



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE
GUAYAQUIL**

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

**Proyecto de investigación previo a la obtención del
título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la
República del Ecuador**

**TEMA:” LA ACCION DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA
CONSTITUCIONAL Y SU INADECUADA APLICACIÓN EN EL ECUADOR.”**

Tutor: Ab. David Mieles Velásquez

Autores: María Andrea Barreno Solórzano

Roberto Germán Castillo Oleas

Guayaquil- Ecuador

2013

AGRADECIMIENTO

Nuestra Gratitude y reconocimiento al Abogado David Mieles Velásquez, Director de la presente tesis, maestro catedrático, quien nos brindó su ayuda y colaboración desinteresada para poder culminar con éxito la presente investigación

**MARIA ANDREA BARRENO SOLORZANO
ROBERTO GERMÁN CASTILLO OLEAS**

DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme permitido llegar hasta este momento tan importante de mi formación profesional, gracias a Él soy feliz y he logrado una de mis metas, a mis padres Arturo y Lorena por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional en los buenos y malos momentos, a mis hermanos Gaby, Arturo y Adri por su apoyo incondicional y las palabras de aliento que me motivaban a seguir adelante. A mi amado esposo Jorge quien ha sido uno de los pilares principales para la culminación de mi carrera gracias a su apoyo constante y amor incondicional y a mi bella hija Amy Rafaela la razón de mi vida el regalo más grande que Dios me ha dado. Con todo mi amor va dedicado para ustedes

María Andrea Barreno Solórzano

CERTIFICACION DE AUTORIA Y CESION DE DERECHOS DE AUTOR

Guayaquil,

Nosotros ROBERTO GERMAN CASTILLO OLEAS Y MARIA ANDREA BARRENO SOLORZANO, declaramos bajo juramento que la autoría del presente trabajo, nos corresponde totalmente y nos responsabilizamos con el criterio y opiniones científicas que en el mismo declara, como producto de la investigación que hemos realizado.

De la misma forma cedemos nuestros derechos de autor a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, según lo establecido por la ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y Normatividad Institucional vigente.

Firma

MARIA ANDREA BARRENO S.

ROBERTO GERMAN CASTILLO O

**CERTIFICACION DEL TUTOR / DIRECTOR DEL PROYECTO DE
INVESTIGACION**

Guayaquil, 4 de Julio del 2013.

Certifico que el proyecto de investigación titulado:” **LA ACCION DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y SU INADECUADA APLICACIÓN EN EL ECUADOR.**”, bajo mi tutoría / dirección, y que el mismo reúne los requisitos por ser defendido ante tribunal examinador que se designe al efecto.

Firma

Abg. David Mieles Velásquez

RESUMEN EJECUTIVO

“LA ACCION DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y SU INADECUADA APLICACIÓN EN EL ECUADOR.”

Al entrar en vigencia la Constitución del 2008 en el Ecuador se originaron grandes cambios en cuanto a la estructura jurídica convirtiéndose la misma en una Carta Magna democrática con una visión neo constitucionalista siendo uno de los cambios trascendentales en el capítulo donde se estipulan las “Garantías Jurisdiccionales” dentro de las cuales se encuentra nuestro tema de investigación que es la “acción de protección constitucional” que es una herramienta eficaz para que los nuestros Derechos Constitucionales sean amparados, esta garantía rebasa todos los trámites ordinarios para las personas que se encuentren afectadas accedan a una justicia constitucional y contar con la seguridad jurídica de que serán protegidos.

Hemos elaborado este tema de investigación “la acción de protección como garantía constitucional y su inadecuada aplicación en el Ecuador” debido la problemática existente en determinar cuáles son los derechos fundamentales que deben ser amparados y protegidos debido a un inadecuado conocimiento constitucional y esto por eso que existe la necesidad de llevar a cabo cursos de capacitación en cuyo tema a tratar sea la aplicación de mecanismos eficaces para identificar con claridad cuales derechos son susceptibles de acción de protección.

Esta situación afecta a quienes pretenden hacer uso de sus derechos porque al momento de que los jueces dictan una resolución existe una dicotomía en interpretar los derechos ya sea porque no hay una aplicación mecánica o porque es necesario que el razonamiento sea basado en principios o porque la solución lleva implícito juicios morales, esta situación afecta a quienes pretenden hacer uso de sus derechos lo cual desvirtúa la esencia de la Constitución cuya finalidad es la de contar con una sociedad igualitaria en

donde se reconozcan los derechos de los ciudadanos en forma justa y equitativa.

Hemos realizado investigaciones doctrinarias en la cuales hemos recurrido al conocimiento de renombrados juristas como Ávila Santa María, Ferrajoli gracias a su sistema de valoración de los derechos nos han aportado a esta investigación.

Mediante la Constitución, La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y las reglas y principios constitucionales todos estos medios nos ayudan a identificar los derechos susceptibles de una acción de protección, sin embargo estos no son suficientes, ni claros al momento de garantizar y proteger los derechos que se encuentren vulnerados, por ello se justifica este estudio y se demuestra de que es necesario fortalecer con más herramientas para que exista una verdadera seguridad jurídica en el país.

Nuestra investigación también cuenta con un estudio comparativo entre los países de Colombia y España ambas legislaciones muestran un gran parecido a la legislación ecuatoriana aunque con un procedimiento adecuado.

Nuestro tema de investigación es un gran aporte para nuestra sociedad, debido que este es un tema muy significativo hoy en día cuyo análisis y conclusiones se han realizado con mucho fervor y dedicación.

INTRODUCCION

Ecuador “un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico “denominación que entro en vigencia a partir del 20 de octubre del año 2008 originando cambios importantes y dándole un enfoque diferente a lo que era un Estado de derecho paso a convertirse en un Estado Constitucional de derechos y justicia.

Un Estado Constitucionalista de derechos y justicia acarrea consigo un conjunto de valores, conceptos y principios doctrinarios, la Constitución abre un paso importante hacia el cumplimiento efectivo del constitucionalismo mediante un sistema de derechos y garantías y un bien establecido programa de intervención del Estado en pro de garantizar y proteger los derechos.

A pesar de encontrarse consagrado en la Carta Magna los derechos de los ciudadanos todavía nos topamos con leyes secundarias que contradicen los principios y garantías constitucionales motivo por el cual es menester realizar cambios sustanciales como lo es una formación jurídica idónea, una estructuración conceptual de los órganos jurisdiccionales para garantizar, salvaguardar, restablecer e interpretar los derechos fundamentales.

La Constitución cuya misión es la de garantizar que la aplicación de los derechos sea efectiva pero no es del todo sencillo debido a que para que esto se cumpla a cabalidad se debe contar con una formación y estudio adecuado por este motivo nuestro trabajo busca una orientación diferente para aclarar conceptos de interpretación, y hacer uso correcto de las disposiciones tanto para el accionante como para el accionado.

Al hacer uso del derecho por medio de la interpretación y la aplicación las normas constitucionales es necesario realizar un análisis sobre la transcendencia de un nuevo enfoque constitucional mediante el eficaz cumplimiento de los fines de una justicia constitucional, por ello es necesario

que los profesionales del derecho tener conocimiento de los mecanismos que ayuden a una adecuada interpretación constitucional para impedir que se creen diversos criterios y una inadecuada interpretación de la normativa existente.

Nuestra investigación se encuentra estructurada de la siguiente manera:

En el capítulo primero exponemos lo que es considerado como el planteamiento del problema sobre **“LA ACCION DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y SU INADECUADA APLICACIÓN EN EL ECUADOR”** capítulo que se encuentra la formulación del problema, delimitación del problema, objetivos generales y específicos, planteándose como objetivo general la participación de seminarios a los profesionales de derechos jueces y abogados cuyo tema a tratar sea la aplicación de mecanismos eficaces para identificar con claridad cuales derechos son susceptibles de acción de protección y dar a conocer las posibles soluciones por medio de un sistema efectivo de valoración de los derechos.

En el capítulo segundo exponemos el marco teórico en el cual se encuentra la fundamentación teórica como: el origen de la Acción de Protección teniendo como referencia a los tratados y convenios internacionales, en el sistema regional y en la legislación ecuatoriana, definición de la acción de protección, los principios fundamentales de la acción de protección, características de la acción de protección, medidas cautelares, su objetivo y finalidad de la misma, legitimarios activos y pasivos incluyendo a terceros activos y pasivos, la admisibilidad de la acción de protección y las causas para su procedencia también se ha desarrollado las etapas y actos procesales con el procedimiento de cada una de ellas . El tercer capítulo comprende el marco metodológico en el cual consta que tipo de investigación se realizó, población y muestra, también están los métodos y técnicas de investigación, los gráficos con sus respectivos análisis de las encuestas

Finalmente en el capítulo cuarto se encuentran las conclusiones y recomendaciones y el desarrollo de la propuesta planteada que muestra la problemática que existe sobre la aplicación de la Acción de Protección y los posibles métodos para que haya una adecuada valoración e interpretación de los derechos.

Índice General

CAPITULO I	1
EL PROBLEMA.....	1
1.1 Planteamiento del problema.....	1
1.2 Formulación del Problema.	2
1.3 Delimitación del Problema.....	3
1.3.1 Objeto de la investigación.	3
1.3.2 Campo de Acción.....	3
1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.....	443
1.4.1 OBJETIVO GENERAL.	443
1.4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	4
1.5 JUSTIFICACION.	4
CAPITULO II	6
MARCO TEÓRICO Y LEGAL.....	6
2.1 Antecedentes.	6
2.2 Origen de la Acción de Protección.	7
2.2.1 Referencia Histórica.....	887
2.2.2 Referencia en Tratados y Convenios Internacionales.....	8
2.2.3 Referencia en el Sistema Regional.	9
2.3 Origen del Amparo Constitucional en la Legislación Ecuatoriana.	10
2.3.1 La Acción de Protección en Nuestra Constitución.	121211
2.3.2 Definición de la Acción de Protección.	12
2.3.3 Principios Fundamentales de la Acción de Protección.....	14
2.3.4 Características de la Acción de Protección.	15
2.3.5 Medidas Cautelares de la Acción de Protección.	16
2.4 Objeto y Finalidad de la Acción de Protección.....	191918
2.4.1 Obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar.....	20
2.4.2 Elementos de la Acción de Protección.	21
2.4.3 Legitimación Activa y Pasiva.....	222221

2.5 Ante quien se debe presentar la Acción de Protección.....	22
2.5.1 Legitimación Activa.	242423
2.5.2 Legitimación Pasiva.	25
2.5.3 Los Terceros.	26
2.5.4 Contra que actos se debe plantear la Acción de Protección.....	272726
2.6 Qué requisitos que se deben cumplir para plantear una demanda de acción de protección.	31
2.7 Procedencia de la Acción de Protección.	33
2.7.1 Admisibilidad de la Acción de Protección.....	353534
2.7.2 Actos que no proceden frente a la acción de protección.....	35
2.7.3 Procedimiento de Fondo para Interponer la Acción de Protección.	383837
2.7.4 Procedimiento para la Tramitación de la Acción de Protección.	42
2.7.5 Contenido de la Demanda para el Requerimiento de Garantías.....	43
2.7.6 Procedimiento pasó a paso plantear una Demanda de Acción de Protección.....	49
2.8 DERECHO COMPARADO.....	57
REPÚBLICA DE COLOMBIA.....	57
2.8.1 Características de la Acción de Tutela.....	58
2.8.2 La Acción de Tutela.....	58
2.8.3 La Impugnación.....	64
2.8.4 Revisión.....	656564
2.9 EL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA.....	65
2.9.1 El Amparo Constitucional de los Derechos Fundamentales.....	65
2.9.2 Finalidad.....	66
2.9.3 Naturaleza Jurídica.....	66
2.9.4 Ámbito de aplicación.....	66
2.9.5 La Pretensión de Amparo Constitucional.....	67
2.9.6 Órgano Jurisdiccional.....	68
2.9.7 La fundamentación.....	68
2.9.8 Las Partes.....	69
2.10 Estudio Comparativo de la Constitución Política de Colombia y España con la Constitución Ecuatoriana referente a la Administración de Justicia en la Acción de Protección de Derechos Constitucionales.....	71

CAPITULO III	75
METODOLOGIA Y RECOLECCION DE DATOS.....	75
3.1 Diseño de la Investigación.	75
3.2 Modalidad de la Investigación.	75
3.3 Tipo de Investigación.	767675
3.3.1 Investigación Descriptiva.....	767675
3.3.2 Investigación de campo.....	76
3.3.3 Investigación Bibliográfica.....	76
3.3.4 Población y muestras.	76
3.4 Cálculo de la Muestra Representativa.	76
3.5 Encuestas y Resultados Análisis de resultados.	787877
3.6 Análisis de Resultados.	818180
CAPÍTULO IV.....	93
PROPUESTA.....	93
MECANISMOS QUE AYUDEN A UNA EFICAZ APLICACIÓN DE LA ACCION DE PROTECCION EN EL ECUADOR.	93
CAPITULO V.....	97
CONCLUSIONES	97
RECOMENDACIONES.	98
BIBLIOGRAFIA.	100
ANEXO	102

INDICE DE FIGURAS

Figura 1 Presentar acción de protección por vulneración de derecho.	81
Figura 2. Resultados desfavorables cuando presento acción de protección.	82
Figura 3. Resultados favorables cuando presento acción de protección.	83
Figura 4. La acción de protección garantiza los derechos consagrados por la constitución.	84
Figura 5. Los procedimientos son sencillos, rápidos y eficaces como estipula la Constitución.	85
Figura 6. Los juzgados al dictar sentencia garantizan los derechos vulnerados. .	86
Figura 7. La constitución del Ecuador cumple al determinar los derechos que merecen ser estudio de acción de protección.	87
Figura 8. La ley orgánica tiene los suficientes preceptos para la aplicación de acción de protección.	88
Figura 9. Son claros y precisos los medios para identificar los derechos de acción de protección.	90
Figura 10. Aplicar la acción de protección ayuda a la seguridad jurídica del país.	91
Figura 11. Necesario impartir seminarios para identificar claramente los casos que son de acción de protección.....	92

INDICE DE TABLAS

Tabla 1. Presentar acción de protección por vulneración de derecho.....	81
Tabla 2. Resultados desfavorables cuando presento acción de protección.....	82
Tabla 3. Resultados favorables cuando presento acción de protección.	83
Tabla 4. La acción de protección garantiza los derechos consagrados por la constitución.	84
Tabla 5. Los procedimientos son sencillos, rápidos y eficaces como estipula la Constitución.	85
Tabla 6. Los juzgados al dictar sentencia garantizan los derechos vulnerados....	86
Tablas 7. La constitución del Ecuador cumple al determinar los derechos que merecen ser estudio de acción de protección.	87
Tabla 8. La ley orgánica tiene los suficientes preceptos para la aplicación de acción de protección.	88
Tabla 9. Son claros y precisos los medios para identificar los derechos de acción de protección.	89
Tabla 10. Aplicar la acción de protección ayuda a la seguridad jurídica del país..	90

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del problema.

El art. 88 de la Constitución de Ecuador nos indica “Que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la carta magna, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por acto u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicios de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación de derechos provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afecta se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación “

Lo que nos indica este artículo es que la acción de protección es un método por el cual se trata de reparar la violación de los derechos constitucionales. Esta acción se podrá interponer cuando la violación ya se ha consumado sin importar de que clases de actos provenga administrativo, una norma, una política pública, de que autoridad, o de una persona particular, sin importar que condición tenga la víctima.

Esta acción puede ser aplicada a cualquier derecho, y se lo considera como una responsabilidad vertical pública o privada, esto significa que, cuando los entes privados se encuentran en iguales condiciones no corresponde, y procede contra

particulares cuando están en relación de poder, o se hallen en situación de subordinación o indefensión.

Esta garantía permite a las juezes y juezas cambiar la realidad de discriminación y sufrimiento, el problema real es que no existe un criterio unánime que indique el concepto de lo que esta acción conlleva más aun cuando se interponen derechos de interés particular, patrimoniales y privados y los derechos fundamentales que tienen por finalidad garantizar un efectivo sistema judicial, es por esto que algunos creen que se debe diferenciar entre los derechos fundamentales y los que pueden ser reclamados por la vía de la justicia ordinaria, mientras que para otros no es adecuado realizar ninguna diferencia porque en la Constitución de la República del Ecuador se encuentran amparados todos los derechos.

Existe una contradicción entre La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el espíritu constitucional en la que no se establecen en forma directa estas acciones.

En la actualidad se sigue aplicando como única fuente la que desprenden los derechos y las obligaciones a la ley, aunque nos encontramos en un pluralismo jurídico, en la que existen diversas fuentes, y no tienen jerarquía, lo que produce un grave problema de aplicación.

1.2 Formulación del Problema.

La acción de protección contenida en la Constitución del Ecuador vigente desde octubre del 2008, por si misma no constituye una respuesta satisfactoria o suficiente para que la misma se torne efectiva y adecuada, sino que depende de la práctica jurídica, de la voluntad política y del control concreto o abstracto de la Constitución

Para que esta acción sea aplicable, debe ser de tal naturaleza que permita contar con medios idóneos y eficientes para subsanar la situación jurídica infringida, es decir, que cuando nos encontremos frente a la violación a un derecho constitucional, se pueda recurrir al ordenamiento jurídico interno con recursos jurídicos específicos y que sean aplicables a dichas vulneraciones, que tiene la finalidad de reparar el daño producido. A pesar de existir recursos que se

encuentran en nuestra Carta Magna los cuales los cuales nos sirven de gran ayuda para los diversos casos de violaciones a los derechos, es necesario que los mismos sean verdaderamente idóneos, que nos ayuden a establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y a la vez proporcionar lo que sea necesario para remediarla.

Pero aun con estas disposiciones sabemos que en Ecuador hace falta una metodología y formación que nos permita precisar los derechos a ser protegidos vía Acción de Protección Constitucional. Lo cual acarrea un problema muy serio y preocupante pues hemos visto como los derechos más esenciales han sido vulnerados.

1.3 Delimitación del Problema.

Este trabajo investigativo se realizará a nivel del Cantón Milagro Provincia del Guayas mediante el cual se dará a conocer un estudio doctrinario, constitucional y jurídico de la acción de protección en el Ecuador, así como también su desarrollo y aplicación.

1.3.1 Objeto de la investigación.

La Aplicación del Derecho Constitucional y la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

1.3.2 Campo de Acción.

La Acción de Protección

Lugar: Se llevará a cabo en los diferentes juzgados de la Corte Provincial de Justicia del Guayas con sede en el cantón Milagro, quienes de acuerdo a la ley poseen jurisdicción constitucional, para conocer y resolver las Acciones de Protección.

Tiempo: Año 2012 – 2013

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.

1.4.1 OBJETIVO GENERAL.

Exponer la problemática existente sobre la aplicación de la acción de protección y las posibles soluciones frente a las violaciones de las garantías constitucionales, lograr establecer normas claras para que se logre la eficacia en el cumplimiento de nuestros derechos

1.4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Realizar un análisis minucioso de la Acción de Protección establecido en la Constitución, y en tratados Internacionales, etc.
- Analizar si existen los medios necesarios para que este recurso de Acción de Protección sea eficaz.
- Determinar que la falta de una adecuada metodología no permite precisar los derechos a ser protegidos.
- Fundamentar jurídica y doctrinariamente los derechos consagrados en la constitución, la Acción de Protección, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la Seguridad Jurídica.

1.5 JUSTIFICACION.

El presente proyecto de investigación pretende obtener y dar a conocer un conocimiento doctrinario, constitucional y jurídico de la acción de protección en el Ecuador, así como también su desarrollo, aplicación y análisis.

La acción de protección es de gran importancia en nuestro país debido a que contiene un nuevo esquema constitucional que va orientado a la protección de los ciudadanos mediante garantías constitucionales, sin embargo la acción de protección ha generado falencias en su aplicación.

Al existir un conflicto en la aplicación de esta garantía, se crearon reglas de procedimiento para el periodo de transición como una garantía temporal que coadyuvara en el procedimiento hasta la publicación de la respectiva ley, al ser promulgada la Ley Orgánica de Garantías de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ley que fue creada para regular el correcto procedimiento constitucional, a pesar de existir falencias en la aplicación constitucional.

Los derechos que señala la constitución son fundamentales y al ser estos vulnerados se entendería que todo aquel o aquellos que reclamen por el amparo, protección y reparación de sus derechos lo deberían hacer por la vía constitucional y no por la vía ordinaria.

Otra de las falencias es que existe una confusión o falta de conocimiento al referirse a los derechos que se encuentran estipulados en la constitución es decir no hay un método de interpretación constitucional correcto que precise que vía legal seguir cuando se halle conculcado algún derecho, se debe conocer cuales derechos deben ser protegidos mediante la acción de protección y cuales no y no confundir por ejemplo cuando se trata de un derecho patrimonial que debe ser reclamado mediante la vía ordinaria o cuando se hable del patrimonio lo cual le permite sostenerse dignamente satisfaciendo sus necesidades básicas.

Por eso es importante hacer uso del derecho mediante la interpretación y aplicación de la ley y de las respectivas normas constitucionales para que los profesionales en la rama del derecho puedan conocer el método eficaz que sirva para una adecuada interpretación constitucional , es imprescindible lograr un acoplamiento efectivo del ordenamiento jurídico a la Constitución y no solo esto debe darse en la función legislativa sino a los jueces, abogados y ciudadanía en general que podrían hacer mal uso de las normas que consideren inconstitucionales.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO Y LEGAL

2.1 Antecedentes.

La acción de protección en el Ecuador en cuanto a su formalidad y admisibilidad corresponde al amparo adoptado por algunos países con diversas denominaciones las cuales han tenido sus antecedentes en la edad media, el derecho romano, atravesando por diferentes procesos según los modelos de estado desde el absolutismo, estado de derecho o legalista, constitucional de derecho hasta el hoy estado constitucional de derechos y justicia.

La aplicación de una Constitución democrática produjo cambios sustanciales en el Ecuador y uno de ellos se encuentra estipulado en el capítulo III con la denominación de Garantías Jurisdiccionales dentro del cual en el Art 88 nos habla de LA ACCION DE PROTECCION indicando que es una herramienta eficaz para el amparo de los derechos reconocidos en la constitución , pero consideramos que en la práctica y en la aplicación de normas constitucionales existen una inadecuada aplicación debido a falencias e imprecisiones en determinar cuáles son los derechos fundamentales que deben ser protegidos.

Y es por ello que es necesario realizar una investigación de tal naturaleza q se pueda contar con medios realmente eficaces y suficientes para reparar la vulneraciones a los derechos, es decir que cuando se viole algún derecho se pueda contar con un ordenamiento jurídico interno con recursos jurídicos específicos que sean aplicables a dichas situaciones que permitan un resultado concreto y eficaz.

Al realizar una investigación doctrinaria que contiene análisis efectuados por importantes juristas como Carbonel , Ferrajoli y Zabala Egas ha constituido un gran aporte para la realización de este trabajo , también hemos tomado como referencia algunos aspectos que se encuentran en la Constitución, Instrumentos Internacionales, la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, y el Código Orgánico de la Función Judicial, no obstante todos estos instrumentos no son suficientes ni totalmente claros para el reconocimiento de los derechos a ser amprados y es por ello que demostraremos que se debe fortalecer e implementar más herramientas que permita esclarecer el desconocimiento y falencias existente en la aplicación de esta garantía y de esta manera se podrá alcanzar una verdadera seguridad jurídica en el Ecuador.

2.2 Origen de la Acción de Protección.

La acción de protección conocida como recurso, juicio, proceso, acción o derecho de amparo según el nomen iuris¹ estas denominaciones han sido dadas por la jurisprudencia o normativa de cada país, las cuales se han hecho efectivas sin necesidad que constituya norma constitucional. Es por ello que desarrollaremos tres etapas sobre la vigencia del amparo como tutela efectiva de los derechos fundamentales. La primera etapa es el que nos da a conocer la vigencia del amparo desde las primeras constituciones y leyes y es denominado como el **antecedente histórico**, la segunda etapa comprende el momento en que se constituye en **una norma internacional**, y la tercera cuando se constituye **en una norma en el sistema de la región**.

¹ Ferrer, Mac Gregor Eduardo, El Derecho de Amparo en el Mundo, Buenos Aires, Ed. Porrúa S.A. 2006, p3

2.2.1 Referencia Histórica.

La acción de protección es una garantía procesal constitucional globalizada, esta se ha convertido en el mecanismo de mayor protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de muchos países.

Esta garantía constitucional tiene su origen en el Derecho Romano, en la edad media y en la Constitución Inglesa dictada el 15 de junio de 1215², como consecuencia de la lucha entre el rey y la nobleza que consigue arrancar algunas concesiones del poder real. Posteriormente en la Edad Moderna aparecen los primeros decretos civiles y políticos, con los que la burguesía limitada los privilegios de la nobleza y reclamaba la igualdad ante la ley, cuya garantía se encomendaba a los jueces, donde se destaca la Petition of Rights (Petición de Derechos) de 7 de junio de 1628³ que protege los derechos personales y patrimoniales, luego vino la Revolución Francesa en donde se creó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789 en la cual se reconoce los derechos naturales e imprescriptibles del hombre como lo son la propiedad, la libertad y la seguridad luego se introdujo en la Constitución Francesa los derechos de carácter social como el trabajo, dignidad, etc pasando a ser introducidos en la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano.

Finalmente fue en Estados Unidos en la Declaración de Derechos de Virginia el 12 de junio de 1776 en la que se proclama el derecho a la libertad mientras que en la Declaración de los Estados Unidos el 4 de julio de 1776 en la que se reconocen como derechos inalienables derecho a la vida, la libertad, etc., una vez que estos derechos fueron proclamados aprueban diez enmiendas en la Carta Magna Americana sobre la propiedad, el derecho a la libertad, derecho a un debido proceso, entre otras.

2.2.2 Referencia en Tratados y Convenios Internacionales.

El amparo o acción de protección desde el año 1948 fue implementado obligatoriamente por algunos Estados al haber entrado en vigencia la Declaración

²Valencia Vega, Alipio, Desarrollo del Constitucionalismo, La Paz, Bolivia, Juventud, 1998, p. 81.

³ Petition of Rights (Petición de derechos) del 7 de junio de 1628 [www. Petición de derechos.com](http://www.Petición de derechos.com)

Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre siendo estos recursos efectivos y sencillos⁴ también tenemos como referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, muchos especialistas en derecho reconocen a esta garantía como el “amparo interamericano” porque cuando cita a la protección judicial señala que “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 ejercicios de sus funciones oficiales”, convención en la que los estado participantes se comprometen “ a) Garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, b) Desarrollar las posibilidades del recurso judicial de no haberlo; y c) Garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”⁵ .

2.2.3 Referencia en el Sistema Regional.

En nuestro sistema regional el amparo nace como norma en el siglo XIX en los países de Perú y México al igual que en el resto de países latinoamericanos, teniendo como pionera a la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787⁶ , pero fue en 1941 cuando en el Estado de Yucatán por primera vez se incorporó el amparo como garantía constitucional contemporánea⁷ .

A la acción de protección se la ha denominado de diferentes maneras, en la legislación comparada de cada uno de los países de América Latina no se ha podido ver las normas vigentes con rango constitucional y reglamentaria, por ejemplo en la Constitución de Argentina en Art. 43 párrafo 1 y 2⁸ y como norma reglamentaria en la Ley de Acción de Amparo desde 1966, en Bolivia en el art.19

⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre , aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948, Art. 18

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos Art. 25

⁶ Ferrer Mac Gregor Eduardo “El Derecho de Amparo en el Mundo ““Breves notas sobre el amparo iberoamericano desde el derecho procesal constitucional comparado), Argentina Ed. Porrúa S.A. 2006, p. 15.

⁷ El Origen del Juicio del Amparo en México, Jesús Ángel Arroyo

⁸ Constitución de Argentina de 1994, Art. 43

y en la Ley del Tribunal Constitucional vigente desde 1998, pero en la constitución recientemente aprobada en febrero del 2009 consta en los Arts. 128 y 129⁹, en Colombia la encontramos en la constitución de 1991 en el Art. 86 y es reglamentado mediante decreto 2591¹⁰, en Chile consta en la Constitución en el art. 20 y mediante auto acordado de la Corte Suprema, acerca de la tramitación del recurso de Protección de Garantía Constitucional desde 1992¹¹, cuya denominación es parecida con la hoy Acción de Protección que se encuentra vigente en el Ecuador desde el 20 de Octubre del 2008, una vez que fuera aprobada en consulta popular al mandante.

En Brasil se encuentra en la Constitución en el Art. 5 y en el ordenamiento contemplado en la ley de Mandato de Seguridad desde 1951¹², en el Ecuador la Acción de Protección reemplazó a la Amparo constitucional, habiéndose aprobado por la Asamblea Nacional la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2.3 Origen del Amparo Constitucional en la Legislación Ecuatoriana.

El Ecuador consagró constitucionalmente el Amparo Constitucional en el año 1967, pero surgieron varios inconvenientes para que esta tenga efecto, no se crearon leyes que regulen esta garantía, el país estaba atravesando por un Golpe de Estado en la década de los setenta.

Posteriormente en los años 1978 y 1979 se retoma el periodo democrático pero aun así el amparo constitucional sigue sin ser consagrado, intentaron reintroducirlo con las reformas constitucionales de 1983 pero fue inútil, este quedó como bajo la potestad del Tribunal de Garantías Constitucional, por medio del

⁹ Constitución de Bolivia 2009, Arts. 128 y 129

¹⁰ Constitución de Colombia Art. 86

¹¹ Constitución de Chile, Art. 20

¹² Alfonso Herrera García. El Derecho de Amparo en el mundo, Argentina, Ed. Porrúa S.A... 2006 pg. 12

cual cualquier persona natural o jurídica podía presentar la demanda correspondiente¹³.

Luego de tantos intentos en 1993 la Corte Suprema hoy Corte nacional lanza un proyecto que trata sobre el Amparo Constitucional ¹⁴ , en el año de 1994 se crea una Comisión de Juristas la cual es elegida por el Presidente de la Republica y es aquí cuando se instituye el amparo convirtiéndose en una garantía autónoma y más avanzada , el Congreso Nacional en el año de 1996 aprobó unas reformas a la Constitución una de ellas fue en el art 31 en la que nos habla del amparo constitucional con ligeras modificaciones; codificación que estuvo vigente hasta el 10 de agosto de 1998 . La Constitución de 1998 dio paso a la Ley de Control Constitucional y de inmediato al Reglamento Orgánico del Tribunal Constitucional, y es así como se le otorga facultad al Tribunal Constitucional de conocer el Recurso de Amparo en segunda instancia.¹⁵

Una vez ya constituida la nueva figura en la legislación ecuatoriana debido a la necesidad de dar protección frente a las decisiones frente a la Administración con lo que el Amparo Constitucional se estableció por Mandato Constitucional.

Cabe recalcar que las Constituciones Ecuatorianas reconocieron desde 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros, los cuales reconocen que todas las personas tienen derecho a disfrutar en igualdad de condiciones de todas las garantías que se encuentran reconocidos en todos los tratados y convenios internacionales

En la Constitución del 2008 mediante la aprobación de la Asamblea Constituyente se cambió la denominación de Amparo Constitucional por Acción de Protección, llegando a convertirse en una acción que no requiere formalidades procesales para una efectiva aplicación.

¹³ Salgado Pesantes Hernán, La Garantía de amparo en el Ecuador, Tomado del derecho de amparo en el Mundo. Ed. Porrúa S.A., 2006, p 306

¹⁴ Propuesta de REFORMA Constitucional para el sector justicia, febrero 2008, Corte Suprema de Justicia Art. XX.

¹⁵ Reglamento Orgánico del Tribunal Constitucional

2.3.1 La Acción de Protección en Nuestra Constitución.

La teoría de los derechos reconoce distintos tipos de tutela jurídica así como las garantías normativas que señala el Art. 84 que dice que cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar como por ejemplo el parlamento al dictar leyes, estos están obligados a adecuar esa norma a la Constitución ¹⁶ .

Las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; por las garantías políticas (Art. 85), cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos ¹⁷ y las garantías jurisdiccionales que no son otra cosa que la posibilidad de ejercer el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos, los cuales son un conjunto de instrumentos procesales que dentro del sistema estatal cumple la función de la tutela directa de los Derechos Constitucionales, con ello el juez se convierte en el protagonista de la acción del Estado, a través de su papel de garantes últimos de los derechos fundamentales y con ellos las garantías procesales se convierten en un elemento esencial de este nuevo modelo.

Las Garantías Jurisdiccionales protegen todos los derechos por lo cual se denomina de protección, los que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada) que se denomina “habeas corpus”, las que protegen el derecho a la información pública, los que protegen la intimidad, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llama “acción de cumplimiento”, y finalmente aquellas que se protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina “acción extraordinaria de protección”.

2.3.2 Definición de la Acción de Protección.

La definición de la acción de protección depende del alcance y contenido que esta garantía tenga en cada Constitución y el desarrollo constitucional de cada país,

¹⁶ Constitución del Ecuador 2008, Art. 84

¹⁷ Constitución del Ecuador 2008, Art. 85

esto ha determinado que algunos expertos consideren a la acción de protección como una acción subsidiaria o alternativa y otro como la que se encuentra en nuestra Constitución que es considerada como una acción de naturaleza principal de mayor jerarquía y totalmente independiente.

Couture, se refiera a la acción como: “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión..... tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución”.

Esta garantía recibe diferentes denominaciones Es necesario indicar que La Acción de protección en los diferentes países ha tomado connotaciones y procedimientos diferentes, por consiguiente no es lo mismo hablar de Acción de protección en México, El Recurso de Amparo en España, La Tutela en Colombia, El Recurso de Protección en Chileno o en Brasil el Mandato de Seguridad “mandamiento de seguridad”, a pesar de tener diferentes denominaciones tienen finalidades semejantes como:

- 1.- Garantizar la efectividad de derechos personales, es universal.
- 2.- Es un medio procesal extraordinario.
- 3.- Medio procesal subsidiario.
- 4.- Tiene por propósito remediar de manera urgente derechos constitucionales, para lo cual requiere un procedimiento especial.
- 5.- Es preferente, sencillo, breve y sumario.
- 6.- Evita un perjuicio irremediable.
- 7.- Es preferente, su tramitación es con carácter de urgente.

8.- Sumario, por tanto no es formalista y direcciona al juez a conocer del juicio propuesto.

A la acción de protección se la puede definir como una garantía del Derecho Interno reconocida por el Derecho Internacional para Manuel Osorio el amparo constitucional es “Una institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Público o Constitucional y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad pública no judicial, que actué fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los derechos que ella protege.”¹⁸

En la legislación ecuatoriana que regula la Acción de protección la encontramos dentro de las Garantías Constitucionales, propiamente en las garantías jurisdiccionales artículo 88 de nuestra Constitución de la República, donde señala que: “*La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona 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*”.¹⁹

Acción que permite al ciudadano no solo acudir a ella por la vulneración de un derecho fundamental, sino por la violación de cualquiera de los derechos garantizados en la constitución sin dejar que el acto se consuma o la omisión impida hacer validar su derecho.

2.3.3 Principios Fundamentales de la Acción de Protección.

¹⁸ Manuel Osorio, tomado de la obra de García Falconí José. El juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional, 3era Ed. Quito, Ed. Rodín 1999, pg. 112

¹⁹ Constitución del Ecuador, 2008, Art. 88

1.- Proteger un derecho y preservándolo a fin de que nada ni nadie lo vulnere.

2.- La protección de un derecho mediante resolución de un juez puede ser:

a) **Provisional** cuando el juez da a conocer mediante providencia la suspensión del acto con la finalidad de evitar o hacer cesar la violación o amenaza, pero esta providencia puede ser confirmada o revocada cuando se resuelva la causa

b) **Definitiva** cuando el juez que ha conocido la causa resuelva aceptar la acción de protección.

3.- La protección de un Derecho puede ser:

a) **Individual** mediante el cual se protege y garantiza el derecho de una persona o,

b) **Colectiva** mediante el cual se protege y garantiza los derechos de un grupo de personas.

2.3.4 Características de la Acción de Protección.

1.- Es universal porque protege y ampara los derechos que se encuentran consagrados en nuestra constitución y en los convenios y tratados internacionales.

2.- Es de atención prioritaria debido a que al tramitarse debe darse preferencia aquella acciones de protección que se encuentran en el despacho del juez, siendo este un método sencillo, rápido y de sumarásimas resoluciones

3.- Las normas procesales comunes no pueden ser aplicadas en este proceso porque pueden atrasar el eficaz despacho de la causa.

4.- La finalización de la acción de protección solo será mediante la ejecución total de la resolución o sentencia.

5.- La acción de protección es un procedimiento de carácter extraordinario por lo cual no da cabida a los procedimientos y normas de justicia ordinaria es por eso que esta acción es considerada como una acción de jerarquía constitucional.

6.- Es una acción de carácter subsidiario porque se la interpone cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial para que estos puedan subsanar el derecho violentado.

7.- Esta es una acción preventiva o reparadora según el caso.

8.- Cabe recalcar que esta es una acción y no un recurso debido a que no tiene como finalidad la impugnación de una resolución judicial, sino que es el medio idóneo por el cual se pone en conocimiento un acto u omisión que se encuentre violentando algún derecho que se halle en nuestra Constitución.

9.- Este es un proceso de doble instancia, la primera es ante el juez a quo y la segunda ante la Corte Nacional de Justicia quienes se encargaran de resolver la causa y se convertirá en una resolución definitiva e inapelable, ya una vez ejecutoriada la resolución se remitirá a la Corte Constitucional para que se constituya en un antecedente jurisprudencial.

10.- Se la puede presentar independiente o conjuntamente con medidas cautelares.

En la Constitución del Ecuador en su Art. 87 otorga la facultad de interponer medidas cautelares frente a las acciones constitucionales de protección de los derechos, cuya misión es la de evitar o hacer cesar la vulneración o violación de un derecho, el demandante no debe esperar hasta la calificación de la demanda o el término del proceso para pedir y obtener una medida cautelar.

2.3.5 Medidas Cautelares de la Acción de Protección.

Ramiro Ávila dice "La medida cautelar previene o detiene una violación, no mas .Si previene una violación, no tiene sentido que opere el procedimiento de

protección de conocimiento o de fondo, pues no se podría declarar una violación que no haya ocurrido”²⁰.

Estas medidas se dan con la finalidad de proteger de manera eficaz los derechos que prevé la Constitución en el Art. 87 dice “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”²¹

Esto lo pude hacer cualquier persona por medio de un juez, solicitando dicha medida en forma directa , siguiendo las reglas dictadas por la Corte Constitucional y acogidas en la LOGJCC, sin perjuicio de los principios generales que son comunes a todas las garantías jurisdiccionales de los derechos, consolidando el carácter tutelar, preventivo y reparador, estableciendo en la LOGJCC el procedimiento, requisitos y ejecución de la medida incluyendo la posibilidad de revocatoria, audiencia y apelación de dicha actuación procesal.

Debemos recalcar que las medidas cautelares no forman parte de un proceso judicial, motivo por el cual el juez debe proceder inmediatamente y adoptar la medida más adecuada según el caso.

La LOGJCC la convierte a la medida cautelar en un proceso de conocimiento luego de su ejecución, dejando en claro que la medida cautelar tiene dos posibilidades la primera si la presentamos en forma directa antes que la acción principal y la segunda es que si en la pretensión principal se pide medidas cautelares las cuales de acuerdo a las disposiciones del cuerpo de normas en que nos referimos se transformarían en verdaderos procesos de conocimiento.

Siendo deber del juez encontrar la medida cautelar más eficaz y sencilla que esté a su alcance para que pueda garantizar la protección del derecho que se encuentre amenazado. Esta medida debe ser presentada conjuntamente con el requerimiento principal, la medida cautelar se tramitara previamente a la acción para declarar la violación del derecho, por lo que no será necesario la calificación

²⁰ Ávila, Ramiro “Las Garantías: herramientas imprescindibles...pg. 106

²¹ Constitución del Ecuador, 2008 Art. 87

de la demanda para que se ordenen las medidas cautelares, si esta es procedente el juez podrá ordenar dichas medidas.

Las medidas cautelares más comunes son:

- Comunicación inmediata a la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación.
- Suspensión provisional del acto.
- Visitas o inspecciones al lugar de los hechos, etc.
- Orden de vigilancia policial.

La jueza o juez bajo ningún motivo podrá ordenar medidas que atenten contra la libertad de la persona.

Las medidas cautelares no proceden:

- Cuando hayan interpuesto demanda de medidas cautelares en procesos administrativos u ordinarios.
- Cuando se interpongan la acción extraordinaria de protección.
- Cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales.²²
- La adopción y otorgamiento de medidas cautelares no constituirá prejuzgamiento sobre la declaración de violación de derechos, ni tendrá valor probatorio en caso de existir acción por violación de derechos.²³

Para presentar las medidas cautelares se seguirá el siguiente trámite:

1.- Podrán solicitar medidas cautelares conjuntamente en cualquier demanda de acción de protección de derechos.

2.- Para interponer medidas cautelares son hábiles todos los días y horas.

²² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 27

²³ Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 28

3.- Podrán interponer esta acción cualquier persona o grupo de personas ya sea en forma oral o escrita, ante cualquier juez o jueza.

4.- Se tramitará previamente a la resolución de las acciones que declaren la violación de derechos.

5.- Es una acción autónoma con una serie de elementos constitutivos.

2.4 Objeto y Finalidad de la Acción de Protección.

Nuestra Constitución en su Artículo 88 menciona que “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución....”²⁴

También en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el Artículo 1 establece “el objeto y la finalidad de la ley es regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.”²⁵

La acción de protección tiene como finalidades:

- a) La protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales derechos humanos, e incluso los derechos naturales, de acuerdo al Artículo 11 numeral de la Constitución de la República del Ecuador, procede el amparo para la protección de los derechos que en la anterior constitución se las denominaba derechos económicos, sociales y culturales.
- b) La declaración de la violación de uno o varios derechos.

²⁴ Constitución del Ecuador 2008, Art. 88

²⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 1

- c) La reparación integral de los daños causados por la violación de uno o varios derechos Art. 86 numeral 3 de la Constitución.

Cuando se haya interpuesto una acción de protección en la cual se halla declarado la violación de uno a o varios derechos, se procederá a la reparación integral por el daño material o inmaterial producido y se especificara las obligaciones positivas o negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deben cumplirse. Dicha reparación integral se encamina hacia el restablecimiento de la situación al estado anterior a la violación del derecho humano, en los casos que esto fuera posible.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 18 nos habla de las medidas o formas de reparación integral y son:

- Restitución del derecho
- Compensación económica o patrimonial
- Rehabilitación
- Satisfacción
- Atención de salud
- Prestación de servicios públicos
- Disculpas publicas
- Medidas de reconocimiento público y/o privado

2.4.1 Obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar.

- Garantías de que el hecho no se repita

La reparación por el 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.

La reparación por inmaterial comprende:

- La compensación mediante el pago de una cantidad de dinero.
- La entrega de bienes o servicios apreciables en dinero

Todo esto se hará en mérito del sufrimiento y aflicciones causadas a la persona afectada y a sus allegados.

Esta reparación se hará de acuerdo al tipo de violación y a las circunstancias del caso y a las consecuencias que haya tenido.

La sentencia deberá contener expresamente las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo 19 de la LOGJCC

“Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto de tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular, y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimientos diferentes”²⁶.

Es por eso que la acción de protección se la puede considerar como un proceso de conocimiento declarativo excepcionalmente cautelar y con efectos ampliamente reparatorios.

2.4.2 Elementos de la Acción de Protección.

- a) La violación de un derecho constitucional que no tenga una garantía especial.
- b) La violación que provenga de la acción u omisión de autoridad pública no judicial; contra políticas públicas que priven el goce y ejercicio de los derechos constitucionales y;

²⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional Art. 19

- c) Cuando la violación provenga de un particular, la acción procede contra actos derivados de la prestación de servicios públicos impropios o de interés del público y que estos actos provoquen daño grave; subordinación indefensión o contra todo acto que conlleve a una discriminación.

2.4.3 Legitimación Activa y Pasiva.

Partamos desde la premisa de que, si el sujeto Activo de las garantías es el individuo, el sujeto pasivo desde el inicio es el Estado esta relación nace del orden de derechos, escrito o consuetudinario dependiendo de qué clase de sistemas estemos hablando como por ejemplo un gobernador tiene el goce y disfrute de las garantías directamente frente a las autoridades estatales e indirectamente frente al Estado como ente jurídico, por eso desde el punto de vista del sujeto activo las garantías se convierten en una potestad jurídica.

Por eso debemos diferenciar a los sujetos de la relación jurídica así como es el caso de las garantías jurisdiccionales en las cuales interviene el Estado por medio de la autoridad pública siendo el juez el encargado de garantizar los derechos y el afectado que vendría a ser el requirente o legitimado activo o el requerido que vendría a ser el legitimado pasivo, incluyendo a la LOGJCC como parte de los procesos de Garantías Jurisdiccionales a los terceros sean estos activos o pasivos.

2.5 Ante quien se debe presentar la Acción de Protección.

En el artículo 86 numeral 2 de la Constitución Política del Ecuador nos indica que “Sera competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos” de igual manera en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en el artículo 7 establece que “ Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos” , ambos artículos tienen la finalidad de hacer efectivas las garantías jurisdiccionales de los derechos y es aquí es donde el accionante decidirá antes que autoridad competente presentara la acción de protección.

Nuestra constitución establece que para conocer y resolver las acciones de protección serán competentes los jueces y o juezas sin que se especifique la instancia pero en el art 86 numeral 4 inciso 2 de la misma norma constitucional señala que “Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial.” Esta norma nos aclara que todos jueces y juezas de primera instancia son competentes, por lo que en la segunda instancias está asignado para las Cortes Provinciales, más si los Tribunales Distritales que tenían competencia de primera instancia han dejado de existir para convertirse en salas especializadas en las Cortes provinciales, a excepción de los Tribunales Penales que el Código Orgánico determina su competencia de primera instancia y también son competentes para estas acciones, competencia que se radica por sorteo como lo dispone el Art. 7 de la LOGJCC que dice “ Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias Juezas o Jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley” y el art. 160 del Código Orgánico de la función Judicial cuando se refiere a los modos de prevención de la competencia cuya asignación corresponde a todos los jueces cuando haya más de uno en cualquier localidad, sin que se pueda pensar que se debe sortear de acuerdo a la materia o especialidad de cada uno de los juzgados, lo que sería erróneo , debiendo incluir a los Tribunales Penales como lo dispone en numeral dos de la norma citada, lo que ha evitado que el ciudadano este buscando establecer ante qué juez puede presentar su requerimiento, esto obligará a que todas las juezas y los jueces estén obligados a considerar a la Constitución como una norma suprema del ordenamiento jurídico motivo por el cual nadie podrá alegar desconocimiento o falta de ley para resolver acciones de carácter constitucional.

Debemos puntualizar que al ser las juezas y jueces de primera instancia competentes para conocer y resolver las acciones de protecciones, pudiendo ser

jueces de cualquier materia como niñez, penales, civiles, tránsito, laborales, tributario, etc.

Que personas y contra quienes se puede interponer la acción de protección.-

2.5.1 Legitimación Activa.

Es aquella persona o grupo de personas, comunidad, pueblo que recurre a un juez o jueza y le hace conocer la existencia de la violación de un derecho.

Ramiro Ávila señala “La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a persona o grupo de persona alguna. Al Estado y a la comunidad le interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos” (...) y que los llamados hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución son aquellos a quienes les han sido vulnerado sus derechos”²⁷

A la legitimación activa se la debe considerar no tan solo por el o los agraviados por aquellas actuaciones u omisiones de una autoridad pública no judicial sino también cuando se limita el goce o ejercicio de los derechos provenientes de políticas públicas, de la inadecuada prestación de los servicios públicos o particulares y más cuando esto afecta a una colectividad y es aquí cuando se debería aplicar la disposición constitucional en la que nos dice que cualquier persona que crea que sus derechos están siendo vulnerados puede presentar la acción de protección, muchas personas ignoran del alcance que puede tener una política pública y que esta sea capaz de vulnerar los derechos fundamentales de las personas por lo que al interponer una acción de protección en casos de políticas públicas esta debería ser de acción popular.

Otro problema surge cuando el agraviado se halla en estado de subordinación o indefensión y este quiere hacer uso de las acciones que la ley establece para la protección de sus derechos que la verdad es mínima, al no contra estas estas personas con ninguna representación pueden llegarse a sentir discriminados al sentir la falta de protección como por ejemplo el de una persona gravemente

²⁷ Ávila Santamaría Ramiro. Desafíos Constitucionales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Pg. 94

herida que acude a una clínica y no es atendido porque este no cuenta con identidad personal o algún documento que lo acredite este ejemplo se apega al art. 9 inciso segundo de la LOGJCC que dice “ Se considera personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce”²⁸

También hablamos de legitimación activa cuando se trata de una persona natural o jurídica, cuando se trate de representar colectivamente por parte del Defensor Público a las asociaciones que se encuentren constituidas legalmente. En los países de Argentina, Colombia y Brasil tienen como figura legal al amparo colectivo en los cuales se reconoce como legitimación activa al agraviado sin que exista ninguna limitación para que el juicio sea motivado por cualquier persona natural o jurídica.

En la legislación ecuatoriana el afectado puede acudir por sí mismo o ser representado por otra persona que sea capaz de comparecer a juicio sin necesidad de tener mandato especial, es por eso que la jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que esta no corresponde a una acción popular y que las personas que se crean afectadas se las deberá determinar en la respectiva demanda.

2.5.2 Legitimación Pasiva.

Hablamos de legitimación pasiva cuando se interpone una acción de protección contra actos u omisiones que provenga de autoridad pública y de particulares que violen o amenacen los derechos fundamentales, es decir si una violación proviene de una autoridad pública ya sea un delegado o funcionario que sea de jerarquía inferior dicha acción recaerá solo sobre la máxima autoridad de la institución debido a que el funcionario actúa de acuerdo a las instrucciones y aprobación que le da su superior, esto nos puede llevar a una confusión y nos preguntamos porque solo se debe demandar a la máxima autoridad si el que violo o amenazo con violar los derechos fundamentales fue el funcionario mas no el superior , la demanda debe ser interpuesta contra el representante del estado es decir la

²⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 9 inc. 2

autoridad pública superior, no es necesario que el afectado demande a todos los miembros de la Policía Nacional sería casi imposible demandar a todos ellos debido a la ubicación de sus domicilios a la fecha planteada de la acción de protección, pero como ya lo dijimos no es necesario demandar a todos los miembros de una institución sino solo a la autoridad pública esto se da porque la acción de protección solo se resuelve la existencia o la no violación de los derechos que se encuentran garantizados en la carta magna, no es necesario que comparezcan los afectados a la audiencia de la acción de protección ni justificar la violación de sus derechos constitucionales.

Entonces podemos decir que la acción de protección va dirigida hacia políticas públicas siendo la autoridad pública la responsable de las mismas, existe otro caso en el cual si la política pública es emanada por orden presidencial contra quien se presentara la acción de protección sería contra el Presidente de la República pero sin obviar la respectiva notificación al Procurador General.

La acción de protección se interpondrá contra una persona natural o el representante legal de la persona jurídica ya sea por una acción u omisión de los derechos que se encuentran amparados en nuestra constitución.

2.5.3 Los Terceros.

Se llama terceros a cualquier persona o grupo de personas que se crea perjudicado, este o estos podrán presentar un escrito el cual será incluido en el expediente de la causa y se resolverá antes de dictar la sentencia correspondiente, si fuere necesario cuando se realice la audiencia pública la jueza o juez le dará la palabra a la persona o grupo de personas también pueden intervenir en cualquier estado por ser parte coadyuvante del proceso.

Cuando hablamos de terceros debemos diferenciarlos entre **tercero legitimado activo** que es aquella persona o grupo de personas interesados en la protección de los derechos que se encuentren violentados y **tercero legitimado pasivo** es la persona o grupo de personas interesadas en que el acto u omisión mediante el cual se ha interpuesto la acción de protección se deberá mantener impugnada.

2.5.4 Contra que actos se debe plantear la Acción de Protección.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 41 establece cuales son los actos por los cuales procede la acción de protección que analizaremos a continuación

1.- Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.

Hay que determinar qué acto u omisión proveniente de alguna autoridad pública haya violentado los derechos ya sean que estos amenacen o violen el ejercicio y goce de los mismos.

La autoridad pública que tiene como función dictar actos de acuerdo a su competencia los cuales pueden violar los derechos de los subordinados, por ese motivo no les impide aplicar la acción de protección de los actos que están bajo la potestad de las cinco funciones del Estado Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

Existe omisión por parte de una autoridad pública cuando no cumple a cabalidad sus funciones a sabiendas que esta violentado derechos garantizados en la constitución

Al hablar de violación de derechos constitucionales nos referimos a la aplicación de los principios de los derechos mediante los cuales la norma constitucional reconoce a los personas y no hace distinción alguna entre una persona o grupo de personas pudiendo ser natural o jurídica o también se puede referir a los pueblos, comunidades, colectivos y diferentes nacionalidades, esto nos lleva a la conclusión que los derechos que se encuentran garantizados en la constitución los cuales podrán ser ejercidos de una manera colectiva o individual que podrán ser aplicados de una forma directa por cualquier servidor público administrativo no judicial que puede ser de oficio o a petición de parte sin que puedan alegar falta de norma para el pleno reconocimiento y se consideran de la misma jerarquía.²⁹

²⁹ Constitución del Ecuador Art. 10

De acuerdo al procedimiento constitucional que señala los derechos del buen vivir, alimentación, derecho al agua, derecho a un ambiente sano, a una identidad cultural, a la información y comunicación, derecho a la educación, a la salud, derecho a tener servicios de calidad, a la seguridad social, entre otros, la acción de protección debe ser planteada ante cualquier acto u omisión que pueda violar, quebrantar o dañar los derechos sin que ningún tipo de reforma constitucional o por algún actos de gobierno pueda vulnerar los derechos que se encuentran en la Constitución.

2.- Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.

En las políticas públicas se crean programas, se desarrollan planes y proyectos los cuales están mentalizados a cumplir objetivos, el Ejecutivo es el encargado de que estos objetivos se ejecuten mediante un plan que garantice el cumplimiento de las obligaciones y derechos que se regirán bajo los estándares de derecho internacional.

Ramiro Ávila dice “Una política pública de vacunación, acceso a la educación, alimentación escolar, en este caso la autoridad competente debe verificar que sus decisiones guarden conformidad en el plano normativo con los principios y, en el plano axiológico, con la justicia. Si las políticas no guardan conformidad con los principios y con la justicia, estarán sujetas a control constitucional.”³⁰

Lo que este autor nos da entender es que en la división de poderes el ejecutivo solo podía tomar decisiones bajo lo prescrito en la ley, y en el campo privado las personas no podían hacer lo que estaba prohibido, un estado constitucional como lo es los órganos públicos y ejecutivo hacen uso de lo que llamamos políticas públicas.

Políticas públicas que se las puede definir como carácter general y su cumplimiento es de carácter obligatorio también están obligadas a cumplir con los parámetros constitucionales sujetos a control constitucional.

³⁰ Ávila Santamaría, Ramiro, Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Ministerio de justicia, 2008, pág. 28

3.- Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.

Cuando se va a interponer la acción de protección frente a políticas públicas nacionales o locales y a la prestación de servicios y bienes públicos siempre y cuando estos limiten o priven el goce de los derechos se recurrirá a la norma constitucional en el Art. 85, numeral 1 que dice “Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientaran a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad”³¹. Este artículo nos da a entender que cuando se trate de alguna prestación de bienes o servicios públicos y estos no han sido brindados de una manera eficaz y adecuada es aquí cuando nos encontramos frente a una vulneración o amenaza según el caso de los derechos constitucionales y se podrá proceder a interponer la acción de protección, ya una vez que la jueza o juez haya declarado que tal vulneración ha existido inmediatamente procederá a disponer una reformulación o buscar una conciliación frente a los derechos en conflictos y procurando prevalecer el interés general encima del interés particular.

La evolución por la que han venido atravesando algunos países vecinos como por ejemplo Chile el cual ha logrado un gran avance sobre la situación de pobreza generando oportunidades y bienestar de los ciudadanos brindándole apoyo de sub garantías, calidad, oportunidad, participación y exigibilidad³².

Otro país en donde se ha visto una evolución en lo que se refiere a las políticas públicas es en Colombia donde la Corte Constitucional ha revisado algunos casos en los cuales las políticas públicas no cumplían sus objetivos debido a problemas que existen en la estructuras y se pidió el rediseño de las mismas³³ aquí tenemos la política de la educación que considerando los procesos mediante los cuales ocurrían los mismos hechos, se erradica el problema de raíz, y el Estado rediseñará su política pública de acuerdo con esos temas.

³¹ Constitución Política del Ecuador Art. 85, numeral 1

³² Banco Interamericano de desarrollo, relatoría sobre Garantías explícitas en la implementación de los derechos económicos sociales y culturales en América Latina y el Caribe 2007 pp. 13-17 tomado de Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ramiro Ávila Santamaría, Serie Justicia y Derechos Humanos Ed. 2008. T.I, p 76.

³³ Silva Portero Carolina. La Garantía de los Derechos. Neoconstitucionalismo y Sociedad Serie Justicia y Derechos Humanos. Ed. 2008. T.I. p. 77

Es menester hacer una breve reflexión acerca de las políticas públicas frente a la acción de protección y sobre la problemática que puede generarse si se lo ve desde el punto de vista político basándose en los principios de buen vivir y solidaridad, el primer caso estaríamos hablando de la situación política que esté pasando el gobierno que se encuentra gobernando en ese momento, en el segundo caso no sería aplicable al caso porque la jueza o juez constitucional quien deberá comprobar si la política pública puede violentar los derechos constitucionales pero para que esto suceda habrá que proceder bajo el principio de independencia y supremacía constitucional y así determinar si existe o no vulneración de los derechos constitucionales

4.- Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias.

- a) Presten servicios públicos impropios o de interés público.
- b) Presten servicios públicos por delegación o concesión.
- c) Provoque daño grave.
- d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

Cuando el acto proviene de particulares debemos desarrollarlo en dos etapas.

- 1) Si el acto u omisión viene de un particular y este se encuentra en condición de delegatario o concesionario cuando se plantea la demanda de acción de protección mediante la cual se determinará cual derecho que se encuentra garantizado en la constitución ha sido vulnerado por ejemplo si se trata de un mal servicio en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos como la luz, el agua, telefonía pública, etc. y uno de estos servicios se vuelve deficiente se procederá a la práctica de pruebas mediante las cuales se comprobará si se ha vulnerado o no el derecho.
- 2) Si un acto proviene de una persona particular y este vulnera el derecho de un subordinado o que se encuentre en total indefensión, el juez como persona competente será quien deba garantizar el derecho vulnerado y adoptar medidas necesarias las cuales se regirán bajo la premisa de la violación de un derecho, al

principio no se conoce con seguridad los involucrados ni los hechos por los cuales se está alegando la vulneración de algún derecho es por eso que primero se debe investigar lo que sucedió es decir las circunstancias por las cuales ocurrió la violación y comprobar si realmente ocurrió o no la vulneración del derecho.

2.6 Qué requisitos que se deben cumplir para plantear una demanda de acción de protección.

Todo acto u omisión que pueda vulnerar los derechos que se encuentran amparados en la Constitución se podrá demanda mediante una acción de protección aunque el procedimiento pareciera sencillo pues en mucho de los casos no es así, el demandante debe conocer cuáles son los requisitos básicos los cuales deben ir en la demanda inicial que deberá contener la reclamación o pretensión de esta naturaleza, que serán alegados por el accionante, o cuando una institución se encuentre inmersa en una reclamación de acción de protección como parte demandada y esta no demuestre lo contrario esto podría tornarse un caos para la administración de justicia es decir surgirían demandas sin fundamentos de hecho y derecho pero esto ha cambiado con la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en el artículo 10 nos da a conocer los requisitos que debe llevar la demanda y son los siguientes :

- 1.- Nombres y apellidos de la persona o personas requirientes 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 requirente no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su requerimiento.

4.- El lugar donde se le puede hacer conocer el requerimiento a la persona o entidad requerida.

5.- El lugar donde ha de notificarse a la persona requiriente y a la afectada, si no fuere la misma persona y el requiriente 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.

En los casos en que en la demanda se halla obviado alguno de los requisitos señalados en los ocho numerales del artículo 10 de LOGJCC el juez pedirá que sea completada en el término de tres días, una vez transcurrido dicho termino y no se ha completado la demanda y en la reclamación existen indicios de vulneración de los derechos, la jueza o juez procederá a darle tramite y subsanara la falta de algún requisito siempre y cuando este a su alcance para que se dé lugar a la audiencia³⁴.

Existen requisitos que no están señalados en el artículo 10 de la LOGJCC pero se los consideran que están incorporados tácitamente como lo es que la demanda sea presentada ante un juez de instancia, el señalamiento de un casillero judicial, ni la firma o huella del afectado.

³⁴ Ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art 10

Y cuando hablamos de las demandas orales, se procede de la siguiente manera: luego del sorteo la jueza o juez pedirá que el accionante haga un escrito en donde pondrá su reclamación observando lo que disponen los artículos 7 y 10 de la LOGJJC y esto es la protección de los derechos mediante las garantías jurisdiccionales los cuales no necesitan de formalismo alguno, las juezas y jueces adecuaran las demandas a los requisitos formales y harán conocer durante el tiempo que lleve el proceso las normas aplicables o vulneradas cuando sucede esto nos encontramos frente a una contradicción debido a la falta de formalidad del recurso y no podemos pasar por alto las necesidades de las acciones contemplen los requisitos en referencia, mediante los cuales se podrá distinguir cuando se trate de legitimación pasiva o activa y es de potestad de la jueza o juez establecer cuáles son los derechos vulnerados y el procedimiento que debe tomar para proteger o reparar el daño causado inclusive el juez aplicara normas que ayudaran a garantizar los derechos sin que la parte demandante lo solicitara, es decir la parte afectada no está obligada a conocer que norma legal es la que protege sus derechos.

Los funcionarios judiciales competentes que están a cargo de recibir las demandas deben calificar al admisibilidad de la misma y ver que la demanda sea presentada por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en quien actuara por si misma o a través de representante o apoderado; y por el Defensor del pueblo.

2.7 Procedencia de la Acción de Protección.

Para hacer prevalecer el goce de los derechos y garantías constitucionales es necesario que se exijan los requisitos estipulados en la Constitución

1.- Nos indica claramente que la autoridad judicial competente para darle trámite a la demanda de acción de protección es la jueza o juez del lugar donde se origina el acto o la omisión.

2.- Una vez que ha sido presentada la demanda que podrá ser a cualquier día y hora, la jueza o juez procederá a la calificar la demanda y notificara la calificación mediante providencia.

3.- Dentro de los tres días siguientes posteriores a la calificación se fijara fecha y hora para que se lleve a cabo la Audiencia Pública.

4.- Se notificara a las partes interesadas el legitimado activo y a la autoridad responsable del acto.

5.- La jueza o juez de considerarlo necesario podrá ordenar medidas cautelares, también podrá ordenar que se practiquen las pruebas necesarias designando comisiones para recabarlas en cualquier estado del proceso.

6.- Los fundamentos de hecho y de derecho alegados en la demanda por el accionante serán asumidos siempre y cuando el órgano público no alegue lo contrario o no colabore con alguna información que se requiera.³⁵

Cuando se entabla la audiencia pública se procede con la exposición del accionante en la cual explicara de una manera breve (20 minutos para la primera intervención) el daño que se ha originado, posteriormente se le otorgara la palabra a la parte demandada para que alegue los fundamentos jurídicos de demanda interpuesta, el accionante y el accionado tienen derecho a la replica que no puede durar más de 10 minutos.

En el transcurso de la audiencia la jueza o juez podrá preguntar a las partes lo que crea conveniente, el tiempo de duración de esta audiencia será hasta que la jueza o juez haya analizado detenidamente los fundamentos de las partes, también podrá suspender la audiencia y señalar nuevo día y hora.

Al momento de presentarse las pruebas la jueza o juez tiene facultades amplias porque ellos pueden solicitar a cualquier autoridad pública o judicial alguna información que le pueda ayudar a resolver y deberá actuar bajo las normas de la sana critica esto comprende la utilización de las reglas de la lógica, las máximas de experiencias y los conocimientos científicamente afianzados.

³⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 13

2.7.1 Admisibilidad de la Acción de Protección.

Debemos dejar claro que todos los derechos que se encuentran estipulados en la Constitución son inalienables, irrenunciables, indivisibles sin que se deje a un lado los derechos que provienen de la dignidad de las personas, comunidades o pueblos.

La Constitución establece en su artículo 84 “En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución³⁶” con este artículo nos lleva a pensar que toda vulneración o violación proveniente de políticas públicas, autoridad pública o de personas particulares será objeto de una reclamación.

La Constitución del Ecuador al ser considerada como la ley suprema y bajo ninguna razón se puede aducir falta de norma jurídica para justificar una violación o desconocimiento y se alegue improcedencia en la demanda, la acción de protección promueve la equidad a favor de los titulares de derechos.

La LOGJCC cita los siguientes requisitos que se debe tomar en consideración al momento de plantear la demanda de acción de protección.

- a) Que haya la violación de un derecho constitucional
- b) Que sea por acción u omisión de autoridad pública o de un particular.
- c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.³⁷

2.7.2 Actos que no proceden frente a la acción de protección.

Así como para la admisibilidad de la acción de protección se han creado requisitos aquí también debemos cumplir con los siguientes:

- 1.- Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación derechos.

³⁶ Constitución Política del Ecuador 2008 Art. 84

³⁷ Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional art. 40

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

3.- Cuando el acto impugnado no este amparado por la constitución convirtiéndose en un acto inconstitucional, siempre y cuando la acción no se convierta en una violación de los derechos constitucionales

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

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

7.- Cuando se trate de providencias judiciales, es decir las actuaciones y decisiones provenientes del poder judicial con excepción de los autos definitivos y sentencias que pueden convertirse en acción extraordinaria de protección

8.- Los acciones, omisiones o disposiciones del Consejo Nacional Electoral y que pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.³⁸

Para declarar la improcedencia de una demanda de acción de protección la Corte Constitucional dicto unas reglas en donde incluyeron actos que no se encuentran estipulados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y son las siguientes:

- A) Cuando la indemnización de perjuicios es la pretensión principal, siempre que esta no sea la única alternativa para la reparación integral, en este caso consideramos que la ley lo incluye en el numeral 5.
- B) Cuando se trate de una demanda temeraria, maliciosa o fraudulenta.
- C) Cuando exista duda con respecto a interposiciones que hayan agotado las vías de reclamación o no de las acciones ordinarias y se procederá a darle trámite a la demanda de acción de protección, sin que exista perjuicio de las eventuales sanciones por la interposición abusiva o temeraria de la acción.³⁹

³⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 42

³⁹ Reglas de la Corte Constitucional R.O. 466 del 13 de noviembre del 2008. Art. 50

Antes de que entrara en vigencia la constitución del 2008 la antigua constitución mencionaba que en la Función Ejecutiva no procedía la acción de amparo contra actos normativos, ni contra actos provenientes de gobierno, pero ahora en la acción de protección ya se incorporó a los actos de gobierno por lo que se puede considerar que esos actos ya podrán ser sujeto de impugnación.

En el caso de la función legislativa los actos que sean de carácter político y procedimientos parlamentarios no pueden ser impugnados con excepción de las actuaciones administrativas en contra de los derechos de los afectados.

Las decisiones jurisdiccionales emanadas de la Función Judicial no se pueden impugnar porque la constitución establece que actos de autoridad judicial no proceden cuando se quiera plantear una acción de protección, solo serán procedentes cuando los actos administrativos que provengan de órgano de gobierno como los son los actos provenientes del Consejo de la Judicatura o las direcciones provinciales.

También tenemos a la Función electoral y la prohibición de interponer demandas de acción de protección frente a actos electorales como lo son las decisiones emanadas del Consejo Electoral, la autoridad competente para conocer y resolver dichos actos es el Consejo Contencioso Electoral de conformidad a la misma ley, esto imposibilita a que alguna autoridad pueda detener las elecciones a partir desde que se realizan las convocatorias hasta el momento que se den a conocer los resultados. El Tribunal Contencioso Electoral es el competente para conocer y resolver todos aquellos recursos electorales frente a las actuaciones emanadas del Consejo Nacional Electoral y todos aquellos litigios que se presenten provenientes de las diferentes organizaciones políticas, entonces queda claro que el tribunal contencioso electoral no es la autoridad competente para conocer y resolver cualquier acción jurisdiccional y peor aún los Jueces de justicia ordinaria, estos serán solo competentes para resolver impugnaciones de temas electorales.

2.7.3 Procedimiento de Fondo para Interponer la Acción de Protección.

Es necesario recurrir a la búsqueda de determinados filtros de fondos de carácter constitucional los cuales ayudarán a una desnaturalización y evitar arbitrariedades en las interposiciones de acciones de protección, en el artículo 88 de nuestra Constitución debe existir medios que permitan regular un adecuado desarrollo en su contenido y que pueda contribuir a la creación de jurisprudencia mediante los jueces constitucionales.

El artículo 88 de la Constitución señala que “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales.”⁴⁰

Aquí está claramente establecido que el amparo que brinda esta garantía jurisdiccional, no abarca violaciones a derechos que sean pertenecientes a materia legal u ordinaria, por eso cabe la posibilidad que mediante jurisprudencia se regularice la procedencia de la acción de protección mediante a la comprobación de violaciones a los derechos fundamentales.

Debemos tomar en cuenta que muchas veces al presentar las demandas de acción de protección a pesar de que en el artículo 88 establece claramente bajo que parámetros debe interponerse la misma, algunos abogados a través de actos de mala fe han hecho que los jueces constitucionales consideren la protección a derechos legales que bien pueden ser tramitados en la jurisdicción ordinaria, tenemos como ejemplo al amparo constitucional que siendo una garantía de nivel constitucional se convirtió en una garantía apegada a la jurisdicción ordinaria.

Es por eso que se debe evitar la desnaturalización de la acción de protección e implementar herramientas que les permita a los jueces constitucionales empaparse de conocimientos y así pueden reconocer e identificar cuando se trata de un derecho fundamental y cuando no y cuando este derecho puede ser impugnado mediante acción de protección o cuando el derecho debe ser reclamado mediante la vía ordinaria.

⁴⁰ Constitución del Ecuador Art. 88

El Ecuador fue un modelo de Estado Liberal de derechos hace muchos años es por eso que consideraban como garantías derechos relacionados al patrimonio y ordinarios, en cambio ahora nuestro país es un Estado constitucional de derecho en el cual ofrecen garantías que van destinadas a la protección de los derechos constitucionales y fundamentales.

Luigi Ferrajoli plantea cuatro numerales en los cuales plantea como se reconoce entre un derecho fundamental con uno patrimonial.

- a) Los derechos fundamentales de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos lo de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y sociales, son derechos universales, en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares. Por el contrario los derechos patrimoniales – del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito – son derechos singulares, puesto que para cada uno de ellos existe un titular determinado que excluye a todos los demás.
- b) Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. Por su parte, los derechos patrimoniales, inherentes a la propiedad privada y a los derechos de crédito, son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. Los derechos patrimoniales, al contar con un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian, se venden. En cambio, no se consumen y tampoco pueden venderse el derecho a la vida, los derechos a la integridad personal o los derechos civiles y políticos.
- c) Con respecto a su estructura los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos ex lege, o sea conferido a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional, y basadas en la naturaleza humana. Su contenido se plasma en normas téticas, que imponen directa e inmediatamente situaciones sin condiciones. Los derechos patrimoniales, tienen por títulos actos de tipo negociable, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias,

decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen. Su contenido está previsto en normas hipotéticas, por lo que nos adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino simplemente predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas. (Entran aquí no solo las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, sino también las que predisponen obligaciones civiles como efectos de actos negociables).

- d) Y por último. identifica a los derechos fundamentales o constitucionales como verticales, toda vez que presupone una relación jerárquica de poder, mientras que los derechos patrimoniales u ordinarios, son horizontales, entre personas que tienen igual status jurídico o capacidad. Las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de los derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista-contractual, sucesorio y similares, mientras que entre los titulares de derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea del individuo frente al Estado.⁴¹

La distinción que hace Ferrajoli, es de gran ayuda para que la actuación de una jueza o juez constitucional cuando se encuentre frente a la verificación que el derecho que se encuentre vulnerado tiene las características o estructura de un derecho fundamental para que pueda ser procedente la acción de protección contando con implementación legal y jurisprudencial de una regulación de esta índole y que aportara al paradigma del Estado Constitucional haciendo la labor del juez justa. Cuando el juez califique la demanda y vea que el derecho por el cual se está reclamando y esta es de naturaleza ordinaria o patrimonial, se exceptuara los derechos de los accionantes y se les pedirá que recurran a la vía ordinaria para que puedan demandar sus pretensiones. Existe un filtro que va a dirigido a atacar el problema existente que es la interpretación y argumentación jurídica que se convertirán en eslabones de suma importancia para así contribuir con una eficaz y real garantía de derechos constitucionales.

Otro complemento que ayudara a un adecuado procedimiento es el “contenido constitucional protegido de un derecho fundamental” aquí podemos enfocarnos en

⁴¹ Luigi Ferrajoli “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”, en “Los fundamentos de los derechos fundamentales, editorial Trotta, España, 2001, pg. 30-35.

el Código Procesal Peruano que en el artículo 5 estipula filtros que restringen la subsidiariedad y residualidad del procedimiento de amparo, es menester destacar la existencia de un filtro regulativo que ayuda a la argumentación jurídica que conllevara a un correcto papel de juez.

También debemos hablar del “núcleo esencial de los derechos fundamentales” que en la legislación colombiana la Corte Constitucional menciona al mismo como

“Un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de las coyunturas o ideas políticas. El concepto de “contenido esencial” es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan”⁴²

La teoría del núcleo esencial del derecho fundamental, ha sido creada con la finalidad de que el juez realice limitaciones sin ningún justificativo a la parte que sostiene la esencia del derecho fundamental, el legislador deberá analizar minuciosamente la protección del núcleo del derecho fundamental. Para entender de una mejor manera vamos a explicar mediante este ejemplo: la estructura de un derecho fundamental es un huevo frito, la clara vendría a ser los componentes de la totalidad del derecho, lo cual no es de fundamental importante para su existencia, el núcleo q vendría a ser la yema de huevo de esta parte depende la subsistencia del mismo, entonces cuando un juez constitucional tenga conocimiento de algún caso deberá revisar las condiciones y que estas no vayan a perjudicar al núcleo esencial de un derecho constitucional y si ve que este se encuentra amenazado inmediatamente se procederá a la acción de protección.

Si por el contrario una jueza o juez nota que la reclamación hecha por los accionantes van dirigidas a la protección de un derecho o de alguna accesoria en

⁴² Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. T-406-92

la cual se esté poniendo en riesgo la supervivencia del núcleo esencial procederá a desechar la demanda.

La acción de protección es considerado como un medio sumario que va destinada a proteger de manera eficaz y en un plazo de tiempo corto a la parte esencial de un derecho constitucional que se lo considera como el núcleo, el cual no puede quedar suspendido y peor aún extendidos a plazos de tiempo muy largos llegando a convertirse en un derecho fugaz.

No se debe argumentar una simple redacción de derechos constitucionales presuntamente conculcados para que se pueda aceptar la demanda.

El juez previo a declarar la procedencia de la acción deberá identificar, analizar y delimitar el contenido constitucional de un derecho.

Al establecer los filtros de fondo así como la determinación del núcleo constitucional de un derecho fundamental o constitucional o la diferencia habida entre los derechos fundamentales con los patrimoniales, este filtro va a encaminar a que el juez actúe bajo las los procedimientos técnicos apegados al paradigma del Estado Constitucional, también fomentara a los abogados y a los usuarios a reconocer y interponer claramente sus pretensiones en las demandas una violación a los derechos constitucionales y al núcleo esencial.

2.7.4 Procedimiento para la Tramitación de la Acción de Protección.

El amparo constitucional era un proceso cautelar mediante el cual se declara si el denunciante tenía o no el derecho por el cual se estaba reclamando, existen algunos criterios diferentes unos dicen que el amparo era un proceso cautelar y no un proceso de conocimiento, y otros decían que este no era un proceso declarativo, ni de conocimiento, la Constitución del 2008 señala en su artículo 86 numeral 3 que el derecho que se encuentre violentado se procederá a ordenar la reparación integral del mismo ya sea material e inmaterial, pero este caso se da cuando se habla de una violación de derechos , existe otro caso en el cual se presenta una acción de protección para evitar la vulneración de un derecho este

se convierte en una medida cautelar pudiendo convertirse este en un proceso de conocimiento .

Con este tema analizaremos el procedimiento a seguir para la tramitación de la acción de protección poniendo en consideración los principios de sencillez, oralidad, rapidez, informalidad, diversidad cultural, etc.⁴³.

El doctor Carlos Salmón Alvear dice que “luego de ser motivada la resolución, el despacho urgente e inmediato de la misma, de la eficacia, de la relatividad de la resolución y de la suplencia de la queja, y no se debe descuidar los principios pertinentes al debido proceso, respeto a la defensa y su libre ejercicio, de sumariidad, de prosecución de oficio, de indagación de la verdad, de rechazo de actos y hechos impeditivos de incidentes en el proceso. Sin que se puedan desconocer en la resolución los principios de urgencia de la resolución, motivación y eficacia de la misma”⁴⁴

2.7.5 Contenido de la Demanda para el Requerimiento de Garantías.

La demanda es un acto mediante el cual el demandante interpone su reclamación y debe cumplir con los requisitos básicos mediante los cuales se pueda reconocer e identificar los sujetos procesales intervinientes.

Al entrar en vigencia la Constitución en el año 2008 y ante la existencia de un vacío legal de norma expresa la Corte Constitucional creó reglas para que las garantías jurisdiccionales de los derechos se hicieran efectivas mediante nueve requisitos que los veremos más adelante.

La ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional cuenta con los siguientes requisitos para el requerimiento de las garantías:

1.- La designación de la jueza o juez ante quien se va a interponer la demanda.

⁴³ Constitución del Ecuador Art. 86 numeral 3

⁴⁴ García Falconí José. La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución del Ecuador. Quito, Rodín 2008. Págs. 167 y 168

Este requisito ha sido obviado como requisito, sin embargo en la norma constitucional y en la LOGJCC en su artículo 7 establece que todos los jueces serán competentes.

Cuando existía la figura legal del amparo constitucional la demanda era dirigida ante un juez específico ya sea a un penal o civil, pero ahora para acceder a una acción de protección se deberá dirigir la demanda ante un juez de acuerdo a la jurisdicción territorial como por ejemplo: “Señor Juez de la provincia del Guayas.- Milagro” o “Señor Juez de la Provincia de Manabí.- Manta, etc., y el sorteo se radicará de acuerdo como lo dispone el Código Orgánico en su artículo 160 que nos habla de la prevención de la competencia indicando que la asignación corresponde a todos los jueces cuando haya más de uno en cualquier localidad, incluyendo a los Tribunales Penales⁴⁵, esta norma ha sido de gran ayuda para el ciudadano porque le ha hecho más fácil el acceso a la justicia ya no está buscando ante que juez o jueza puede presentar su demanda.

Todos los jueces y juezas tienen la obligación de ver a la Constitución como la máxima norma jurídica del Ecuador.

2.- Los nombres y apellidos de la persona(s) requirientes, y si no fuere de la misma persona, de la afectada (legitimación activa).

Lo que llama la atención de este requisito es que un tercero sin ser el afectado puede presentar una demanda con las debidas pretensiones por ejemplo el Defensor del Pueblo cuando se encuentre imposibilitado el afectado.

3.- La identidad de la persona, entidad u órgano requerido

En este requisito indica que se debe identificar a la persona que violó el derecho ya sea por acción u omisión, si se trata de una institución pública será demandado el representante legal de la misma, y cuando se trate de particulares por concesión o delegación en este caso se debe demandar a la autoridad pública y al que tiene la calidad de representante del concesionario o delegatario. Esto se da porque la autoridad pública debe tener conocimiento acerca de los actos que han sido impugnados pertenecientes a los concesionarios o delegatarios y también porque los denunciados deben dirigir sus pretensiones a los

⁴⁵ Código Orgánico de la Función Judicial Art. 160, numeral 2

representantes legales de entidades públicas quien será el responsable de la vulneración de los derechos alegados. Aquí estamos frente al caso de una legitimación pasiva es decir que el demandado al ser legitimarios se encuentran legalmente facultados y bajo la obligación de responder por la acción u omisión hasta de los subordinados.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en su artículo 6 ordena que toda demanda o actuación contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado y que el desconocimiento de este requisito conlleva a la nulidad del proceso.⁴⁶

4.- La descripción del acto u omisión violatoria del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona requiriente no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su requerimiento.

En este requisito nos encontramos frente a tres circunstancias que se encuentran estipuladas en las reglas emanadas por la Corte Constitucional primero tenemos sobre los hechos circunstanciales trata sobre los fundamentos de hecho que debe ser señalado por el denunciante al momento de interponer cualquier tipo de acción y deberá cumplir con lo que dispone el Código de Procedimiento Civil en su artículo 67. 3 en el cual nos dice que se debe describir con claridad los hechos en los cuales se considere que ha existido vulneración de algún derecho amparado en la Constitución.

Probar los hechos de conformidad a la Constitución no es obligatorio, pero en la LOGJCC existe la posibilidad que existan los medios probatorios los cuales demuestren la vulneración, haciendo que el requerido desvirtúe los actos u omisiones.

La segunda circunstancia habla de El o los derechos que se consideran violados o amenazados.

Es obvio pensar que todo aquel que interpone una acción de protección es porque se encuentre frente a un caso de vulneración de sus derechos ya sea que estos

⁴⁶ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado R: O. Oficial 312 del 13 de abril del 2004. Art. 6

que encuentren violados o amenazados siempre y cuando estos derechos sean los que se encuentran garantizados en la Constitución.

La figura legal de amparo constitucional y que fue cambiado al nombre de acción de protección no deja de generar confusión al momento de interponer una demanda de acción tutelar que tiene como finalidad reparar o impedir la violación de un derecho, la confusión no solo es proveniente de los peticionarios mediante su abogados, sino también de los jueces que son los juzgadores garantistas de los derechos , en nuestra norma suprema se encuentran incluidos derechos garantizados no tan solo en la Constitución de la Republica sino también en los instrumentos internacionales.

Los derechos que se encuentran garantizados en la Constitución son muchos como por ejemplo tenemos derecho al buen vivir como el agua, ambiente sano, alimentación, cultura, ciencia, educación, salud, trabajo, etc también entra en este grupo de derechos como el de las personas y grupos que son de atención prioritaria , de las comunidades y pueblos, nacionalidades; de participación; de libertad ; de protección, se considera dentro de este grupo también a las garantías constitucionales, garantías normativas, participación ciudadana y políticas públicas.

Otra de las circunstancias es la identificación clara de la pretensión en este punto es cuando el peticionario deberá reconocer con claridad las pretensiones de la otra parte ya sea que este sea un derecho vulnerado por un acto impugnado y debe pedir que se deje sin efecto el acto impugnado, pero por el contrario el acto impugnado ya ha sido ejecutado.

Si se ha planteado la acción de protección por un caso de omisión se le notificara la autoridad y procederán de acuerdo a lo que dispone la constitución y prestara la atención a las solicitudes o también procederá a subsanar la omisión.

Cuando un acto impugnado se ha ejecutado la jueza o juez dispondrá que se deje sin efecto dicho acto y ordenará las medidas cautelares para que se efectúe la reparación del daño del mismo modo se hará cuando se interponga una acción frente a políticas públicas, nacionales o locales que limiten el goce o ejercicio de los derechos y garantías de los ciudadanos.

5.- El lugar donde se le puede hacer conocer del requerimiento a la persona o entidad requerida.

Este requisito es de suma importancia e indispensable para que la persona demandada conozca del requerimiento y así evitar la indefensión por parte del demandante para logra la eficacia y celeridad de la acción planteada. La ley señala que se notifique a las partes por los medios más eficaces y de ser posible se recurran a medios electrónicos ⁴⁷

Para que esto se cumpla a cabalidad es necesario que todas las instituciones del Estado cuenten con un casillero judicial electrónico para así realizar las notificaciones directamente esto ayudara a ahorrar recursos físicos humanos, económicos para que las notificaciones lleguen con tiempo necesario para un mejor sistema de defensa ya sea para la autoridad pública o para el funcionario.

6.- El lugar donde ha de notificarse a la persona requiriente y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el requiriente lo supiere.

El medio más utilizado es el casillero judicial, pero existe una contradicción cuando el requiriente comparece personalmente sin patrocinio de un abogado el requiriente no podrá saber cómo avanza el proceso esto sería solucionada con un lugar designado para recibir las notificaciones sería una mejor alternativa recibir las notificaciones mediante el correo electrónico del accionante, pero si se pone la dirección del domicilio del accionante podemos pensar que aplicación de esto tendría pocas probabilidades debido a que el juez tiene que emplear medios más eficaces y no podemos desconocer que los funcionarios judiciales serian impedidos de cumplir ágilmente con la notificación, aunque existen algunas posibilidades como el fax, correo electrónico y como último recurso seria llevar la boleta al domicilio aunque habrá un retraso en el cumplimiento debido a que debe llegar a la oficina de citaciones.

Para evitar este inconveniente una solución sería que al momento d la calificación de la demanda inmediatamente se señale día y hora para la audiencia y se haga conocer en ese mismo momento al requirente, otra opción sería notificar a las partes vía telefónica así como lo hace la justicia colombiana .

⁴⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art.18.5

Otro aspecto que debe tomarse en consideración es cuando se presenten peticiones vía escrito o verbal y no exista patrocinio de ningún profesional del derecho esto traería como consecuencia que el accionante se encuentre frente a una indefensión total al no tener conocimiento del proceso mediante las notificaciones llegando incluso a no presentarse a las diligencias, ni conocer la fecha de audiencias y al no presentarse se lo consideraría en un desistimiento tácito.

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

En la anterior Constitución del 1998 este requisito pedía juramento el cual fue un tema que generó mucha controversia entre el Tribunal Constitucional y los jueces tanto así que obviar este requisito causaba la inadmisión de la demanda, pero ahora en la Carta Magna del 2008 ya no se habla de un juramento sino de una declaración.

La LOGJCC establece que está prohibido presentar más de una vez la demanda de acción de protección, pero si no estuviere este requisito al igual que los otros ordenara que se complete la demanda en el término de tres días⁴⁸, incluso la ausencia de la declaración no suspende el trámite y se puede realizar la primera audiencia sin que se haya hecho la declaración.

8.- La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.

Si la jueza o juez al conocer las pretensiones del denunciante y ve que sus fundamentos de hecho se encuentran amenazando la violación de un derecho inmediatamente la autoridad judicial ordenara la medida cautelar de oficio⁴⁹.

Las medidas cautelares se las puede pedir de manera independiente de la acción principal o se la tramita por libro separados, estas medidas pueden ser revocadas ya sea que se haya evitado o interrumpido la violación de los derechos o se pruebe que no existían fundamentos.

⁴⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 10 inc. 2

⁴⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 27

9.- De ser posible los elementos probatorios que demuestren el daño.

Cuando se prueba la existencia de la violación ocasionada ya sea por acción u omisión de una persona privada o alguna autoridad pública, cuando existe omisión no es necesario demostrar el daño ocasionado, aquí se debe probar la inexistencia de atención o alguna actuación, el juez decidirá en el caso de no probarse el daño la demanda será inadmitida, aquí existe una contradicción a la norma constitucional que dice que el requiriente es quien debe establecer la carga de la prueba y que no probar lo contrario se dará por cierto.

Para dar por terminado los requisitos que requiere una demanda aunque no se ha estipulado como tal este es lógico y obligatorio debido a que toda demanda deberá llevar la firma o huella digital del demandante, esto nos lleva a la conclusión de que la acción de protección no es de carácter informal porque se debe cumplir con los requisitos que son elementales y que están estipulados en el art. 10 de LOGJCC y también lo establece el Tribunal Constitucional con el reglamento de trámites y reglas de procedimientos para los diferentes procesos constitucionales.

2.7.6 Procedimiento pasó a paso plantear una Demanda de Acción de Protección.

Una vez ya que se ha analizado los requisitos esenciales para la presentación de la demanda se sigue el siguiente procedimiento:

2.7.6.1 Calificación de la demanda.

Deberá cumplir con los requisitos del artículo 10 de la LOGJCC si faltare alguno de los elementos inmediatamente se mandara a completarla en el tiempo máximo de tres días salvo en el caso que exista una amenaza de violación grave por la cual se subsana este requisito.

Una vez calificada la demanda dentro de las 24 horas siguientes que ha sido presentada, se elaborara un auto el cual contendrá la aceptación al trámite y señalará día y hora para que se lleve a cabo la audiencia pública la cual se llevara a cabo en un término que no será mayor a tres días desde el momento en

que se calificó la demanda, se dará a conocer la demanda a los involucrados en este proceso y se dispondrá que las partes presenten los medios probatorios necesarios para probar la existencia de los hechos en el momento de la audiencia y si hubiere la petición de medidas cautelares si estas fueran procedentes todo estos componentes deberá tener el auto los cuales se encuentran estipulados en el artículo 41 de la LOGJCC .

2.7.6.2 Audiencia Pública.

La Audiencia Pública se llevara a cabo bajo el principio de oralidad dentro de los tres días posteriores a la fecha de calificación de la acción y se regirá bajo este procedimiento:

- 1.- Las partes deberán sido notificadas en correcta forma.
- 2.- La audiencia será instaurada a la hora fijada y en el caso d que el denunciante no esté presente se procederá a esperar 10 minutos.
- 3.- La persona, institución u órgano denunciado que no se encuentre presente no será causa de suspensión de la audiencia, esta se llevará a cabo, al contrario del requiriente y afectado si no están presentes sin ninguna causa justa y su presencia fuese vital para demostrar el daño causado será considerado como un desistimiento tácito.⁵⁰
- 4.- La Audiencia se debe grabar por medio de cualquier método tecnológico que esté al alcance de la jueza o juez como por ejemplo grabación digital.
- 5.- Iniciará la audiencia dándole la palabra al requiriente o afectado y si este no fuera la misma persona se le permitirá demostrar el daño causado y se mencionara los fundamentos de la demanda.
- 6.- Luego se le dará la palabra a la persona o entidad pública quienes contestaran los fundamentos de la demanda.
- 7.- Ambas partes el requiriente y requerido a la réplica respetando la intervención de cada uno.

⁵⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional art. 14 inciso 3 y art. 15 numeral 1

8.- La intervención de cada una de las partes será de veinte minutos y diez minutos adicionales al momento de hacer replicas.

9.- Se les concederá la palabra a los terceros ya sean activos o pasivos siempre y cuando esté autorizado por la jueza o juez de la causa y se les concederá 10 minutos.

10.- La jueza o juez de la causa supervisara la actuación de las partes controlando que no haya dilataciones y para resolver el caso realizara las preguntas que creyere pertinente.

11.- En el momento de la presentación de las pruebas la jueza o juez podrá suspender la audiencia y señalara nuevo día y hora para que se entable nuevamente la audiencia.

12.- La jueza o juez ordenara la práctica de prueba en el término no mayor de ocho días por una sola vez, salvo cuando el proceso sea muy complejo que se procede a nombrar comisiones para recabar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

13.- Habiendo finalizado la audiencia y resuelto sobre la existencia de violación de los derechos, la jueza o juez leerá la sentencia y expresará únicamente la decisión sobre el caso mientras que la resolución se dictará en cuarenta y ocho horas.

El término de tres días que da la ley para la comparecencia a la audiencia a mi criterio no es suficiente debido a que las notificaciones son entregadas a la institución pública como cualquier trámite administrativo y cuando llega a destinatario final en muchos casos ya les ha pasado el día de la audiencia o se enteran minutos antes haciendo que los abogados contesten la demanda pero de una manera deficiente debido al poco tiempo que han tenido para preparar una buena defensa.

En la Audiencia se puede permitir el ingreso de personas que no sean estas partes de proceso como por ejemplo los familiares de las partes intervinientes en este caso es permitido debido a que la Constitución señala que todo proceso

judicial será públicos con excepción de los procesos que la ley prohíbe la presencia de público ajeno al proceso.

Mientras las partes se encuentren haciendo sus exposiciones es obligación registrar la audiencia mediante un acta, los abogados de las partes procesales deben realizar sus intervenciones concretas y claras, así mismo se verán obligados a presentar su legitimación al momento de sus respectivas intervenciones.

El tiempo de intervención en la audiencia era de 20 minutos por cada una de las partes inclusive el tiempo para la réplica, tiempo que está estipulado en la LOGJCC⁵¹. En este procedimiento no se permite la lectura de alegatos porque se aplica el principio de oralidad del proceso y más aún porque este es un proceso con aspiración constitucional.

Ahora hablemos de que sucede cuando se solicita que se difiera la audiencia para pedirlo debe existir una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito indicando mediante un escrito los motivos de la petición del diferimiento de la audiencia, cuando es un caso de fuerza mayor deberá demostrarlo en legal y debida forma caso contrario se llevara a cabo la audiencia y el juez sentara razón de la falta de comparecencia y ordenara que se archive el proceso.

Otra de las circunstancias que tenemos dentro del proceso de la audiencia es lo que sucede cuando no se ha citado al demandado o no se han dado las facilidades, si el demandante no compareciera a la audiencia se considerará el desistimiento tácito de la acción y se ordenara mediante un auto que se archive la causa.

La acción de protección según lo estipulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la terminación de un proceso se define por medio de un auto definitivo de inadmisión de la causa, por desistimiento expreso o tácito, por allanamiento total y por ultimo por la sentencia. La persona o entidad requerida puede allanarse, ya se parcial o total pero siempre se

⁵¹ Propuesta d Ley Orgánica de Tribunal Constitucional y de Procedimiento Constitucional, Cuadernos sobre Temas Constitucionales. Corporación Latinoamericana para el desarrollo .ADENAU N.1 Enero 2001. Pg. 14.

procurará velar por los intereses del o los perjudicados el juez ordenará la reparación de la violación de los derechos.

Cuando existe un allanamiento parcial se continuará con el proceso con la parte que esta aun en discusión, otra forma es por medio de un acuerdo reparador, el mismo que será declarado mediante auto definitivo, la autoridad judicial bajo ningún acuerdo aceptará el desistimiento, allanamiento o acuerdo reparatorio que este de por medio la vulneración a derechos irrenunciables.

2.7.6.3 Etapa de Prueba.

Existe contradicción con el artículo 86.2 de la Constitución en el cual se prohíbe la utilización de normas procesales que puedan demorar el eficaz despacho⁵² y por otro lado en el artículo 86.3 de la misma norma legal que estipula que en cualquier estado del proceso se podrá ordenar la práctica de pruebas⁵³, disposición que se refiere a la práctica de pruebas cuando sea necesario corroborar con la vulneración de un derecho que se encuentra amparado en la Constitución, la ley no concede periodo de tiempo para que las partes soliciten la práctica de pruebas, la jueza o juez de oficio ordenara las mismas si considera necesario.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece momentos procesales en los cuales se puede practicar las pruebas y son los siguientes:

- a) Al momento de presentar la demanda, se deben adjuntar los elementos probatorios que demuestren el daño.⁵⁴
- b) Los hechos que se encuentran redactados en la demanda que gozan de certeza mientras no se desvirtúen.
- c) En la audiencia cuando se dicte el auto de calificación se dispondrá de oficio que las partes procesales presenten los medios probatorios para esclarecer los hechos.⁵⁵

⁵² Constitución del Ecuador 2008, art. 86 .2

⁵³ Constitución del Ecuador 2008, Art. 86.3

⁵⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del 2009, Art. 10.8

- d) En la Audiencia, el juez ordenará la práctica de pruebas, si fuere necesario se nombrará comisiones las mismas que deben ser practicadas en un término no mayor de ocho días , con excepción de los casos que tengan alguna especialidad.⁵⁶
- e) La jueza o juez podrá hacer las preguntas que considere necesarias para resolver la causa.⁵⁷

2.7.6.4 Medios Probatorios.

Los medios de prueba son todos aquellos que estipula el Código de Procedimiento Civil como la confesión de parte, instrumento públicos o privados, declaración de testigos, inspección judicial, grabaciones magnetofónicas, radiografías, fotografías, cintas cinematográficas, documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos e informáticos así también como exámenes morfológicos , sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica⁵⁸ .

La jueza o juez de la causa dispondrá la práctica de pruebas mencionadas anteriormente para llegar al esclarecimiento de los hechos y así poder resolver si existió o no la violación de los derechos.

2.7.6.5 Contenido de la Sentencia en la Acción de Protección.

La jueza o juez dictará sentencia en forma verbal y lo hará en la misma audiencia y notificara a las partes dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Debemos tener claro que si se presentan más de una demanda reclamando la violación de un derecho en contra de las mismas personas y por las mismas acciones u omisiones inmediatamente la jueza o juez dictará un auto en el cual inadmitirá el requerimiento y pedirá que se archive la acción.

⁵⁵ Ibidem, Art. 13.4

⁵⁶ Ibidem Art. 14 inciso 3

⁵⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 16 inciso 2

⁵⁸ Código de Procedimiento Civil Art. 120 y 121

La sentencia contendrá la parte expositiva, considerativa y resolutive como todas las sentencias con la diferencia de que en las de acción de protección contendrá otros elementos.

La demanda de la acción de protección debe plantearse ante la jueza o juez de primera instancia, sin importar de que materia este sea, el lugar donde ocurrió el acto u omisión que violento el derecho, el lugar del demandado y mediante sentencia cuando se ha declarado la vulneración de un derecho se ordenará la reparación integral, material o inmaterial, especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas por parte del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias que deben cumplirse.⁵⁹

Los antecedentes de la sentencia contendrán:

- ✓ Los nombres y apellidos de la persona afectada y del demandado.
- ✓ La identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica en contra de los actos u omisiones que se ha reclamado la acción.
- ✓ Los terceros activos y pasivos que se encuentren interesados en el proceso.

2.7.6.6 Los Fundamentos de Hecho.

Es la relación de los hechos probados relevantes para la resolución.

Los fundamentos de derecho consiste en la argumentación jurídica contenga la resolución y contendrá:

- ✓ La declaración de violación de derechos
- ✓ Determinación de las normas constitucionales violadas,
- ✓ Determinar el daño, y
- ✓ Señalar la reparación integral que proceda y
- ✓ El inicio del juicio
- ✓ De no encontrarse violación alguna, se negará la pretensión.⁶⁰

⁵⁹ Constitución del Ecuador Art. 86. LOGJCC Art. 14 y 17

⁶⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 17

La sentencia contendrá las obligaciones individualizadas, las positivas y negativas a cargo del demandado, estipulará las circunstancias de tiempo, cómo y en donde deben cumplirse, con excepción de la reparación económica que deberá cumplirse de acuerdo al artículo 19 de la LOGJCC.

Cuando se reclama un derecho que ha sido posiblemente vulnerado, se lo realiza basado en la pretensión del requiriente, no existe cuestionamiento alguno, pero cuando el juez crea que ha existido una vulneración a un derecho sin que la parte accionante lo haya mencionado en su demanda, el juez tiene toda la facultad para aplicar la disposición constitucional que dice que si el juez determina que existe una violación de derechos que no han sido reclamados en la demanda entablada la autoridad judicial garantizará su protección. El Juez está en la obligación de poner en práctica los principios de la verdad procesal y de la sana crítica.

Cuando se habla de la reparación material e inmaterial nos referimos lo material es cuando se toma medida como por ejemplo cuando se procede a elaborar una política pública, un programa de capacitación, construir un dispensario médico, ejecutar un plan de salud, etc, lo inmaterial es cuando se impide que terceros mediante acciones y omisiones provoquen vulneraciones a los derechos.

Al existir la vulneración de un derecho el juez ordenará

1.- La reparación integral por daño material e inmaterial se garantizará que la persona o personas que han sido violados sus derechos sean estos restablecidos y gocen del derecho restituido de la mejor manera, esta reparación podrá ser restitución del derecho violado, compensación económica o patrimonial, garantías de que el hecho no vuelva a cometerse, prestación adecuado de los servicios públicos, entre otros.

2.- La reparación por daño inmaterial esto comprende la compensación por medio de dinero o entrega de un bien patrimonial o bienes apreciables en dinero a cambio de las molestias y sufrimientos causados al reclamante esto según el caso.

3.- La Reparación Económica en esta clase de reparación el demandante que ha sido afectado sus derechos procederá a demandar el monto del dinero por la vía

verbal sumaria y lo hará mediante la misma jueza o juez y si fuere contra el Estado se lo hará en un juicio contenciosos administrativo.

A las estas sentencias de primera instancias podrán interponer Recurso de Apelación ante la Corte Provincial de Justicia , recurso que puede pedirse dentro de la misma audiencia o dentro de los tres días luego que ha sido notificada la sentencia. Cabe mencionar que esta sentencia no cabe los recursos horizontales solo los de apelación.

2.8 DERECHO COMPARADO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA.

En Colombia la acción de protección tiene la definición de tutela la cual posee un control mixto de constitucionalidad, existen cinco funciones fundamentales de la tutela, que se encuentran relacionadas:

- Proteger, residual y subsidiariamente los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de particulares que puedan violarlos;
- Afianzar y defender de manera coherente y ordenada la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica;
- Actualizar el derecho legislado, en especial el derecho preconstitucional, orientado a todos los servidores públicos para que lo interpreten y apliquen a la luz del derecho Constitucional;
- Unificar la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales
- Promover una cultura democrática fundada en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del estado social.

En la Constitución Colombiana el su artículo 86 se señala lo siguiente:

- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si mismo o por quien actué a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando

quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

2.8.1 Características de la Acción de Tutela.

Los caracteres distintivos que ofrece la acción de tutela son:

- Subsidiaria o residual: Porque solo procede cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial.
- Inmediata: Porque su propósito es otorgar sin dilaciones la protección solicitada.
- Sencilla o informal: Porque no ofrece dificultades para su servicio.
- Específica: Porque se contrae a la protección exclusiva de los derechos fundamentales.
- **Eficaz**: Porque en toda caso exige del juez un pronunciamiento de fondo para conceder o negar el amparo del derecho.
- **Preferente**: Porque el juez la tramitará con prelación a otros asuntos, salvo la acción de habeas corpus. Los plazos son perentorios e improrrogables.
- **Sumaria** : Porque es breve en sus formas y procedimientos

2.8.2 La Acción de Tutela.

La acción de tutela es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales. La constitución de 1991 la establece en los siguientes términos:

- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
- La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

- Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
- En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
- La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión.

La acción de tutela fue desarrollada por el Decreto Extraordinario 2591 de 1991, el cual a su vez fue reglamentado por el Decreto 306 de 1992. En lo que sigue se aprecian los principales aspectos de la acción de tutela. Lo demás puede ser ampliado con el estudio de los decretos mencionados y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.8.2.1 ¿Cuál es la finalidad de la acción de tutela?

La tutela está instituida para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales

2.8.2.2 ¿Qué condiciones debe presentar el derecho que se busca proteger para que proceda la acción de tutela?

Para que la tutela sea procedente deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Que se trate de la violación de un derecho fundamental
2. Que se trate de una violación no consumada definitivamente o de una amenaza de violación.

2.8.2.3 ¿Quién puede interponer la acción de tutela?

La acción de tutela debe ser ejercida por la persona (natural o jurídica) directamente afectada en sus derechos fundamentales (salvo los casos de

representación o de agencia oficiosa). Los personeros pueden interponer acciones de tutela cuando lo hagan a nombre de una persona que así lo solicite, o cuando la persona esté en condición de amparo o indefensión (T-420/97)

2.8.2.4 ¿Contra quién se puede ejercitar la acción de tutela?

La acción de tutela puede ejercitarse contra las autoridades públicas o contra particulares.

Según se desprende de la norma transcrita la tutela procede, en principio, cuando la autoridad pública con una acción u omisión viola un derecho fundamental. Pero dicha violación también puede provenir de un particular, en dicho evento cabe acción de tutela si dicha persona particular presta servicios públicos o afecta el interés colectivo, o hay subordinación o indefensión con respecto a él.

2.8.2.5 ¿Cuándo no procede la acción de tutela?

- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales
- Cuando se pueda proteger el derecho invocando el Habeas Corpus
- Cuando se busca proteger un derecho colectivo, excepto que sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando se presenta conexidad entre el derecho colectivo y uno fundamental del demandante.
- Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado.
- Cuando se interpone contra actos de carácter general, impersonal y abstracto.
- Cuando se interpone contra providencias judiciales no procede por regla general, pero sí excepcionalmente, cuando estas constituyan una vía de hecho.

2.8.2.6 ¿Puede utilizarse la acción de tutela a pesar de que existan otros mecanismos para proteger el derecho fundamental violado?

La tutela es un mecanismo de protección subsidiario, ello significa que procede cuando no se disponga de otros medios de defensa. No obstante, se puede utilizar la tutela aunque haya otro mecanismo cuando:

La Veamos cómo opera la subsidiariedad de la tutela, respecto de otros medios de defensa de los derechos fundamentales, conforme a los criterios que ha establecido ya la Corte Constitucional:

La acción de tutela también puede ser desplazada por medios de defensa que no estén adscritos a funcionarios judiciales, si mediante ellos se administra justicia. Ejemplo: la conciliación entre particulares, el arbitramento y aquellos mecanismos dirigidos por autoridades administrativas conforme a la ley, tales como los juicios civiles de policía. (T-397).

La tutela no es el mecanismo idóneo para resolver conflictos contractuales (T-340/97).

La tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el cumplimiento de una conciliación donde se convengan asuntos laborales (T-020/97).

· La tutela no es el mecanismo idóneo para debatir asuntos que correspondan a otras jurisdicciones (SU 111/97)

· La tutela protege excepcionalmente derechos económicos, sociales y culturales, si en el caso concreto, tienen conexidad con "pretensiones amparables a través de la acción de tutela" (SU111/97).

· La tutela no es procedente para proteger los derechos en situaciones de maltrato familiar en tanto la Ley 294 de 1996 establece medios de defensa judicial expresos y ágiles. (T-420/96).

· La tutela no reemplaza a las acciones contencioso administrativas (T - 346/96)

· La tutela no reemplaza a las acciones populares (T 354/96)

2.8.2.7 ¿Cuándo procede de forma transitoria la tutela?

Cuando existe otro mecanismo para la protección del derecho, pero la violación de este reviste tal gravedad que es necesario acudir al uso de la tutela por ser un instrumento de protección más ágil para poder evitar un perjuicio irremediable.

El perjuicio es irremediable cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- a. Que sea inminente, o sea que esté por suceder prontamente
- b. Que las medidas que se requieran para conjurarlo sean de carácter urgente, dado la prontitud o inminencia del suceso que está por realizarse.
- c. Que sea grave, esto es, que el daño sea de una gran intensidad o menoscabo material o moral en detrimento del afectado.

2.8.2.8 ¿Ante quién se puede instaurar una acción de tutela?

Ante cualquier juez de la República. Esto requiere más explicación:

En primera instancia los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar de los hechos. Existe una excepción: las tutelas contra los medios de comunicación deben ser presentadas ante los jueces de circuito.

2.8.2.9 ¿Qué contenido debe tener la solicitud de tutela?

1. Derecho que se considera violado o amenazado.
2. Nombre de la autoridad pública si fuese posible
3. Nombre y lugar de la residencia del solicitante
4. No es necesario citar la norma constitucional
5. Puede presentarse sin formalidades
6. No se requiere actuar a través de abogado
7. Puede presentarse verbalmente.

Como puede apreciarse, se trata de una solicitud informal

2.8.2.10 ¿Qué características tiene el procedimiento por el cual se tramita la acción de tutela?

Es un procedimiento preferente, esto es, el juez debe darle prevalencia por encima de los demás asuntos que tenga a su cargo, salvo respecto del mecanismo de protección de derechos denominado habeas corpus.

El trámite de la tutela también se caracteriza por su maridad, lo cual significa que es corto y ágil.

Además es un procedimiento que se rige por los siguientes principios:

- Publicidad
- Economía
- Celeridad
- Eficacia
- Interpretación de acuerdos con tratados internacionales.

2.8.2.11 ¿Cuándo se puede interponer una acción de tutela?

Cualquier día a cualquier hora, aun cuando está operando un estado de excepción.

2.8.2.12 ¿Qué debe disponer el juez en el fallo de tutela?

Para poder garantizar al afectado el pleno ejercicio del derecho vulnerado o protegerlo respecto de la amenaza del derecho fundamental el juez de tutela tiene las siguientes posibilidades.

Ordenar el restablecimiento del derecho volviendo al estado anterior a la violación, si ello fuere posible.

Si la vulneración al derecho fundamental proviene de una omisión, se ordenará realizar el acto correspondiente o la acción adecuada. Para lo cual el juez podrá señalar un plazo perentorio no mayor de 48 horas. Si la vulneración del derecho fundamental proviene de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza el juez ordenará su cesación inmediata y también ordenará evitar toda nueva violación, amenaza, perturbación o restricción.

2.8.2.13 ¿Cabén recursos contra el fallo de tutela?

El fallo de tutela es susceptible de impugnación, este recurso podrá ser interpuesto por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente. La impugnación consiste en la solicitud de que el superior jerárquico revise la decisión, además de esto la Corte Constitucional realiza una revisión eventual de los fallos de tutela, esto significa que no todos son revisados por dicho organismo, sólo elige algunos de ellos.

2.8.3 La Impugnación.

Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente. El juez que conoce de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar las prácticas de pruebas y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Decreto 2195 de 1992 art 32).

2.8.4 Revisión.

La Corte Constitucional designara dos de sus magistrados para la selección sin motivación expresa y según sus criterios, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte, el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluidos por estos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.

La Corte Constitucional, tiene la facultad para revisar las sentencias de tutela proferidas en todo el territorio nacional, la finalidad de la revisión, es la unificación de criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.

2.9 EL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA.

Este recurso tiene como finalidad proteger a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 al 29 de la Constitución española, así como por objeción de conciencia, que se originen por disposiciones, actos jurídicos o por simple vía de hecho de los poderes públicos del estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

2.9.1 El Amparo Constitucional de los Derechos Fundamentales.

Se encuentra regulado en el Título III de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.

El recurso de amparo es un medio de impugnación extraordinaria y subsidiaria que cabe interponer ante el Tribunal Constitucional contra la última resolución definitiva emanada del poder judicial por haber vulnerado dicha resolución un derecho fundamental. Está dirigido a obtener la declaración de nulidad de esta

resolución, el reconocimiento del derecho fundamental infringido y por último la adopción de las medidas necesarias para su restablecimiento.

2.9.2 Finalidad.

El Tribunal Constitucional tiene como misión la defensa de los derechos fundamentales en doble sentido:

- **Subjetivo:** El Tribunal Constitucional asume la defensa de estos derechos respecto de los cuales tiene la última palabra
- **Objetivo:** El Tribunal Constitucional interpreta las normas constitucionales. Esto se impone a todos los poderes públicos.

2.9.3 Naturaleza Jurídica.

Generalmente, es necesario agotar la vía jurisdiccional antes de acudir al recurso de amparo. Existe una polémica, que consiste en determinar si el proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional es un proceso autónomo y distinto al seguido ante los tribunales ordinarios, y por tanto, el término recurso no sería aplicable; o si el Tribunal Constitucional se limita a revisar la aplicación o interpretación del derecho que han hecho los tribunales ordinarios.

El Tribunal Constitucional se limita a examinar, partiendo de los hechos fijados por los tribunales de primera instancia, la aplicación o interpretación que los mismos han realizado de las normas constitucionales.

2.9.4 Ámbito de aplicación.

Los derechos del Art. 53.2 CE

Se aplica a los derechos establecidos en la Sección I, Capítulo II, Título I de la Constitución: Art. 14 (Igualdad), y Art. 30 (Objeción de conciencia).

Otros derechos subjetivos

Se pueden invocar derechos subjetivos no fundamentales siempre que se relacionen con algún derecho fundamental. Pasa igual con los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2.9.5 La Pretensión de Amparo Constitucional.

La pretensión de amparo constitucional es una declaración de voluntad fundada en la amenaza o lesión efectiva de alguno de los derechos fundamentales.

La lesión debe ser cometida y dirigida contra alguno de los poderes públicos del Estado y se solicita del órgano jurisdiccional el reconocimiento del derecho y la adopción de las medidas necesarias para restablecer o preservar su libre ejercicio.

La pretensión de amparo y su contestación, constituyen el objeto del proceso y sobre ella debe recaer la decisión del tribunal que debe ser congruente con las pretensiones de las partes.

- **Sujetos**
- **Partes**

Como consecuencia de la vigencia del principio de dualidad de posiciones, en el proceso de amparo tiene que haber dos partes y dentro de cada una puede existir una pluralidad de partes.

LITISCONSORCIO: Intervención principal de ambas partes en el procedimiento.

COADYUVANTES: Intervención de una parte principal y otra supletoria (coadyuvante).

Como nota esencial, el demandante debe ser siempre una persona privada o pública actuando en régimen de Derecho Privado y la parte demandada será siempre alguno de los poderes públicos, en cuya representación y defensa actúa siempre el Abogado del Estado.

2.9.6 Órgano Jurisdiccional.

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, la pretensión de amparo debe realizarse tras agotar la vía jurisdiccional ordinaria.

El amparo ordinario y el constitucional no encierran dos pretensiones de distinta naturaleza (es el mismo): Pretensión de que se restablezca al demandante su derecho fundamental.

La litispendencia constitucional no surge cuando se interpone la demanda ante el Tribunal Constitucional, sino cuando se ha interpuesto antes ante los tribunales ordinarios. El objeto del proceso constitucional queda ya delimitado cuando se deduce la pretensión por el demandante y su contestación por el demandado ante los tribunales ordinarios. Para determinar si ha habido o no una transformación en el *petitum* hay que acudir a los escritos presentados por las partes en el proceso ordinario y si es distinta se inadmite el procedimiento de amparo porque no cumple los requisitos procesales.

2.9.7 La fundamentación.

La fundamentación de hecho o fáctica se establece en el Art. 41.2 LOTC. El recurso de amparo protege a todos los ciudadanos frente a la vulneración de derecho fundamental y libertad pública originada por disposición, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos.

La fundamentación de la pretensión de amparo, está constituida por la concurrencia de dos elementos:

El bien litigioso sobre el que recae la pretensión (derecho fundamental o libertad pública presuntamente vulnerada).

El objeto material por el que se produce tal vulneración por disposición, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos.

Disposición: Reglamentos que dicta la Administración Pública. La ilegalidad del reglamento debe provenir de la infracción de la Constitución Española y no de leyes ordinarias.

Actos jurídicos: Pueden ser expresos y también caben las omisiones, tanto del poder judicial como del poder ejecutivo.

Vía de hecho: Vulneración por parte de la Administración de un derecho fundamental sin que haya acto administrativo o cuando se dé una omisión total de las normas de competencia o procedimiento administrativo. Por su naturaleza, sólo es predicable en la actuación de la Administración, y por ello, la LOTC no contempla la posibilidad de que el poder judicial o ejecutivo no pueda cometerlas.

La pretensión de amparo constitucional se distingue de las demás por la necesidad de estar fundada en una norma de Derecho Constitucional pero exclusivamente en los Arts. 14-30.2 CE.

A la hora de determinar el objeto procesal del recurso de amparo, la fundamentación jurídica no es un requisito esencial de la pretensión. Así, la existencia o no de la pretensión de la invocación del derecho constitucional que se considera vulnerado cuando existe o no dicha vulneración.

La petición: El contenido de la pretensión de amparo es mixto:

Declarativo: Porque se debe solicitar la declaración de nulidad del acto causante de la vulneración del derecho o libertad y su reconocimiento.

Condenatorio: El demandante debe pedir el restablecimiento de las medidas que considere necesarias para su conservación.

2.9.8 Las Partes.

2.9.8.1 Capacidad.

Todas las personas que pueden ser titulares de derechos fundamentales. A pesar de que la Constitución Española (Art. 53.2 CE) y la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional (Art. 41.2 LOTC) emplean el término “ciudadano” para referirse a los titulares del recurso de amparo, los que tienen capacidad para interponerlo son los nacionales, los ciudadanos de la Unión Europea, los extranjeros residentes y las personas físicas y jurídicas en pleno ejercicio de sus derechos civiles (capacidad procesal).

2.9.8.2 Legitimación.

Activa: Según el Art. 161.1.b CE tienen legitimidad activa todas las personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo, el Defensor del Pueblo, y el Ministerio Fiscal. Estos dos últimos tienen como misión velar por los derechos fundamentales, y el Art. 46.1 LOTC les concede legitimación para interponer recurso de amparo constitucional.

Pasiva: El recurso de amparo sólo protege a los ciudadanos frente a las violaciones de derechos y libertades con motivo de los poderes públicos del estado español. Quedan fuera del ámbito de amparo de vía de hecho las lesiones que puedan producir los poderes públicos extranjeros o supranacionales. Los poderes públicos son los estados que por obra de un tratado ejercitan una potestad de imperio, tienen prerrogativas materiales estatales. Por ejemplo, el Art. 163 CE y los Acuerdos con la Santa Sede sobre educación o Enseñanza (Iglesia Católica). Los poderes públicos son el Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En cuanto a la legitimación pasiva de los particulares, éstos tienen legitimación para comparecer como parte principal o coadyuvante. El ejercicio de los derechos y libertades fundamentales están obligados a respetarlos los particulares y los poderes del Estado en relaciones jurídico-públicas, y jurídico privadas. Admitida la eficacia inmediata de los derechos, en las relaciones jurídico privadas, se excluye la posibilidad de que formalmente se pueda dirigir pretensión de amparo exclusivamente contra el particular que ha sido autor de la vulneración (Art. 41.2 LOTC), debe provenir de los poderes públicos. Los particulares carecen de legitimación para comparecer por sí solos en el procedimiento de amparo, pero esto no significa que el titular del Derecho Fundamental vulnerado no pueda acudir al Tribunal Constitucional para que revise la aplicación que de la Constitución Española han hecho los tribunales ordinarios.

Si el Juez o tribunal ordinario no satisface la pretensión del actor porque ha hecho una interpretación contraria a la Constitución Española, infringiría el Art. 24 CE (tutela judicial efectiva). Pero si en lugar de interpretar el tribunal erróneamente la Constitución Española, lo que ha hecho ha sido una inaplicación total de ésta, se considera que el tribunal ordinario ha vulnerado el derecho que fue vulnerado por el particular, según el Tribunal Constitucional (STC 55/1983).

2.9.8.3 Codemandados.

Art. 47.1 LOTC: dos situaciones de la intervención de las partes

2.9.8.4 Demandado.

Cuando el mantenimiento del acto lesivo le produce la conservación de un derecho (derechos en conflicto). El demandado actúa como interviniente litisconsorcial. Al no ser parte principal no puede modificar el objeto procesal delimitado por el actor pero sí podrá oponerse a los actos dispositivo de las partes. No puede terminar el proceso de modo anormal y sí puede impugnar la resolución si no está de acuerdo.

2.9.8.5 Coadyuvante.

Simplemente tiene interés en la conservación del acto lesivo. Sólo tienen interés legítimo en la conservación de un acto presuntamente lesivo de derecho fundamental. No pueden realizar actos que extingan la pretensión antes (por no acuerdo con la parte ofendida). Pueden realizar alegaciones y ejercitar aquellas posibilidades que puedan contribuir al éxito de la parte principal demandada.

2.10 Estudio Comparativo de la Constitución Política de Colombia y España con la Constitución Ecuatoriana referente a la Administración de Justicia en la Acción de Protección de Derechos Constitucionales.

Es importante realizar este análisis breve, dentro del derecho comparado como una forma metodológica de compaginar estos sistemas que se originan en estados con estructuras e idiosincrasias diferentes, hacemos referencia a los países de Colombia y España.

Este análisis se concreta a la garantía Jurisdiccional de la acción de Protección Constitucional, por considerarla materia relevante que determina la efectivización de los derechos de los ciudadanos ecuatorianos en todas las áreas que se han regulado.

2.10.1 La Administración de Justicia en Protección de Derechos en Ecuador, Colombia y España.

Se ha escogido a Ecuador, Colombia y España para hacer un estudio comparativo en este trabajo. Estos persiguen en forma unánime el amparo de derechos como un lema universal y los mecanismos que garantizan el ejercicio de estos derechos, existiendo para todos ellos un procedimiento especial, extraordinario, subsidiario, que regula la Constitución, con el carácter de preferente, sencillo, breve, sumario, de impulso oficiosos, no formalista, incluso es más informal al poder ejercer la acción por cualquier medio de comunicación.

Como vemos en estos sistemas constitucionales se propone remediar en forma urgente la violación de derechos constitucionales e incluso mediante las medidas cautelares a fin de evitar un perjuicio irremediable.

Si bien el capítulo correspondiente ya se ha hecho referencia a la acción de protección de derechos en Colombia y España y luego de haber destacado las similitudes existentes con esta acción de acuerdo a la regulación que establece la Constitución Ecuatoriana, en forma breve cabe referirse a ciertas diferencias o aspectos que se destacan en estos sistemas constitucionales.

Vemos como en Colombia se le denomina “LA TUTELA”, enfatizando que la constitución colombiana tiene como objeto regular la organización política del estado, y sobre todo la custodia de los derechos de las personas. La administración de justicia se regula por la justicia constitucional mediante un procedimiento orientado a la interpretación de la Constitución e incluso la aplicación de la norma suprema sobre cualquier regulación adjetiva. Mantiene un sistema de control mixto de constitucionalidad; y la sentencia constituye la

culminación de este proceso y se ha conceptualizado como fuente de derecho por la doctrina moderna.

Las actuaciones jurisdiccionales en materia constitucional inciden notablemente en la sociedad y por lo mismo su orientación va dirigida al interés común dentro del ejercicio de los derechos de los miembros de la sociedad.

Es importante rescatar uno de los objetivos que establece la constitución colombiana que es unificar la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales.

Es evidente que hay diferencia en este procedimiento constitucional en referencia a la protección de los derechos fundamentales, en el sentido de que se lo regula en forma residual y subsidiaria, lo que no ocurre en la Constitución Ecuatoriana.

Respecto a medidas provisionales de protección, si la tutela fuera rechazada o denegada por el juez, este condenara al solicitante al pago de las costas cuando intimare fundadamente que incurrió en temeridad, en la etapa del cumplimiento del fallo la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla en cuarenta y ocho horas.

Finalmente cabe destacar que la Corte Constitucional Colombiana, tiene la facultad para revisar las sentencias de tutela proferidas en todo el territorio nacional. La finalidad de la revisión, es la unificación de criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.

En España se llama “RECURSO DE AMPARO” y tiene como finalidad proteger a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades, así como por objeción de conciencia, que se originen en disposiciones, actos jurídicos o por simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios y agentes.

Respecto a la procedencia en el procedimiento constitucional español se refiere a que provenga de una disposición, acto jurídico o vía de hecho, y que la violación sea atribuible a los poderes públicos. En cuanto a los derechos y libertades fundamentales que protege el recurso de amparo se hace hincapié en que es

necesario que el correspondiente precepto constitucional se refiera efectivamente en un derecho fundamental.

Es preciso en el procedimiento constitucional español hacer referencia al principio de **DEFINITIVIDAD** en base a la regulación de que “ podrá plantearse el recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente, lo que responde al carácter subsidiario de ese medio de defensa, de ahí que no tendrá viabilidad la interposición del recurso de amparo si antes no se intentaron, en tiempo y forma, los medios de defensa pertinentes dentro de los cuales pudieron repararse las vulneraciones a los derechos fundamentales denunciados. Si la vía agotada no es la idónea, o no se interpuso en tiempo y forma no se entenderá cumplido el principio de **DEFINITIVIDAD**, como se concluye, entre otras, de sentencias del Tribunal Constitucional. Admite como excepción cuando no exista otra forma procesal que repare las vulneraciones a los derechos y libertades fundamentales que se pretendan proteger a través del recurso de amparo.

En conclusión tanto en Colombia como en España existe más claridad en las regulaciones respecto a la subsidiaridad lo que evita las confusiones que ahora tenemos en el procedimiento constitucional ecuatoriano, y se hace hincapié en que se hace necesario que el correspondiente precepto constitucional se refiera efectivamente a un derecho fundamental.

CAPITULO III

METODOLOGIA Y RECOLECCION DE DATOS.

3.1 Diseño de la Investigación.

El presente proyecto se basara en la obtener datos lo más reales posibles. El estudio estará centrado en la correcta implementación de la acción de protección como garantía constitucional en el Ecuador.

El problema que se analizara tiene existencia por el problema de aplicación de la acción de protección pero para el análisis presentado a continuación nuestro estudio se enfocara en un determinado cantón de este país, debido a que el universo total sería muy extenso, presentando varios inconvenientes logísticos y económicos para recopilación de datos. Este análisis deberá incluir a todas las personas inmersas en este tema como Jueces y abogados.

3.2 Modalidad de la Investigación.

Cuantitativa.- Se utilizará formulaciones matemáticas y estadísticas correspondientes a la muestra e interpretación.

Cualitativas.- Realizamos esta modalidad por tratarse de una investigación de carácter social interpretando los fenómenos sociales y jurídicos.

3.3 Tipo de Investigación.

3.3.1 Investigación Descriptiva.

Mediante esta investigación pudimos extraer cada uno de los detalles más importantes del lugar que fue materia de estudio.

3.3.2 Investigación de campo.

La investigación fue realizada en el lugar donde se desarrollan los hechos, se realizaron encuestas a la población, a los diferentes juzgados mediante los cuales pudimos recopilar diferentes criterios de orden social y legal, se realizó cuestionario y formularios que nos ayudaron a recoger y registrar datos importantes que son objeto de nuestra investigación.

3.3.3 Investigación Bibliográfica.

Este método nos ayudó a sustentar jurídica y doctrinariamente por medio de libros, páginas de internet, leyes para poder analizar y comprender de una mejor manera el tema de investigación.

3.3.4 Población y muestras.

Para el análisis de este proyecto se realizara encuestas y entrevistas a todas aquellas personas que intervienen en procesos legales como lo es la acción de protección, con el fin de que los datos recopilados sinteticen la situación actual y real de la justicia en nuestro país. Para ello serán los Jueces y abogados con desenvolvimiento en estos casos los que proporcionen sus experiencias y conocimientos.

3.4 Cálculo de la Muestra Representativa.

Por medio de estas fórmula hemos determinado al número de persona que van hacer encuestadas, se determina mediante la fórmula presentada a continuación para determinar la muestra.

ESTRATO	UNIVERSO	MUESTRAS
JUECES	11	
ABOGADOS	500	

Dónde:

n = Tamaño de la Muestra

N = Personas Profesionales del Derecho con sede laboral Cantón Milagro. ---→ 511 personas.

E = Error = 10% --→ 0.10

Fórmula:

$$n = \frac{N}{(E^2(N - 1) + 1)}$$

$$n = \frac{511}{(0,1^2(510) + 1)}$$

$$n = \frac{511}{(0.01(510) + 1)}$$

$$n = \frac{511}{(5.1 + 1)}$$

$$n = \frac{511}{6.1}$$

$$n = 84$$

Personas a ser Encuestadas son 84.

3.5 Encuestas y Resultados Análisis de resultados.

1. ¿Usted ha presentado una acción de protección por la vulneración de sus derechos?

a. Si

b. No

2. ¿Ha tenido resultados desfavorables al momento de presentar una acción de protección?

a. Si

b. No

3. ¿Ha tenido resultados favorables al momento de presentar una acción de protección?

a. Si

b. No

4. ¿Cree usted que la acción de protección garantiza el goce de los derechos consagrados en la Constitución de la República?

a. Si.

b. No

c. En parte

5. ¿Considera usted que el procedimiento tomado frente una acción de protección es sencillo, rápido y eficaz tal y como lo estipula la Constitución del Ecuador?

- a. Si
- b. No
- c. En parte.

6. ¿Cree usted que los juzgados al dictar sentencia dentro de una causa de acción de protección resuelven a favor de garantizar los derechos vulnerados?

- a. Si
- b. No
- c. En parte.

7. ¿Considera que la Constitución del Ecuador cumple con los mecanismos necesarios y adecuados al momento de determinar los derechos que merecen ser estudio de acción de protección?

- a. Si
- b. No
- c. En parte
- d. Desconoce

8. ¿Considera que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contiene los suficientes preceptos para la aplicación y resolución de una acción de protección?

- a. Si
- b. No
- c. En parte
- d. Desconoce

9. ¿Cree usted que los medios existentes para la identificación de los derechos que deben ser materia de acción de protección son claros y precisos?

- a. Si
- b. No
- c. En parte
- d. Desconoce

10.- La aplicación de la acción de protección está ayudando a la seguridad jurídica del país.

- a. Si
- b. No
- c. En parte
- d. Desconoce

11.- ¿Considera usted necesario que se imparta seminarios de capacitación a los profesionales del derecho cuyo tema a tratar sea la aplicación de mecanismos eficaces para identificar con claridad cuales derechos son susceptibles de acción de protección?

- a. Si
- b. No
- c. En parte
- d. Desconoce

3.6 Análisis de Resultados.

1.- ¿Usted ha presentado una acción de protección por la vulneración de sus derechos?

1. ¿Usted ha presentado una acción de protección por la vulneración de sus derechos?			
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	DE	PORCENTAJE
Si		55	65,5%
No		29	34,5%
		84	100,0%

Tabla 1. Presentar acción de protección por vulneración de derecho.



Figura 1 Presentar acción de protección por vulneración de derecho.

Análisis e Interpretación.

El 65% de las profesionales del derecho encuestados han presentado una acción de protección mientras que un 35% no han presentado una acción de protección

2.- ¿Ha tenido resultados desfavorables al momento de presentar una acción de protección?

2. ¿Ha tenido resultados desfavorables al momento de presentar una acción de protección?		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	19	22,6%
No	65	77,4%
	84	100,0%

Tabla 2. Resultados desfavorables cuando presento acción de protección.



Figura 2. Resultados desfavorables cuando presento acción de protección.

Análisis e interpretación

En esta pregunta podemos apreciar que el 23% de los encuestados si ha tenido resultados desagradables frente a una demanda de acción de protección y un 77% no ha tenido resultados desagradables.

3.- ¿Ha tenido resultados favorables al momento de presentar una acción de protección?

3. ¿Ha tenido resultados favorables al momento de presentar una acción de protección?		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	59	70,2%
No	25	29,8%
	84	100,0%

Tabla 3. Resultados favorables cuando presento acción de protección.

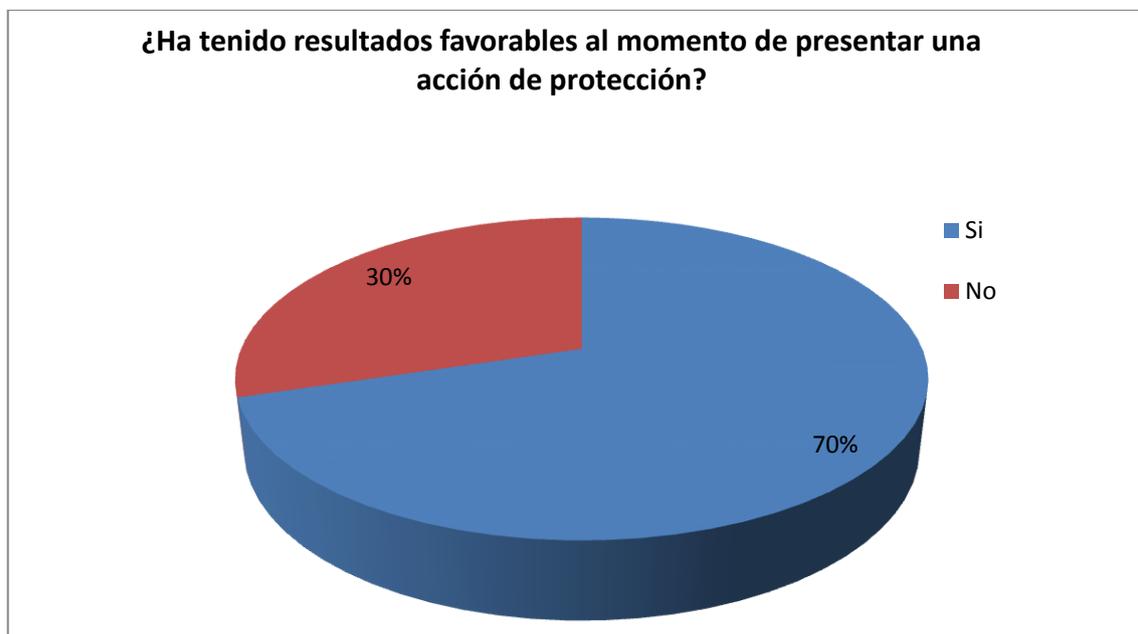


Figura 3. Resultados favorables cuando presento acción de protección.

Análisis e Interpretación.

Podemos apreciar en esta pregunta que el 70 % de los profesionales del derecho si se han enfrentado con resultados favorables en una acción de protección mientras que un 30% considera que no ha tenido resultados favorables.

4.- ¿Cree usted que la acción de protección garantiza el goce de los derechos consagrados en la Constitución de la República?

4. ¿Cree usted que la acción de protección garantiza el goce de los derechos consagrados en la Constitución de la República?		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	75	89,3%
No	1	1,2%
En Parte	8	9,5%
	84	100,0%

Tabla 4. La acción de protección garantiza los derechos consagrados por la constitución.



Figura 4. La acción de protección garantiza los derechos consagrados por la constitución.

Análisis y resultados

El 89 % de los encuestados considera que si se garantiza el goce de los derechos que se encuentran estipulados en la constitución de la República del Ecuador, mientras que un 10% considera que la garantía del goce de los derechos estipulados en la Constitución se da en partes debido a que existe confusión al momento de determinar diferencias claras entre una pretensión meramente patrimonial con otras situaciones patrimoniales que ameritan una garantía constitucional y por ultimo tenemos con el 1% quienes no consideran que la Constitución no garantiza los derechos.

5.- ¿Considera usted que el procedimiento tomado frente una acción de protección es sencillo, rápido y eficaz tal y como lo estipula la Constitución del Ecuador?

5. ¿Considera usted que el procedimiento tomado frente una acción de protección es sencillo, rápido y eficaz tal y como lo estipula la Constitución del Ecuador?		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	23	27,4%
No	60	71,4%
En Parte	1	1,2%
	84	100,0%

Tabla 5. Los procedimientos son sencillos, rápidos y eficaces como estipula la Constitución.

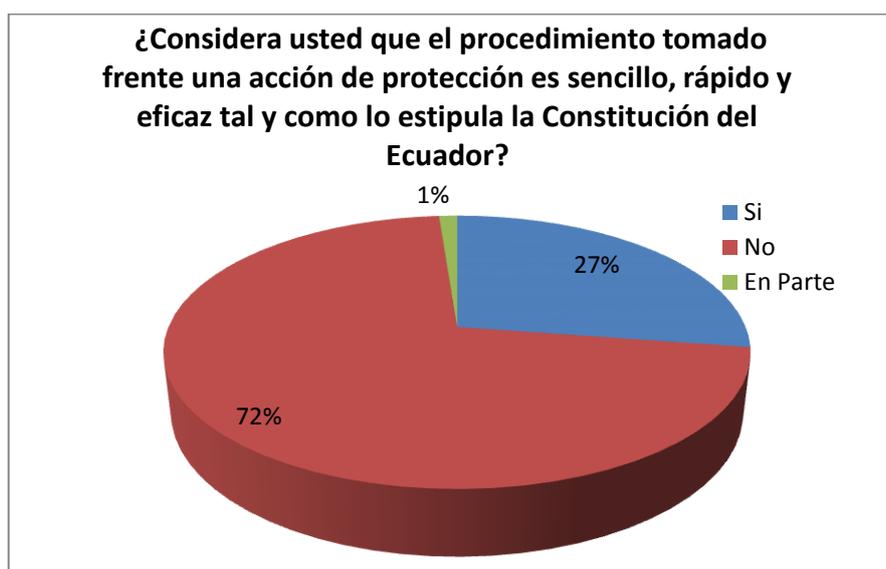


Figura 5. Los procedimientos son sencillos, rápidos y eficaces como estipula la Constitución.

Análisis y resultados

Como podemos apreciar en esta pregunta el 72% de las personas encuestadas no creen que el procedimiento tomado frente una acción de protección es sencillo, rápido y eficaz existe una falta notoria de conocimiento de cómo debe ser dicho procedimiento, y el 27% consideran que el procedimiento si cumple con los requisitos de ser sencillo, rápido y eficaz, mientras que el 1% cree que este procedimiento se da en partes.

6.- ¿Cree usted que los juzgados al dictar sentencia dentro de una causa de acción de protección resuelven a favor de garantizar los derechos vulnerados?

6.- ¿Cree usted que los juzgados al dictar sentencia dentro de una causa de acción de protección resuelven a favor de garantizar los derechos vulnerados?		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	60	71,4%
No	21	25,0%
En Parte	3	3,6%
	84	100,0%

Tabla 6. Los juzgados al dictar sentencia garantizan los derechos vulnerados.

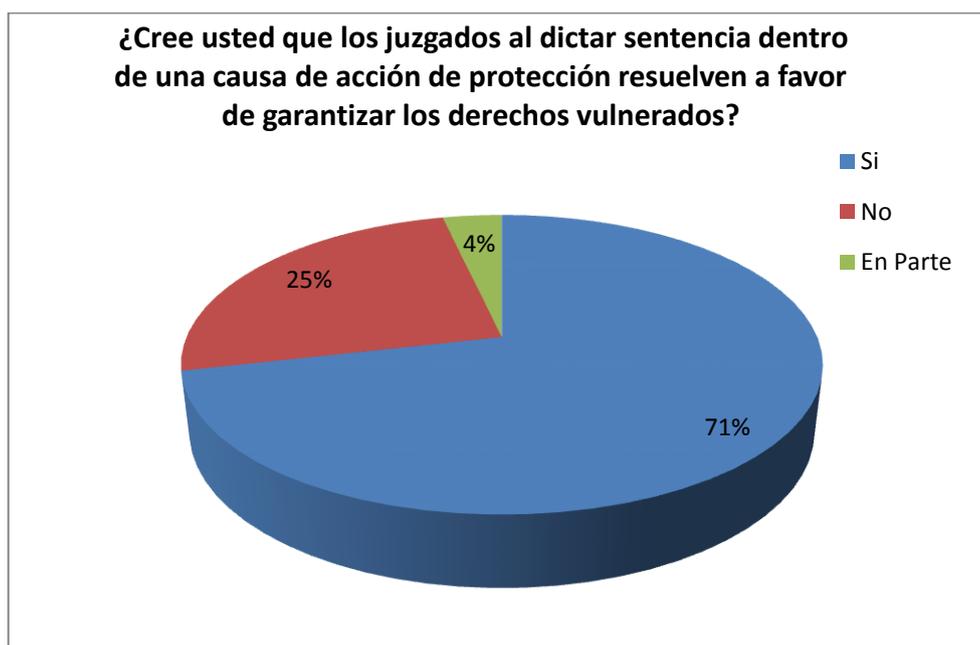


Figura 6. Los juzgados al dictar sentencia garantizan los derechos vulnerados.

Análisis y resultados

El 71% creen que si se resuelve a favor de una causa de acción de protección, mientras que el 25% opina que no resuelven a favor de una demanda de acción de protección y un 4% de los encuestados creen que la resolución es en parte favorable para los demandantes.

7.- ¿Considera que la Constitución del Ecuador cumple con los mecanismos necesarios y adecuados al momento de determinar los derechos que merecen ser estudio de acción de protección?

7. ¿Considera que la Constitución del Ecuador cumple con los mecanismos necesarios y adecuados al momento de determinar los derechos que merecen ser estudio de acción de protección?		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	60	71,4%
No	22	26,2%
En Parte	2	2,4%
Desconoce	1	1,2%
	84	100,0%

Tablas 7. La constitución del Ecuador cumple al determinar los derechos que merecen ser estudio de acción de protección.

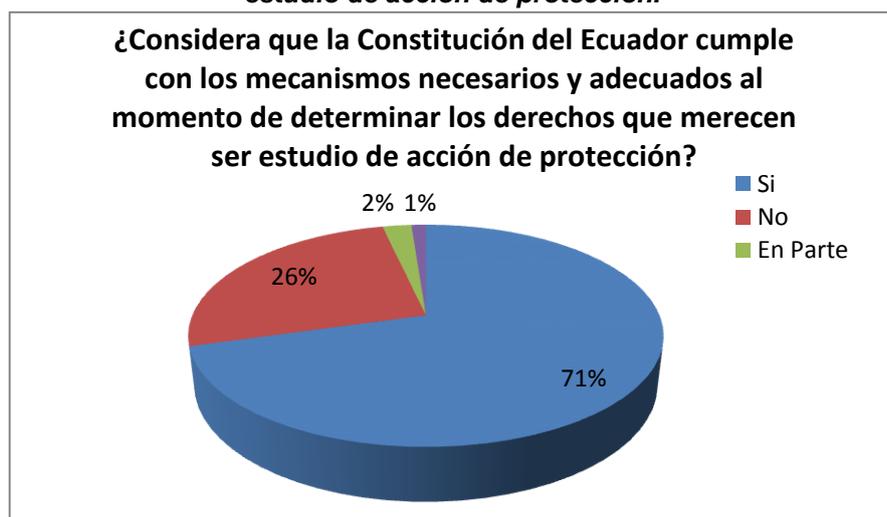


Figura 7. La constitución del Ecuador cumple al determinar los derechos que merecen ser estudio de acción de protección.

Análisis y resultados

El 71% de los encuestados consideran que la Constitución si cuentan mecanismos necesarios al momento de determinar los derechos que merecen ser estudio de acción de protección, mientras que un 26% no considera que existen los mecanismos adecuados al momento de determinar cuáles serían los derechos que merecen ser estudio de acción de protección, y con un porcentaje del 2% tenemos a quienes creen que no todos los mecanismos estipulados en la

Constitución son adecuados y con 1% tenemos a quienes no tienen conocimiento acerca de estos mecanismos .

8.- ¿Considera que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contiene los suficientes preceptos para la aplicación y resolución de una acción de protección?

8. ¿Considera que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contiene los suficientes preceptos para la aplicación y resolución de una acción de protección?		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	25	29,8%
No	58	69,0%
En Parte	1	1,2%
Desconoce	1	1,2%
	84	100,0%

Tabla 8. La ley orgánica tiene los suficientes preceptos para la aplicación de acción de protección.



Figura 8. La ley orgánica tiene los suficientes preceptos para la aplicación de acción de protección.

Análisis e interpretación

El 68% de la personas consideran que no la LOGJCC cuenta con los mecanismos suficientes para la aplicación de una acción de protección, y el 30% opinan que si existen los suficientes preceptos mediante los cuales se pueden aplicar y resolver una acción de protección, por otro lado con un porcentaje de un 1% considera que no son del todo suficientes los preceptos estipulados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y otro 1% desconoce que existan preceptos para la aplicación y resolución de una acción de protección.

9.- ¿Cree usted que los medios existentes para la identificación de los derechos que deben ser materia de acción de protección son claros y precisos?

9. ¿Cree usted que los medios existentes para la identificación de los derechos que deben ser materia de acción de protección son claros y precisos?		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	22	26,2%
No	62	73,8%
	84	100,0%

Tabla 9. Son claros y precisos los medios para identificar los derechos de acción de protección.



Tabla 9. Son claros y precisos los medios para identificar los derechos de acción de protección.

Análisis e interpretación

El 74% de los encuestados creen que no existen los suficientes medios claros y precisos para la identificación de los derechos que deben ser materia de acción de protección, y un 26 % cree que si tenemos medios que ayuden a identificar los derechos que deben ser materia de acción de protección.

10.- La aplicación de la acción de protección está ayudando a la seguridad jurídica del país.

10. La aplicación de la acción de protección está ayudando a la seguridad jurídica del país.		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	21	25,0%
No	63	75,0%
	84	100,0%

Tabla 10. Aplicar la acción de protección ayuda a la seguridad jurídica del país.

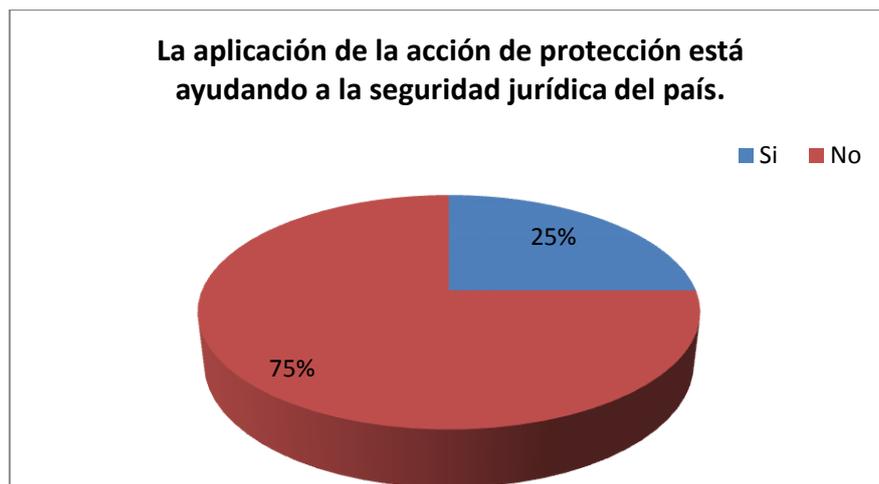


Figura 10. Aplicar la acción de protección ayuda a la seguridad jurídica del país.

Análisis y resultados

El 75% de los encuestados consideran que la forma como se está aplicando la acción de protección no está ayudando a la seguridad jurídica del país, mientras que el 25% considera que si lo está haciendo.

11.- ¿Considera usted necesario que se imparta seminarios de capacitación a los profesionales del derecho cuyo tema a tratar sea la aplicación de mecanismos eficaces para identificar con claridad cuales derechos son susceptibles de acción de protección?

11. ¿Considera usted necesario que se imparta seminarios de capacitación a los profesionales del derecho cuyo tema a tratar sea la aplicación de mecanismos eficaces para identificar con claridad cuales derechos son susceptibles de acción de protección?		
ALTERNATIVAS	NUMERO DE PERSONAS	PORCENTAJE
Si	84	100,0%
No	0	0,0%
En Parte	0	0,0%
Desconoce	0	0,0%
	84	100,0%

Tabla 11. Necesario impartir seminarios para identificar claramente los casos que son de acción de protección.



Figura 11. Necesario impartir seminarios para identificar claramente los casos que son de acción de protección.

Análisis e interpretación

El 100% de los encuetados creen que es necesario que se imparta seminarios de capacitación a los profesionales del derecho tanto abogados como jueces cuyo tema a tratar sea la aplicación de mecanismos eficaces para identificar con claridad los derechos susceptibles de acción de protección.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA

MECANISMOS QUE AYUDEN A UNA EFICAZ APLICACIÓN DE LA ACCION DE PROTECCION EN EL ECUADOR.

En la Constitución de la república del año 2008 se estableció un capítulo de gran trascendencia que contiene “Las Garantías Jurisdiccionales” y encontrándose dentro de ellas La Acción de Protección y la describe como una herramienta eficaz cuya función es la de proteger los derechos Constitucionales de todos los ecuatorianos.

Siendo el propósito de esta Carta Magna coadyuvar en la actuación y a la preparación de los profesionales del derecho entendidos en las diferentes ramas, pero por lo que vemos en la actualidad es que existe confusiones y desaciertos al momento de la aplicación de sus normas provocando una inseguridad jurídica para los usuarios y profesionales del derecho, existiendo imprecisiones al momento de determinar cuáles son los derechos fundamentales susceptibles de protección.

Lo que hemos evidenciado de la investigación mediante las encuestas realizadas a los profesionales del derecho existiendo un gran porcentaje de criterios que coinciden que existe falta de mecanismos que ayuden a una adecuada interpretación de las normas constitucionales.

Es necesario que los profesionales del derecho tengan conocimiento de las herramientas existentes que conlleven a una acertada interpretación

constitucional para así evitar la propagación inadecuada de la Acción de Protección.

Debemos trazar un objetivo común que es el de establecer reglas de interpretación, dejar de ver los criterios como tales sino más bien se convierten en equivocaciones provenientes de una concepción o la inexistencia de estudio contextual, hay que tener en cuenta que los conflictos surgen por la falta de mecanismos jurídicos que inducen al incumplimiento en la ejecución de las sentencias de Acción de Protección, consideramos que para aquellos jueces a quienes les corresponda la ejecución de las sentencias y no actúen bajo los principios de independencia, imparcialidad, responsabilidad y legalidad que rigen la administración de justicia deberían ser suspendidos en forma temporal y sin sueldo siendo uno de los llamados a ser veedores y ejecutor de dichas políticas es el Consejo de la Judicatura órgano que debería capacitar a jueces y magistrados con respecto a la importancia de los derechos susceptibles de acción de protección para erradicar este problema.

Que se realicen auditorias periódicas a jueces y demás funcionarios judiciales de los causas que se encuentren bajo su potestad.

Capacitar a los abogados en libre ejercicio sobre la materia constitucional logrando así tener conocimientos teóricos, prácticos, precisos, uniformes y actualizados en materia de derechos.

Cabe mencionar que existen contradicciones entre la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 88 de la Constitución establece” que el objeto de la acción de protección es 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.....” mientras que en el Art. 40 numeral 3 de la LOGJCC menciona entre uno de sus requisitos para que se pueda interponer una acción de protección es “la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado “ y el artículo 42 numeral 4 de la misma ley menciona cuando es improcedente la acción de protección “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”.

Entonces consideramos las siguientes incompatibilidades:

a.- No se debe acudir en forma supletoria cuando no existan otras vías legales idóneas para decidir sobre la vulneración de derechos y su reparación, existe incompatibilidad con el artículo 40 numeral 4 de la LOGJCC.

b.- Si bien la norma establece como requisito para activar la Acción de Protección que no exista otro mecanismo legal con el cual proteger el derecho vulnerado olvida que casi sin excepción todas las lesiones que en sus derechos pudiesen sufrir los individuos ya se encuentran protegidas por uno u otro mecanismo legal, en consecuencia lo que la norma no establece es una adecuada diferencia entre los casos en los cuales una reclamación debe ser solicitada por la vía ordinaria y de aquellos que deben pedirse mediante la Acción de Protección.

Es por ello que consideramos que existe una contradicción con la Constitución debido a que las reglas que se encuentran estipuladas en la LOGJCC estarían restringiendo una garantía Constitucional, las normas que están estipuladas en la LOGJCC son reglas las cuales son de cumplimiento obligatorio pero la regla no debe contradecir el principio consagrado en el Artículo 88 de la norma suprema del Estado que es la Constitución.

Otro inconveniente que hemos evidenciado es la existencia de ciertas normas que en apariencia sólo se limitan a facilitar la aplicación de la Acción de Protección pero que en realidad afectan derechos establecidos en la Constitución como en el art.19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dice: “Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.”

La aplicación del artículo 19 atenta contra la administración de justicia constitucional pues retarda innecesariamente el establecimiento del monto de un daño ya determinado. El remitir una consecuencia de la Acción de Protección al procedimiento “verbal sumario” es una contradicción al principio constitucional de

oralidad, celeridad y eficacia que es mandatorio para los recursos constitucionales y progresivo para los demás procesos.

Así mismo, el señalar al tradicional trámite contencioso administrativo como la vía necesaria para determinar el monto de la reparación por parte del Estado es incomprensible y contradictorio con el espíritu de la Acción, más aún cuando se recuerda que la reparación en sí misma es un proceso subsidiario que necesita una resolución inmediata la cual, luego sí, podría tener apelación en una instancia o juicio posterior. En concordancia con lo anterior, el monto de reparación debería ser resuelto en una audiencia especialmente convocada para el efecto en la que se apliquen los principios de inmediación, contradicción, concentración y dispositivo, evitando así la flagrante contradicción con los objetivos constitucionales antes citados.

Concluimos nuestro trabajo aportando mecanismo y argumentos que coadyuven a una adecuada aplicación de la acción de protección.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

La Constitución de la República del Ecuador contiene principios reglas y valores los cuales orientan a una constitucionalización de derechos fundamentales los cuales gozan de una fuerza normativa convirtiendo al Ecuador en un Estado Constitucional de derechos y justicia es por eso que hemos realizado este tema investigativo debido al poco conocimiento existente sobre principio y reglas de la transformación de un análisis jurídico mediante la incorporación de argumentaciones prácticas que ayuden a una correcta aplicación de la acción de protección.

Toda la información que hemos recabado nos permite establecer las siguientes conclusiones:

1.- Que la acción de protección en nuestro país en lo que se refiere a su formalidad y admisibilidad le corresponde al amparo denominación que es utilizada en otros países con diferentes denominaciones que en sus inicios tuvo origen en el derecho romano luego paso a la edad media pasando por varios modelos de Estado llegando hasta el presente Estado de derecho constitucional y justicia por medio del cual se ha logrado proteger y garantizar los derechos fundamentales del hombre.

2.- Que la acción de protección tiene la finalidad de amparar directa y eficazmente a los derechos que se encuentran estipulados en la Constitución abarcando no solamente las acciones u omisiones de autoridades públicas sino

también políticas públicas, y las actuaciones que provengan de particulares que se llevan bajo un procedimiento sencillo y eficaz.

3.- Los derechos constitucionales son inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes por lo que la jueza o juez constitucional tiene el deber de intervenir en el caso que la ejecución del mismo sea contrario a los derechos, porque el deber del Estado es la de hacer respetar los derechos.

4.- Según las encuestas una mayor proporción los abogados y jueces conocen que la finalidad de una sentencia es la de reparar y proteger la vulneración de los derechos constitucionales teniendo como modelo a seguir a la Constitución del Ecuador.

5.- Existe un porcentaje importante en los que los encuestados no conocen con claridad los mecanismos de interpretación de los derechos constitucionales.

6.- Los encuestados no tienen claras las herramientas que permiten la identificación de estos derechos.

7.- Al no contar con herramientas claras y precisas trae como consecuencia una inseguridad jurídica que genera controversias y confusiones al momento de presentar demandas dejando en total indefensión a la personas.

8.- Consideramos que una de las causas principales que genera inconvenientes es la falta de una adecuada formación constitucional que ayude al conocimiento de los derechos y garantías que han sido invocadas para ser resueltas en sentencia.

RECOMENDACIONES.

La búsqueda de una adecuada formación jurídica cuya finalidad es la de proteger, interpretar y restablecer los derechos constitucionales fundamentales considerando que el derecho no limita el ejercicio del poder del Estado sino que más bien se convierte en un pilar fundamental en el que se sostiene todo el Estado.

A continuación recomendamos los siguientes puntos:

- Que exista una mayor promulgación y conocimiento sobre la aplicación y ejecución de la Acción de Protección con la finalidad de que los ciudadanos y profesionales del derecho hagan con la misma un mecanismo adecuado y eficaz para la protección de los derechos humanos en nuestro país.
- Que siempre se de privilegio absoluto a la norma constitucional encima del resto de normas que forman parte del ordenamiento jurídico.
- Determinar sanciones para aquellos quienes interpongan acciones de protección con temas diferentes a lo que la norma estipula, para que así se pueda evitar el mal uso, abuso y aplicación inadecuada de la Acción de Protección.
- Las juezas y jueces quienes asumen un rol importante al momento de dictar una resolución frente a una acción de protección deben hacer su razonamiento basándose en principios y juicios morales siendo en todo momento garantistas y justos en sus decisiones.
- Capacitación integral a todos los profesionales del derecho cuyo tema a tratar sea la aplicación de mecanismos eficaces para identificar con claridad cuales derechos son susceptibles de acción de protección.
- Recomendamos que se cree una norma mediante la cual se ordene que todas las instituciones públicas cuenten con un casillero judicial y electrónico por medio del cual serán notificadas las instituciones en el mismo momento en que se esté calificando la demanda logrando así rapidez y celeridad en el proceso.
- Que se establezca una correcta diferenciación de los casos en los cuales una reclamación debe ser solicitada por la vía ordinaria y de aquellos que deben pedirse mediante Acción de Protección.

BIBLIOGRAFIA.

- Ferrer Mac Gregor Eduardo (2006). “El derecho de Amparo en el Mundo”, Buenos Aires Edición Porrúa S.A.
- Valencia Vega Alipio (1998). Desarrollo del Constitucionalismo, La Paz, Bolivia.
- Ezquiaga Francisco (2006) “La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de Aplicación e Interpretación del Derecho”. México.
- Fernández Bartolomé (1994) “El Derecho a un Proceso sin dilataciones indebidas”, Editorial Civitas, Madrid-España.
- Ferrajoli Luigi (2004). “Derecho y Garantías.- La Ley del más débil” Editorial Trotta (4ta ed.) Madrid.
- Ferrajoli Luigi (2000) “Los fundamentos de los derechos fundamentales” Editorial Trotta, Madrid 2000.
- Alfonso Herrera García (2008) “El Derecho de Amparo en el Mundo” Editorial Porrúa S.A.
- Salgado Pesantes Hernán (2008) “La Garantía de Amparo en el Ecuador tomado del Derecho de Amparo en el Mundo”. Editorial Porrúa S.A.
- Osorio Manuel tomado de la obra de García Falconí (1999). “El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional “tercera Edición.
- Ávila Ramiro. “Las Garantías herramientas imprescindibles”
- Ávila Santamarina Ramiro. (2008) “Desafíos Constitucionales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”.
- Silva Portero Carolina (2008). “La Garantía de los Derechos Neoconstitucionales y Sociedad frente a la Justicia y Derechos Humanos”.

- Ferrajoli Luigi (2001) “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales” Editorial Trotta, España.
- García Falconí José (2008) La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución del Ecuador.
- Marabotto Jorge (2000). “Un derecho Humano Escencial: El Acceso a la Justicia” Madrid- España.
- Picó Joan (1997) “Las Garantías Constitucionales del Proceso” Ediciones Bosch, Barcelona.
- Cabanellas Guillermo (1989). Diccionario Jurídico de Derecho Usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta.

LEYES

- Constitución Política de la República del Ecuador
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1848) Novena conferencia Internacional Americana, Bogotá-Colombia.
- Convención Americana sobre derechos humanos (el 22 de noviembre de 1969). Suscrita en San José de Costa Rica
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Código Orgánico de la Función Judicial.

ANEXO

ANEXO 1

1.-PREGUNATS DE LAS ENCUESTAS, REALIZADAS A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO.

ANEXO 2

2 Ley Orgánica de GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL