proceso de reestructuración no es la falta de necesidad del puesto o la existencia de faltas de los servidores, qué otro motivo, que no fuera arbitrario, podría justificar esta compra de renuncias?

Es obscuro el razonamiento que justifica la inconstitucionalidad reductora de la norma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Básicamente determina que si hay una consulta sobre un tema de legalidad que esté en conocimiento de la Corte Constitucional (obviamente porque el demandante considera que afecta a una norma constitucional) la Procuraduría no pierde competencia para pronunciarse. En definitiva, otorga un poder excesivo a la Procuraduría: valorar si un proceso en conocimiento de la Corte Constitucional no afecta a una regla constitucional (lo que será resuelto precisamente en la sentencia).

Se debe advertir, bajo la misma premisa, que una autoridad de alto nivel, como lo es el Presidente de la República, dada su alta investidura, tiene la obligación constitucional (Art. 147.13 CRE) y legal (Art. 80 ERJAFE), de expedir la normativa reglamentaria en armonía con el texto constitucional, ya que su declaración normativa unilateral en ejercicio de la función administrativa produce efectos jurídicos generales, que afectan a los ciudadanos, tal es el caso de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 813 que vulnera derechos constitucionales de los servidores públicos en particular.

Previo a finalizar, creemos que la Corte bien pudo aplicar la concepción histórica de la interpretación constitucional, sostenida por el profesor italiano Riccardo Guastini, mediante la cual se adscribe a una disposición uno de los significados que se le atribuyeron en la época que fue creada, es decir en el contexto originario de su expedición que envuelve un significado histórico.<sup>150</sup>, precisamente porque el Presidente de la República en el año 2009 remitió a la Asamblea Nacional, el proyecto de Ley Orgánica del Servicio Público, que contenía la figura del despido intempestivo para el sector público; proyecto que en la Asamblea Nacional fue desestimado por ende no incluido, dando prelación a la defensa de los derechos de los servidores públicos.

Los antecedentes históricos enunciados dan cuenta del cumplimiento del deber constitucional de control normativo desempeñado por la Asamblea Nacional,

---

<sup>150</sup> Guastini, “Estudios sobre la interpretación jurídica”. 50

en el sentido de que en los informes remitidos al Pleno, se argumentó e interpretó que el despido intempestivo en el sector público vulnera flagrantemente derechos constitucionales como el previsto en el artículo 229 de la Carta Magna referente a que los derechos de los servidores públicos son irrenunciables; hechos históricos que no fueron considerados en la sentencia en comento.

Sin embargo, el fallo de la Corte Constitucional, se esgrime evadiendo el pronunciamiento formal respecto de la constitucionalidad de la disposición demanda -el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813- distorsionando el contenido de la pretensión y fundamentos de las demandas incoadas por los accionantes e incumpliendo el deber de estructura de las sentencias de constitucionalidad establecidas en el artículo 91 de la LOGJCC, quedando claro que la demanda de inconstitucionalidad esbozó los derechos constitucionales presuntamente violados por el Decreto Ejecutivo No. 813 cuya constitucionalidad cuestionaban los accionantes, sin que la Corte Constitucional llegue a analizar el fondo de la cuestión.

Este hecho nos lleva a plantearnos la siguiente interrogante: ¿Es la jurisdicción contencioso-administrativa una vía eficaz e idónea para la protección de derechos constitucionales? Evidentemente, que no. Pues la vía a ejecutarse para resolver la presunta antinomia entre la Ley Orgánica del Servicio Público y su reglamento general corresponde a la activación del Recurso Contencioso Administrativo de Anulación, Objetivo o por Exceso de Poder, contemplado en el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuyo objeto es tutelar el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, en la especie, el artículo 47.k de la Ley Orgánica del Servicio Público -la causal de cesación de funciones “por compra de renunciaciones con indemnización”-, es decir, sin lugar a dudas un instrumento de control de legalidad únicamente, el cual de prosperar, tendría el efecto de expulsión de la norma reglamentaria en comento -la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización- del ordenamiento jurídico nacional; por lo tanto, sin capacidad para proteger y garantizar los derechos de los servidores públicos cesados en sus funciones por efecto del Decreto Ejecutivo No. 813.

Lo anterior, nos lleva a establecer otra ineficacia de una eventual activación del recurso contencioso administrativo de anulación u objetivo, en la medida de lo que presupone una caducidad de acciones, en la especie, la Corte Constitucional, respecto de la demanda de inconstitucionalidad de la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, falló el 04 de abril de 2013, en tanto que el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 el 12 de julio de 2011; por lo que el plazo para la interposición del recurso que es de hasta tres años con el fin de garantizar la seguridad jurídica, a la presente fecha ha caducado, pues este feneció el 11 de

julio de 2014 de conformidad al artículo 65 de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En tal sentido, se ha perfeccionado la caducidad del derecho a demandar, es decir, caducó el ejercicio del derecho de acción, por lo que su instauración sería inoportuna al haber excedido el término para deducir la demanda en la vía contencioso-administrativa.

Ahora bien, volviendo a la mentada acción de inconstitucionalidad, en el supuesto de que hubiese prosperado la demanda, cabe señalar que los efectos del control abstracto de constitucional surte efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual las sentencias producen efectos generales hacia el futuro de conformidad a lo establecido en el artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Lo cual generaría que la expulsión de la norma reglamentaria que contiene la figura de compra de renunciaciones obligatorias entre en vigencia al día siguiente de la expedición del fallo favorable que hubiese emitido la Corte Constitucional, lo cual significaría que las compras de renunciaciones ejecutadas dentro del período investigado en la presente tesis, quedarían en firme bajo el precepto de la vigencia del derecho a la seguridad jurídica sin que haya lugar a una reparación integral de los derechos violados. No obstante, que por excepción se podría diferir o retrotraer los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad; sin embargo los hechos supuestos no se han plasmado como consecuencia de la acción de inconstitucionalidad de la figura de compra de renunciaciones obligatorias con indemnización.

### **3.2. Análisis de la Sentencia No. 016-13-SEP-CC dentro del Caso No. 1000-12-EP publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 009 de 06 de junio de 2013.**

Previamente señalaremos que el Caso No. 1000-12-EP, es un caso utilizado reiteradamente por la Corte Constitucional del Ecuador como línea jurisprudencial para sostener que no puede haber una yuxtaposición entre temas de legalidad versus temas de índole constitucional. De ahí la pertinencia del planteamiento de si *¿Es la figura de compra de renunciaciones obligatorias con indemnización una cuestión infraconstitucional o de mera legalidad?* bajo el sustento de análisis de que la referida sentencia fue expedida dentro de una acción extraordinaria de protección, la cual constituye una garantía jurisdiccional igual que lo es la acción de protección de derechos -situación paritaria- en virtud de que el referido caso surge de una negativa de la apelación de la sentencia de primera instancia de una acción de protección de derechos concerniente a la compra de renunciaciones obligatorias.

La Sentencia No. 016-13-SEP-CC en comento, establece reglas

jurisprudenciales con efectos *inter pares* e *inter comunis*<sup>151</sup>, en relación a las compras de renunciaciones obligatorias con indemnización para todas las causas que se encuentren en trámite y las que se presentaren, determinando que la acción de protección no es viable ante cuestiones infra-constitucionales que se deriven de presuntas antinomias legales.

Coincidimos en el análisis que presenta la Corte Constitucional al señalar que no todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional puesto que para conflictos normativos - LOSEP versus Decreto Ejecutivo No. 813- existen vías alternas dentro de la jurisdicción ordinaria, como la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para su conocimiento. Pero que no por ello esta se constituye en vía idónea y eficaz dado la lentitud con que esta justicia se desenvuelve, sin que esto concluya en una ordinarización de la acción de protección en caso de accionarla, puesto que su admisibilidad está supeditada al análisis de los hechos del universo de casos planteados que pudieran devenir en presunta violación de derechos constitucionales.

Creemos pertinente, que bajo el presupuesto de que la acción de protección es la vía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica vulneración de derechos constitucionales, la oportunidad que tuvo la Corte Constitucional de contrastar tal presupuesto en esta Acción Extraordinaria de Protección (como un caso

---

<sup>151</sup> La regla jurisprudencial establece lo siguiente: “i. El juez que conoce de garantías jurisdiccionales de los derechos debe adecuar sus actuaciones a las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto, los filtros regulatorios para determinar su competencia se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infraconstitucionales, como es el caso de la supuesta antinomia entre la Ley Orgánica del Servicio Público y el Decreto Ejecutivo N.º 813. Al constituirse esta regla en criterio interpretativo de la Constitución y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que precautela la materialización de la igualdad material y formal, debido proceso y seguridad jurídica, evitando la superposición de la justicia constitucional a la justicia ordinaria, esta regla tendrá efectos para todos aquellos casos que presenten identidad en la pretensión, es decir en el patrón fáctico aquí detallado. ii. Las reclamaciones respecto a las impugnaciones a los reglamentos, actos, resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública que contravengan normas legales son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Con la finalidad de salvaguardar los derechos a la igualdad formal y material, y seguridad jurídica de las personas; cuando se demande una presunta antinomia entre normas de rango infraconstitucional deberá acudir al recurso de anulación u objetivo como mecanismo jurisdiccional ordinario pertinente e idóneo propio de la jurisdicción contencioso administrativa para atender dicha problemática conforme lo ha resuelto la Corte Constitucional en la sentencia No. 003-13SIN-CC, casos 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN acumulados. Al constituirse esta regla en criterio interpretativo de la Constitución y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que precautela la materialización de la igualdad material y formal, debido proceso y seguridad jurídica, evitando la superposición entre mecanismos jurisdiccionales previstos en la Constitución, esta regla tendrá efectos para todos aquellos casos que presenten identidad en la pretensión, es decir en el patrón fáctico aquí detallado”. En Sentencia No. 016-13-SEP-CC, dentro del Caso No. 1000-12-EP, publicada en el S2-Registro Oficial No. 009 de 06 de junio de 2013. Corte Constitucional.

particular y no abstracto) fue desaprovechada bajo el argumento de que la acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias.

Lo dicho considerando que no hubo un análisis pormenorizado de los elementos fácticos presentados por los accionantes, que en su contexto refieren a la vulneración de su derecho constitucional al debido proceso administrativo en la aplicación de la compra de renuncias, al aplicárselas sin contar con las asignaciones presupuestarias debidas y sin la formulación de planes en virtud de los procesos de reestructuración, optimización y racionalización; hechos que no han sido analizados tanto por el juez de instancia así como por el juez de apelación de la acción de protección, para hábilmente anclarse en que tales hechos refieren cuestiones de legalidad más no de índole constitucional, con lo cual estamos en desacuerdo, pues el eludir el conocimiento de fondo de los hechos denunciados, constituye una violación al derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los jueces de instancia y que precedentemente activó la vía expedida de la acción extraordinaria de protección<sup>152</sup> en el presente caso ante la vulneración del derecho al debido proceso judicial en la garantía constitucional de motivación de las sentencias (de instancia y de apelación), ante la ausencia de estudio de los hechos presentados por los accionantes y que corresponden a la violación al derecho constitucional al debido proceso administrativo y que lo hemos venido sosteniendo a lo largo de la presente investigación.

Por otra parte, si bien se analiza el principio de la irrenunciabilidad de los derechos de los servidores públicos (Art. 229 CRE), a la luz del derecho al trabajo y del principio de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales (Art. 325 CRE), creemos que es inadecuado asociar estas prerrogativas a los principios que rigen la Administración Pública (Art. 227), para justificar que el servicio público debe ejecutarse a través de servidores públicos “**competentes y probos**”. Dando la apariencia de que si existen servidores incompetentes e ímprobos la aplicación de la compra de renuncias tendría lugar.

Al respecto, reiteramos una vez más que la forma adecuada para cesar en funciones a presuntos servidores públicos incompetentes e ímprobos corresponde a la aplicación del régimen disciplinario sancionador a través del sumario administrativo

---

<sup>152</sup> Como medio eficaz para la protección de los derechos constitucionales y normas del debido proceso respecto a sentencias o autos definitivos que se encuentren firmes o ejecutoriados.

que imponga la falta grave de destitución de funciones. Nótese que de verificarse la incompetencia o improbidad del servidor público, ante su cesación, este ni siquiera tiene derecho al reconocimiento de ningún tipo de indemnizaciones; lo cual si ocurre cuando media la compra de renuncias obligatorias que bajo nuestra apreciación se estaría premiando al servidor incompetente e ímprobo con el pago de una indemnización ante su compra de renuncia, inclusive.

Huelga mencionar que la compra de renuncias en el sector público no ha sido aplicada ante la presentación de formal renuncia por parte de los servidores públicos, para que prospere su cesación, sino que esta ha sido ejecutada sin el consentimiento voluntario de los servidores públicos lo cual desnaturaliza el contexto de la causal contenida en el artículo 47.k. de la Ley Orgánica del Servicio Público y en esta vía el derecho a la irrenunciabilidad de los derechos de los servidores públicos contemplado en el texto constitucional.

Finalmente, hacemos eco de la sentencia dada por el tratadista Alfredo Gozaini, cuando manifiesta que: “la medida de la legalidad no siempre es la vara de la justicia, como también la discrecionalidad excesiva, irrazonable o directamente incongruente, es una arbitrariedad que el mismo sistema repulsa. Corresponde al Juez argumentar los contenidos de su pronunciamiento con razones suficientes para que las partes tengan el convencimiento de que la decisión es justa”<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 021-13-SEP-CC dentro del Caso No. 0960-10-EP publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 154 de 03 de enero de 2014.

## Conclusiones

Del análisis de las acciones de protección propuestas ante la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, notamos que sus sentencias se insertan en el ámbito de la administración de justicia formal -ordinaria-, ya que los jueces de instancia constitucional en su razonamiento se decantan por la aplicación de la subsunción que infiere el mecanicismo del silogismo jurídico, entendido bajo tres premisas: premisa mayor (norma), premisa media (hecho) y premisa conclusiva (hecho se subsume a norma).

Creemos que la práctica de la justicia constitucional, particularmente respecto de las sentencias de las acciones de protección, deben perfeccionarse bajo la mira de una administración de justicia material -constitucional-, que evidencie un real ejercicio de razonamiento argumental por parte de los operadores jurídicos, que se radique en la verificabilidad (de la norma) mediante la interpretación jurídica y a verificación (de los hechos) a través de la prueba. La verificabilidad y la verificación implican que el derecho y los hechos deben ser sometidos a demostración y refutación.<sup>154</sup>

De suerte que, queda comprobada la hipótesis de que la acción de protección es la vía eficaz por excelencia- para la reparación integral por la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, determinada por las irregularidades cometidas por las instituciones del estado en su aplicación; dado que esta garantía, como lo viene sosteniendo la jurisprudencia interamericana es el medio eficaz debido a su inmediatez para una protección judicial efectiva de los derechos; que en el tema investigado corresponden a la protección de los derechos: al debido proceso administrativo, a la defensa, a la motivación de las resoluciones, al trabajo, a la estabilidad de los servidores públicos, etc.

Bajo este análisis, se corrobora que la acción de protección debe ser entendida por los jueces constitucionales como un proceso preferente y sumario en el marco de su efectividad como herramienta para proteger los derechos constitucionales no amparados por las otras garantías jurisdiccionales, es decir, para restaurar el imperio de los derechos; ajena a interpretaciones restrictivas que limiten su accionar, en la

---

<sup>154</sup> Ferrajoli, Luigi. “Cognotivismo o decisionismo”, en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid: Trotta, 7a ed., 2005) 33-70.

que se decanten por una argumentación jurídica pragmática que haga realidad los derechos contemplados en el texto constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos y no meras enunciados normativos; papel que constituye una prerrogativa ineludible de los jueces constitucionales en una sociedad democrática.

En tal virtud, la importancia de que el procedimiento de la acción de protección sea inminentemente informal en concordancia con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución de la República, cuyo procedimiento debe ser sencillo, rápido y eficaz; propuesto oralmente -hecho que no se ha verificado en la práctica- o escrito, no sujeto a formalidades procesales y sin necesidad de citar la norma infringida, inclusive. Tanto más que, se ha contemplado que no es indispensable el patrocinio de un abogado<sup>155</sup>.

De ahí que el juez no puede limitarse únicamente a describir lo que encuentra en las normas, ni quedarse en lo descriptivo y prescriptivo, sino su tarea está en la de crear derecho en base a los casos que conoce y en función al respeto a los derechos humanos, permitiendo el acceso real a la justicia, en aplicación de conceptos de razonabilidad, haciendo pragmático principalmente el principio de independencia e imparcialidad en sus fallos.

Por otro lado, huelga mencionar que los efectos pragmáticos de la Sentencia No. 016-13-SEP-CC estableció restricciones para el ejercicio de la garantía de acción de protección respecto de la figura de la compra de renuncias obligatorias con indemnización *-efecto inter comunis-*, dejando proclives a los accionantes que la activan bajo el argumento de que tal temática corresponde a problemas que se derivan de antinomias infraconstitucionales, lo cual consideramos un menoscabo y desmedro al derecho a la tutela judicial efectiva, que en el estado constitucional debe ser plausible pues los derechos constitucionales deben salvaguardarse a fin de precautelar sus contenidos materiales.

En esa línea, ante la evidente corriente garantista que atraviesa el constitucionalismo ecuatoriano, debe reivindicarse la oportunidad que tiene la Corte Constitucional en su facultad de emitir sentencias que constituirán jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección al amparo de lo previsto en el

---

<sup>155</sup> Lo cual es concordante con lo señalado en el inciso primero del artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone que en todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal.

artículo 436.6 de la Constitución de la República, lo cual es concordante con el precepto legal previsto en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que prevé entre otros principios de la justicia constitucional, el de “la obligatoriedad del precedente constitucional” dándoles fuerza vinculante a sus decisiones.

No obstante, esta obligatoriedad debe enmarcarse dentro de los preceptos de la independencia judicial de los jueces, ya que en la aplicación de la jurisprudencia constitucional, esta debe ejercerla con racionalidad y mesura; precisamente porque el órgano constitucional supremo no puede constituirse en un ente que detente la verdad absoluta de la doctrina constitucional dejando a salvo la posibilidad de la flexibilización de la jurisprudencia constitucional atada a la realidad del caso en particular y el contexto social; realidad social vs. cultura precedencial.

Existe la necesidad de garantizar la independencia judicial de la Función judicial respecto de la Función Ejecutiva y los demás órganos gubernamentales -e inclusive casa adentro- y ante el propio ente administrativo que ejerce su control disciplinario, con el fin de hacer plausible un verdadero estado constitucional de derechos y justicia como lo propugna el texto constitucional que se desenvuelva sin inherencias de ningún tipo.

Queda en evidencia la evasión de la facultad de control constitucional normativo por parte del Órgano Ejecutivo, al introducir vía decreto figuras que deben ser de contenido legal, tal es el caso de la “compra de renunciaciones obligatorias con indemnización”, introduciéndolas de manera improcedente, en una evidente vulneración de su facultad reglamentaria que ostenta, lo cual no ha podido ser enderezado mediante la Sentencia No. 003-13-SIN-CC, pese al mandato de proteger la integralidad de la constitución mediante el ejercicio de control constitucional, que demuestra que mediante meros formalismos se desconozca el deber de limitar el poder del aparato estatal dando márgenes altos de inseguridad jurídica.

De igual forma, lo dicho, nos lleva a concluir que tanto la vía contencioso-administrativa como la vía para ejecutar el control abstracto de constitucionalidad de norma se constituyen en vías no eficaces para la protección de los derechos de los ex servidores cesados por la compra de renunciaciones obligatorias con indemnización, por lo tanto la pertinencia de la acción de protección como una herramienta adecuada y eficaz para la protección de sus derechos; medio idóneo para la reparación integral<sup>156</sup> de los derechos que

---

<sup>156</sup> Nótese que el principio de reparación integral faculta al juez constitucional a tomar todas las

debe ser ejecutado y considerado como un derecho humano en toda su máxima expresión, que haga plausible el ejercicio de su derecho a una tutela judicial efectiva que permita un control eficiente y eficaz de las actuaciones de la administración pública que ejecutaron las compras de renuncias obligatorias con indemnización.

Es necesario contar con una Corte Constitucional fuerte que haga eco de la fortaleza garantista que posee el texto constitucional vigente, preservando la estabilidad del estado de derechos y justicia, con una justicia constitucional objetiva sin que esta desplace su deber del control concentrado de constitucionalidad normativo, con eficacia práctica en el reconocimiento de los derechos humanos.

---

medidas necesarias para proteger los derechos vulnerados aunque no fueren solicitadas por los accionantes, por lo tanto tiene prelación respecto de otros principios procesales como el *reformatio in peius* o *principio de congruencia*. En este sentido, respecto de la reparación integral, la Corte Constitucional, sostiene que: “debe ser eficaz, eficiente y rápida; también debe ser proporcional y suficiente. Por este motivo, resulta coherente que el Estado no sólo se vea obligado a garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales, sino que proponga los medios necesarios para que sus dictámenes y reparaciones sean realmente cumplidos. No basta con que los derechos fundamentales se establezcan en las normas constitucionales, ya que de nada serviría la preeminencia de ellas si no son justiciables; al contrario, las garantías constitucionales deben ser entendidas como un derecho vinculado a la tutela efectiva y la reparación de un condicionamiento obligatorio del Estado en búsqueda de su cumplimiento para que sean derechos plenamente justiciables y no meramente programáticos” en Sentencia No. 0012-09-SIS-CC de 08 de octubre de 2009 dentro del Caso No. 0007-09-15.

## Bibliografía

Aguirre, Vanesa, *La administración de justicia en Ecuador 2012*. Quito: Revista Programa Andino de Derechos Humanos – Universidad Andina Simón Bolívar, 2012.

Alarcón, Pablo, *Acción de protección: garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?*, Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional, Tesis. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho, 2009. Edición electrónica.

Andrade, Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, edits. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009.

Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2da. edición, 2006.

Atienza, Manuel y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, (Madrid, Editorial Trotta, 2013.

Ávila, Luis, editor, *Emancipación y transformación constitucional*. (Quito: Corte Constitucional para el período de Transición – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 1ra. Edición, 2011.

Ávila, Ramiro, 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.

Ávila, Ramiro, editor, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: V&M Gráficas, 1a. ed. 2008.

Ávila, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Abya-Yala - UASB Sede Ecuador, 2001.

Ávila, Ramiro, *En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos*. Edición electrónica.

Benavidez, Jorge y Jhoel Escudero, Coordinadores, *Manual de justicia*

*constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.

Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*. México, Editorial Fontamara, 2007.

Courtis, Christian y Ramiro Ávila, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2009.

Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires, Tomo I, 1984.

Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires, editorial Universidad, 1997.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1.992.

Escobar, Claudia, *Revista de Derecho Foro No. 5*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2006.

Ferrajoli, Luigi, “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 34*. Roma: DOXA, 2011.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, traducción por Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid, Editorial Trotta, 6a. ed., 2004.

Gaviria, César, *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, Volumen I, 1998.

Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 2 La defensa del usuario y del administrado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1ª. Edición, 2014. Edición Electrónica.

Gozáini, Osvaldo, “*Debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional*”. Edición electrónica

Grijalva, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición – CEDEC, 2012.

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2001

Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

Herrendorf, Daniel, *El Poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, tercera edición, 1998.

Huerta, Karla, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, número

108, 2003.

Jaramillo, Verónica, *Las garantías jurisdiccionales en el sistema en el sistema jurídico ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

Montaña, Juan y Angélica Porras Velasco, editores, *Apuntes de derecho procesal constitucional - Cuadernos de trabajo*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición – Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, Tomo 2, 2012.

Montaña, Juan, Editor, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional - Control Constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional – Tomo 3*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición.

Nino, Santiago, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*. México: Distribuciones Fontamara S. A., 4ta. Reimpresión, 2007.

Pásara, Luis, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana - resumen ejecutivo- 2014*. Edición electrónica.

Pásara, Luis, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana - texto completo- 2014*. Edición Electrónica.

Pásara, Luis, *Revista Plan V*, 2015. Edición Electrónica.

Prieto, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.

Sagüés, Néstor Pedro, *Estado Constitucional No. 1*. Perú: Editorial Adrus, 2011.

Salazar, Pedro, *Garantismo Espurio*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. Edición electrónica.

Salgado, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2004.

Simondet, Silvina, *El debido proceso legal, Análisis desde el Sistema Interamericano y Universal de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Eudeba, Ministerio Público Fiscal de la CABA, Coordinación Editorial, Tomo I, 1ra. Ed., 2013.

Storini, Claudia y Marco Navas Alvear, *La Acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

Torres, Luis Fernando *Revista IurisDictio No. 15*. Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2013. Edición electrónica.

Uprimny, Rodrigo, *La motivación de las sentencias y el papel del juez en el estado social y democrático de derecho*. Edición Electrónica.

Velasco, María Consuelo, editor, *Revista Ruptura No. 56*. Quito: Universidad Católica del Ecuador, ed., 2013.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, Trad. M. Gascón, 1995.

Zúñiga, Francisco, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de estudios Constitucionales*. Chile: Universidad de Talca, 2004.

**Normativa:**

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Constitución de la República del Ecuador.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

**Sentencias:**

**Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 03 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) vs. Ecuador. Sentencia de 23 de agosto de 2013, publicada en el Registro Oficial No. 113 de 28 de noviembre de 2013.

Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de

04 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

**Corte Constitucional de Ecuador:**

Dictamen No. 001-14-DRC-CC dentro del Caso No. 0001-14-RC, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 371 de 10 de noviembre de 2014.

Sentencia No. 001-13-SCN-CC dentro del Caso No. 0535-12-CN.

Sentencia No. 0012-09-SIS-CC de 08 de octubre de 2009 dentro del Caso No. 0007-09-15.

Sentencia No. 002-13-SIN-CC dentro del Caso No. 0005-11-IN.

Sentencia No. 003-13-SIN-CC dentro del Caso No. 0042-11-IN acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 154 de 03 de enero de 2014.

Sentencia No. 011-13-SIN-CC dentro del Caso No. 0048-11.

Sentencia No. 0140-12-SEP-CC, dentro del Caso No. 1739-10-EP.

Sentencia No. 016-13-SEP-CC, dentro del Caso No. 1000-12-EP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 009 de 06 de junio de 2013.

Sentencia No. 016-13-SEP-CC, dentro del Caso No. 1000-12-EP, publicada en el S2-Registro Oficial No. 009 de 06 de junio de 2013.

Sentencia No. 031-09-SEP-CC, dentro del Caso No. 0485-09-EP.

Sentencia No. 069-10-SEP-CC, dentro del Caso No. 0005-10-EP de 09 de diciembre de 2010.

Sentencia No. 077-10-SEP-CC, dentro del Caso No. 0079-10-EP de 22 de diciembre de 2010.

Sentencia No. 102-13-SEP-CC, dentro del Caso No. 0380-10-EP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 161 de 14 de enero de 2014.

Sentencia No. 021-13-SEP-CC dentro del Caso No. 0960-10-EP publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 154 de 03 de enero de 2014

**Corte Constitucional de Colombia:**

Sentencia SU070/13 de 13 de febrero de 2013.

**Función Judicial:**

Juicio No. 17356-2011-0487. Sentencia de 26 de diciembre de 2011.

Juicio No. 01111-2010-0033. Auto de 08 de enero de 2010.

Juicio No. 06951-2011-1230. Sentencia de 19 de diciembre de 2011.

Juicio No. 11131-2011-0858. Sentencia de 19 de enero de 2012.

Sentencia de primera instancia expedida por el Juzgado Tercero de la Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas, el 05 de diciembre de 2011.

### **Informes / Opiniones**

Knaul, Gabriela, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los jueces y abogados*. Resolución 26/7 del Consejo de Derechos Humanos. Edición electrónica.

Observación General No. 9, -Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales-. U.N. Doc. E/1998/22. 17º período de sesiones, 1997.

Opinión Consultiva OC-9/87 de 06 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrina*. Colombia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Volumen I, 2001.