

<http://dx.doi.org/10.35381/racj.v5i8.567>

La acción de protección: ¿Una vía idónea para tutelar derechos constitucionales?

Action of protection: ¿An ideal way to protect rights?

Juan Carlos Arichavala-Zúñiga
juan.arichavala@psg.ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-9779-9864>

Cecilia Ivonne Narváez-Zurita
inarvaez@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-7437-9880>

Marcelo Alejandro Guerra-Coronel
mguerrac@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-8526-773X>

Juan Carlos Erazo-Álvarez
jcerazo@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-6480-2270>

Recibido: 10 de noviembre de 2019

Aprobado: 14 de diciembre de 2019

RESUMEN

Este artículo contextualiza el análisis de la acción de protección, desde el contenido Constitucional y el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Se han identificado algunas limitaciones en torno al uso de este mecanismo. La finalidad del presente trabajo es determinar si la acción de protección es una vía idónea para proteger derechos constitucionales, entendiendo su aplicación directa y efectiva. Para el estudio se parte con un alcance descriptivo y mixto. En conclusión, se

puede evidenciar la existencia de limitaciones en el ejercicio práctico de la acción de protección en Ecuador, por esta razón, es de suma importancia que las instituciones y personas que conforman la justicia constitucional de manera directa, e indirectamente toda la ciudadanía, respeten la norma máxima y los procesos que esta implica, a fin de garantizar una verdadera tutela de todos los derechos de rango constitucional.

Descriptor: Acción de protección; Garantía; Derechos Constitucionales; Idoneidad; Corte Constitucional del Ecuador.

ABSTRACT

This article contextualizes the analysis of the protection action, from the Constitutional content and the development of the jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador. Some limitations have been identified regarding the use of this mechanism. The purpose of this work is to determine if the protection action is an ideal way to protect constitutional rights, understanding its direct and effective application. For the study it starts with a descriptive and mixed scope. In conclusion, it is possible to demonstrate the existence of limitations in the practical exercise of the protection action in Ecuador, for this reason, it is of the utmost importance that the institutions and persons that make up the constitutional justice directly, and indirectly all citizens, respect the maximum norm and the processes that this implies, in order to guarantee a true protection of all the rights of constitutional rank.

Descriptors: Action of protection; guarantee; Constitutional rights; suitability; Constitutional Court of Ecuador.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad el Derecho Constitucional juega un papel preponderante en el campo jurídico, económico y social, el objetivo de esta área de estudio conlleva el tratamiento de los derechos básicos y el constante estudio de las herramientas de protección de estos, con la finalidad de tutelar todos los derechos contenidos en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Cabe indicar que el Derecho Constitucional en Ecuador no es un suceso novedoso, situación diferente es expresar que la materia ha tenido un notable avance y evolución recién desde la vigencia de la Constitución de Montecristi, desarrollando aspectos básicos y

otros relevantes, para evidenciar el avance constitucional en nuestra sociedad (Grijalva, 2012; Storini y Navas, 2013; Storini, 2017).

El poder constituyente generador de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, luego de largas jornadas de debates académicos, sociales, políticos y profesionales consideró imprescindible la inclusión en su texto de todos aquellos derechos que gozan de un contenido constitucional, a la vez amplió y mejoró los mecanismos tuteladores de aquellos. Dentro de estos mecanismos fueron incluidas garantías primarias y secundarias, acciones de carácter popular, elementos de inclusión y democracia participativa. Es así que, el tratamiento de los derechos constitucionales ha sido de largo aliento en la dogmática jurídica ecuatoriana durante los últimos años, partiendo desde luchas sociales hasta la evolución de la cultura jurídica (Ávila, 2008).

Son múltiples las razones que han impulsado el estudio de la acción de protección, existen importantes análisis e investigaciones, a pesar de ello, es necesario examinar la inminente necesidad de arribar hacia un verdadero Estado Constitucional de derechos y justicia por medio de la constitucionalización del derecho. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 88, así como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 39, establecen que la acción de protección tiene como objeto “(...) el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos(...)” (Asamblea Nacional, 2009, pág. 39), estas normas evidencian que la acción de protección es una garantía jurisdiccional de aplicación directa y no residual.

Los derechos establecidos en la constitución son la carta de presentación de un Estado Constitucional frente a los ciudadanos, a la naturaleza y a la comunidad internacional, su ejercicio debe estar plenamente garantizado, rebasando así la lírica del texto. De ahí que, sea importante en la academia extender sendos estudios que brinden una mayor funcionalidad práctica al texto constitucional. La carta magna es un impulsor de cambio democrático, promotor del poder contramayoritario a través de los jueces para otorgar una mejor calidad de vida de los sujetos de derechos, alcanzando el buen vivir (López,

2018), por consiguiente, la constitución ecuatoriana en su artículo 11 establece los principios de aplicación de los derechos. En tal contexto, Alexy (1993) sostiene que los principios son mandatos de optimización, es decir, refuerza la idea de que dichos principios son normas jurídicas como tales aplicables, cuya finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad.

Al igual que los principios, las garantías son instrumentos para la efectivización de los derechos fundamentales, si los derechos son de aplicación directa, las garantías que los protegen también deben serlo, correspondiéndole al Estado esta tutela, debido a que las garantías no pueden mantener un carácter estático por el temor de su mal uso. La problemática ha surgido de las limitaciones originadas en torno a este mecanismo de tutela, unas suscitadas en las decisiones de la propia Corte Constitucional del Ecuador, otras en las sentencias de los jueces constitucionales de instancia y aquellas que nacen del propio texto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La acción de protección es una garantía protectora de derechos humanos que no debe ser limitada, estas restricciones causan falta de argumentación en los jueces y filtros restrictivos e inconstitucionales para el uso de la garantía, produciendo vulneraciones mayores a los derechos constitucionales. (Granda Torres & Herrera Abrahan, 2019).

En consecuencia, el objetivo de este artículo consiste en determinar con claridad la naturaleza jurídica de la acción de protección en Ecuador, estableciendo que la misma es una garantía de uso directo. De esta manera, se contribuirá a una correcta interpretación de este mecanismo, de forma especial para los jueces de instancia y los defensores técnicos, conllevando a una constitucionalización del derecho a través de la efectivización de la principal garantía jurisdiccional. Se enfatizará en el concepto de idoneidad de la acción de protección, evitando el criterio de residualidad que se ha creado en torno de la misma, fortaleciendo las garantías constitucionales.

DESARROLLO

Naturaleza jurídica de la acción de protección.

En el año 2008, tras la Asamblea Constituyente desarrollada en la ciudad de Montecristi, se expide la Constitución de la República, que trajo consigo un cúmulo de derechos y garantías, entre estas las jurisdiccionales, con ellas la acción de protección, que ha sido la más innovadora y se encuentra establecida en el artículo 88 de la referida Carta Magna; además desarrollada en los artículos 39, 40, 41 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La acción de protección, a diferencia del amparo constitucional previsto en la Constitución del año 1998, no es simplemente un proceso cautelar, sino uno de conocimiento (Asamblea Constituyente, 1998). El juez constitucional sobre el cual recae sorteado el proceso es el director del mismo, y por consiguiente debe vigilar en primer lugar la tutela de los derechos fundamentales, y de ser el caso, declarar la vulneración a los derechos constitucionales y su consecuente reparación (Sentencia 140-12-SEP-CC, 2012).

La naturaleza jurídica de la acción de protección consiste en un mecanismo exclusivo de protección del componente constitucional de los derechos reconocidos a una persona, colectivo e incluso la naturaleza como sujeto de derechos, su procedimiento es sencillo, ágil e inmediato. Pese al desarrollo de esta garantía, es preciso profundizar en su estudio, debido a la amplitud de temas que comprende por su naturaleza jurídica, legitimarios, proceso, sentencia y reparación. Esta garantía sigue desarrollándose y su panorama cada vez se encuentra más claro. Entonces, se puede sintetizar su naturaleza como un mecanismo tutelador de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución de Montecristi y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (Guzmán Chávez, 2019).

Cuando el juzgador determine la existencia de vulneración de derechos de conteniendo constitucional, deberá a la par de ello ordenar una reparación integral. Bajo este precepto, el juez cuenta con varias formas de reparar integralmente a la víctima, sin tener limitaciones para aquello (Sentencia 146-14-SEP-CC, 2014). Consecuentemente,

la naturaleza jurídica de este mecanismo de protección tiene una doble bifurcación, por un lado, su aplicación es directa cuando exista vulneración de derechos de rango constitucional y, por otro lado, también forma parte de su naturaleza propia la reparación integral de la víctima, teniendo como resultado una verdadera tutela.

¿Una Constitución Utópica?

La Constitución del año 2008 no ha sido esquivada de críticas respecto a su texto. Autores de la talla del profesor colombiano y ex Presidente de la honorable Corte Constitucional Colombiana, Carlos Gaviria Díaz han calificado a las constituciones de la región como aspiracionalistas o justificadamente utópicas, pese a ello, Gaviria fue un defensor del activismo judicial, quien siempre sostuvo la defensa de un texto garantista (Gaviria, 2002); a la par el profesor Marco Navas cataloga este tipo de constituciones como ambiciosas (Navas, 2012). Estos criterios mencionados, hacen referencia a la realidad histórica de los textos constitucionales de los países andinos y latinoamericanos, que han establecido un extenso marco de oportunidades para la protección de los derechos fundamentales, no obstante, pocas han podido ser usados y aplicados de manera efectiva (Alarcón, 2018).

Estos textos constitucionales al no contar con esa efectividad terminan siendo simples aspiraciones generando varias interrogantes; por otra parte, las garantías y los mecanismos de acción popular se encuentran establecidos en los textos constitucionales justamente para ser aplicados (Montaña, 2012). Aunado a esto, el texto de la Constitución ecuatoriana en su artículo 11 numeral 6, ha establecido que todos los derechos gozan de la misma jerarquía, pese a que, del propio texto constitucional se desprende que el constituyente le otorga un realce mayor a unos derechos en relación con otros, situación que se puede evidenciar en el extenso desarrollo jurisprudencial que han tenido unos derechos respecto a otros, desvaneciendo esa equivalencia en torno a la jerarquización de los derechos (Asamblea Constituyente, 2008).

Este es el caso de los derechos de los grupos de atención prioritaria, artículo 35; el derecho a la vida digna, artículo 66 numeral 2; los derechos de los pueblos, comunidades y nacionalidades, artículo 57 o los derechos de la naturaleza, artículo 71 del texto constitucional ecuatoriano. La Corte Constitucional por medio de sus decisiones ha ido desarrollando el catálogo de los derechos fundamentales en Ecuador, unos derechos tienen mayor grado de tratamiento, mientras otros únicamente han sido conceptualizados de manera general, verbigracia: el derecho a la vivienda digna, artículo 375; motivación, artículo 76, numeral 7 literal I; debido proceso, artículo 76; seguridad jurídica, artículo 82 de la norma máxima. Estos derechos constituyen actualmente parámetros de mayor uso por la Corte Constitucional al momento de emitir sus sentencias.

La intención del constituyente de Montecristi fue la protección de los derechos contenidos a lo largo del texto constitucional, de manera especial aquellos de la población vulnerable y en estado de necesidad. La finalidad del constituyente no fue generar una confusión en cuanto a elementos de protección, acciones populares, o mecanismos de democracia participativa, más bien el objetivo es afianzar la protección que venía encontrándose rezagada en textos constitucionales anteriores (Cabo de la Vega, 2015).

Analizado el pensamiento de los profesores mencionados, se establece la ambición o el aspiracionalismo constitucional de una constitución como la ecuatoriana, especialmente por la estructura textual referente al garantismo constitucional. Esta figura del garantismo, es la que permite continuar con los estudios de los mecanismos de protección y acciones populares referentes a la tutela de derechos constitucionales, generando una evolución de manera continua y progresiva.

Limitaciones en el ejercicio práctico de la acción de protección

Tal como se indicó en líneas anteriores, el hecho de contar con una Constitución calificada como aspiracionalista o justificadamente utópica ocasiona más enigmas que

respuestas. Por ello, en torno a este mecanismo de protección se han originado algunas limitaciones provenientes del máximo órgano constitucional, otras judiciales y unas normativas.

En primer lugar, ha sido la propia Corte Constitucional del Ecuador en sus decisiones la que generó filtros referentes a la acción de protección, estas restricciones existentes en el desarrollo jurisprudencial constitucional no hacen sino limitar el campo de acción de la garantía y terminan atentando contra su naturaleza jurídica. Entendiéndose que, el objetivo de la Corte a través de la emisión de este tipo de sentencias fue frenar la interposición indiscriminada de acciones de protección, sin embargo, este accionar no puede causar una mayor indefensión y violación de derechos constitucionales en las víctimas.

En su jurisprudencia la Corte Constitucional establece que la acción de protección no procede, cuando exista de por medio un conflicto por errónea aplicación o interpretación de disposiciones jurídicas (Sentencia 016-13-SEP-CC, 2013); así mismo otra decisión determinó que los actos administrativos con efectos erga omnes no son susceptibles de acción de protección (Sentencia 002-15-SIS-CC, 2015). Es decir, ¿en estas circunstancias, no se podría discutir la existencia de vulneración a derechos fundamentales? Si el mismo órgano de interpretación constitucional genera limitaciones, qué se puede esperar de las sentencias de los jueces de instancia, de las normas emitidas por los legisladores o de las decisiones tomadas por la administración pública. Los filtros generados no hacen más que limitar el ámbito de acción de la garantía y terminan afectando la naturaleza jurídica propia de la acción de protección.

El máximo órgano de justicia constitucional no debería limitar el ejercicio de la garantía, porque sería indiferente ante las vulneraciones de derechos constitucionales. El uso de la acción de protección actúa a libre elección de su promotor y no puede ser limitada. Las garantías se encuentran establecidas dentro de la Constitución de la República para hacer uso de ellas, por esta razón la acción goza de un carácter subsidiario y no residual, siendo una garantía de aplicación directa (Alarcón, 2009).

Una segunda limitación, en torno a la acción de protección, tiene su origen en las decisiones de los jueces constitucionales de instancia. En sus sentencias, de manera común los juzgadores realizan un análisis legalista del caso, dejando de lado el contenido constitucional de los derechos. Estos derechos piden ser tutelados, pues en su momento no fueron protegidos por las garantías primarias, en consecuencia, el accionante o afectado requiere de la activación de las garantías secundarias o llamadas también reaccionarias, siendo una de ellas la acción de protección. En nuestra realidad, se ha vuelto frecuente que los jueces de instancia desechen acciones de protección, bajo el argumento de la necesidad de agotar otras vías judiciales existentes, dándole un carácter completamente residual a un mecanismo directo de protección, decisiones perjudiciales pues la víctima requiere de una tutela inmediata y eficaz de sus derechos. Las acciones planteadas en gran número siguen siendo declaradas improcedentes o rechazadas por decisiones burdas de los jueces (Sentencia 155-17-SEP-CC, 2017). Este tipo de decisiones han sido objeto de crítica por parte del máximo órgano de interpretación constitucional, usando el término de trilladas cuando desea referirse a la parte resolutive de una decisión que restringe la garantía jurisdiccional. Las sentencias de los juzgadores se han limitado a manifestar en su parte resolutive la negativa por una supuesta declaración de un derecho, la existencia de otras vías para reclamar la tutela de los derechos o simplemente que el caso se encasilla en una situación de mera legalidad.

Luego de una década de vigencia de la constitución ecuatoriana, los jueces de instancia continúan recurriendo a criterios legalistas para declarar la improcedencia de una acción de protección, incluso sin establecer de manera concreta el camino que debe seguir el accionante para tutelar su derecho, cuando ha sido negada la protección en la vía constitucional. Es curioso que Dworkin (2000) mucho tiempo atrás ya se refirió a la figura de un juez analítico, al cual lo llamo el juez Hércules, determinándolo como un ser reflexivo y solitario con la capacidad de apartarse del mundo material y poner todo su conocimiento y experiencia al momento de dictar una sentencia. Pese a lo expuesto,

parece que en Ecuador aún prima la idea legalista de recurrir simplemente al argumento de legalidad referido, realizando una interpretación exclusivamente literal (Laporta, 2007). Los juzgadores deben mirar la postura del juez Hércules, con el objetivo de realizar un verdadero examen de constitucionalidad en un proceso que les haya sido asignado.

Las decisiones de los juzgadores de primera instancia, comúnmente terminan siendo ratificadas por las salas provinciales (segunda instancia), sin que de por medio exista un análisis de fondo para el caso. Luego de esto, al obtener un resultado negativo en la vía constitucional, la persona afectada al no contar con otro mecanismo idóneo de tutela, interpone una acción extraordinaria de protección, teniendo que esperar un período alargado de tiempo para obtener una resolución que finalmente contenga un verdadero examen de constitucionalidad. Esta realidad implica para el accionante mayores gastos económicos y de tiempo. Es decir, por una decisión contraria a la constitución y los derechos humanos, que no mereció un análisis de fondo, el perjuicio y la violación para la víctima siguen generando una mayor graduación (Bernal, 2005).

El proceso constitucional rechazado por un juez de instancia de manera equivocada, termina causando un perjuicio enorme al Estado ecuatoriano, pues los derechos de las víctimas también pueden ser tutelados en instancia de Corte Interamericana de Derechos Humanos (Arias y Galindo). Por esta razón, las decisiones judiciales deben guardar armonía con lo dispuesto en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (Ferrerres, 1997).

Es conocido el temor por parte de los juzgadores al momento de asumir la dirección de un proceso de acción de protección, en razón de su desconocimiento, de su naturaleza jurídica, características, informalidad de la misma o temas de hermenéutica jurídica constitucional. Las mentadas razones dificultan y ponen en tela de duda las resoluciones, por otro lado, no se puede dejar de considerar la excesiva carga procesal que tienen los jueces, la misma que para este tipo de procesos se reviste de jurisdicción

constitucional. Estas razones dificultan aún más, la dirección del proceso, por ende, su resolución.

El camino simplicista para los jueces, es dejar de resolver el fondo de la petición y a la vez termina siendo una forma agresiva de desnaturalizar la acción. Los juzgadores al momento de sustanciar y resolver la acción están obligados a revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el contenido de los instrumentos internacionales, lo establecido en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El juez constitucional debe dejar de lado su concepción legalista y asimilar el proceso constitucional, distinguiéndolo como si se tratase de uno legal (Esguerra, 2004). Su decisión se encontrará guiada conforme a: la naturaleza jurídica de la acción; el debido proceso; la aplicación directa de la Constitución; el principio de formalidad condicionada; la garantía de motivación; la comprensión efectiva y el principio iura novit curia. El juzgador tendrá el deber de apegar sus resoluciones a técnicas de interpretación constitucional como la ponderación, la racionalidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la interpretación sistemática, logrando añadir a sus decisiones esa carga argumentativa necesaria que el derecho exige (Asamblea Nacional, 2009).

Finalmente, otra restricción referente a la práctica de la acción, ha tenido su origen en la normativa de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Este cuerpo normativo ha sido objeto de fuerte crítica. En este sentido, los juzgadores han generado una interpretación literal del contenido de esta norma, consecuentemente rechazando, inadmitiendo o declarando la improcedencia de las acciones de protección, sin considerar el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Ecuatoriana. Por medio del contenido del artículo 40 de la norma ibídem, los jueces inadmiten de manera continua acciones propuestas, aludiendo que no se verifica la violación de un derecho constitucional o que es necesario el agotamiento de otro mecanismo de defensa judicial, adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, así mismo son inadmitidas las acciones propuestas por lo establecido en el artículo 42 de la ley de la materia.

En razón de aquello, la Corte Constitucional del Ecuador analizó esta problemática generada por la interpretación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a través de la emisión de la sentencia N° 102-13-SEP-CC, donde la Corte despejó varias dudas examinando dos problemáticas: la primera, referente al procedimiento informal de la acción de protección fundamentándolo en la necesidad de rapidez, eficacia y exposición de argumentos en la audiencia pública de estos procesos. En este tema, el juez debe considerar que la demanda no es clara y completa por lo que deberá solicitar la subsanación de la misma a la parte accionante, tornándose la inadmisión como una excepción del proceso. La segunda referente a la vulneración de la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso en todos los casos donde se inadmite la acción, sin que exista un examen de fondo del caso en concreto. La Corte sostiene que la inadmisión y la improcedencia deben ser inteligenciadas por los juzgadores, estos dos son conceptos distintos que no deben ser confundidos.

La inadmisión se relaciona con el contenido del artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde se encuentran establecidos los requisitos de forma que debe contener una demanda (Asamblea Nacional, 2009). Por otra parte, la improcedencia se refiere al análisis de fondo de la acción de protección, requiriendo una motivación del juez constitucional. Esta confusión que genera la norma *ibídem* en los juzgadores, fue absuelta con la interpretación emitida por la Corte, donde estableció que el artículo 40 de la ley de la materia contiene cuestiones de fondo que deben ser dirimidas a lo largo del proceso constitucional y decididas a través de una sentencia motivada, dejando de lado la posibilidad de inadmitir la acción bajo el supuesto incumplimiento de requisitos.

Siguiendo esta línea, la Corte Constitucional en cuanto al artículo 42 de la norma *ibídem* determinó que el numeral 1,2,3,4 y 5 se refieren a cuestiones que serán resueltas luego de llevar a cabo todo el procedimiento de garantía jurisdiccional, es decir, luego de la notificación, audiencia pública y la emisión de una sentencia; solamente los numerales

6 y 7 del artículo 42 (cuando se trate de asuntos que deban ser resueltos ante el Tribunal Electoral o cuando la acción propuesta verse sobre decisiones judiciales) podrán ser resueltos en la calificación de la acción (Sentencia 102-13-SEP-CC, 2013).

De esta manera, la Corte Constitucional se ha referido a un problema legislativo de acuerdo a la literalidad de las normas contenidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, realizando una interpretación conforme y condicionada tal como le faculta la Constitución de la República en el artículo 436 numerales 1 y 3 (Habermas, 1998). Si bien esta interpretación fue realizada por el tribunal máximo, los juzgadores de instancia hacen caso omiso, dejando de lado sentencias vinculantes al momento de resolver procesos sometidos a su conocimiento, a pesar de que las decisiones que emite la Corte Constitucional del Ecuador tienen el carácter de vinculante, por lo tanto, son de obligatoria observación para los jueces (Sentencia 045-11-SEP-CC, 2011; Sentencia 001-16-PJO-CC, 2016).

Luego de lo sostenido a lo largo de estos párrafos, no cabe duda que la garantía tendrá que encontrarse regulada, empero, esta reglamentación y desarrollo no tienen que ser apresurados ni errados. Cuando menos restricciones legales existan, mayor es el ámbito donde puede maniobrar la acción de protección. Al respecto de esta perspectiva, Ferrajoli (citado por Alarcón, 2009) sostiene "(...) gran parte de las injusticias se seguirían cometiendo por respetar la ley." (p. 74). Para culminar, se expresa que las limitaciones generadas atentan contra la naturaleza jurídica propia de la acción de protección, pues la garantía contenida en la Constitución de la República es de aplicación directa e inmediata. La evolución de las garantías y de manera especial de la acción, depende en mayor grado de una concepción tanto social como judicial (Rosseau, 2002).

Los filtros impuestos por la Corte Constitucional, por los jueces de instancia y aquellas contenidas en la ley de la materia, solamente generan mayores limitaciones que terminan afectando la naturaleza propia de la acción de protección, a más de implicar mayores gastos económicas y aumentar el grado de vulneración de los derechos

constitucionales de las víctimas, dejan de lado la aplicación directa de la garantía y su idoneidad como mecanismo protector de derechos fundamentales.

Los derechos constitucionales: referencia a la idoneidad de la acción de protección

En un proceso de acción de protección resulta transcendental, tanto al momento de su interposición como en su resolución tener en cuenta la constitucionalidad y la legalidad de un derecho. Si la afectación ha violentado el contenido constitucional de un derecho, la acción de protección es la vía idónea para tutelar el mismo, pues ha trastocado el núcleo esencial del derecho. Por el contrario, si se afectó el ámbito legal se encuentra en una situación distinta a la violación constitucional de un derecho (Zagrebelsky, 1999). Se ejemplifica lo indicado para un mejor entendimiento de la siguiente manera: en un caso en concreto, una Cooperativa de ahorro y crédito concede un préstamo por un monto de dinero a una persona, a cambio de esto se hipotecó un bien inmueble consistente en un terreno y una vivienda, la persona por su negligencia no cancela las tasas de intereses durante varios meses, lo cual desencadena en el aumento de la cuota de amortización. La Cooperativa luego de un análisis decide embargar su terreno y su vivienda, en este caso hace referencia a un escenario de tipo legal y patrimonial, por lo tanto, consiste en un tema de legalidad.

A la par de este ejemplo, en otro caso un GAD Municipal decide abrir un camino público que atraviesa por gran parte de la propiedad de un ciudadano, atentando contra su derecho a la propiedad privada y su vivienda digna, sin que hubiere existido un proceso de declaratoria de utilidad pública, una correspondiente expropiación y la indemnización respectiva. En este caso, se violenta la parte fundamental de los derechos del ciudadano, siendo una afectación constitucional, violación que deberá ser reparada de manera integral y tutelada por medio de una acción de protección. Al respecto, Ferrajoli (2015) califica a los derechos constitucionales como derechos fundamentales o primarios y a los derechos legales como secundarios o patrimoniales. El profesor indica

que los derechos primarios son contra poder, mientras que los patrimoniales son derechos de poder. Los derechos primarios son universales y no pueden ser disminuidos o transigidos, en cambio los secundarios pueden ser limitados al ser derechos de poder, siendo transigibles y particulares.

En referencia a lo expuesto, existe gran dificultad para diferenciar la afectación constitucional o legal de los derechos por parte de los juzgadores, por lo tanto, su actuación deberá ser muy cauta, motivando cada decisión que tome. La diferenciación entre la esfera constitucional y legal no trata en lo absoluto de jerarquización, al contrario, alude a temas de ámbito y de especialidad. Ramiro Ávila, Juez de la Corte Constitucional del Ecuador sostiene que los derechos fundamentales o constitucionales son aquellos inherentes al ser humano, derechos que por ninguna razón pueden ser arrebatados. Los derechos constitucionales son objeto de análisis desde distintos ámbitos, Ávila (2012) sostiene que la evolución de estos derechos básicos puede ser analizada desde puntos de vista diferentes, uno de ellos es el carácter ideológico, ligado a luchas sociales; a la vez otro puede ser mirado desde la estructura del tipo de Estado, que se relaciona con el desarrollo de los derechos constitucionales y la organización política estatal.

Para este trabajo se toma el carácter ideológico de los derechos fundamentales, que guardan relación con los mecanismos de acción popular. Según el máximo órgano de interpretación constitucional, la garantía debe ser usada cuando existe una acción u omisión que vulnera derechos constitucionales (Sentencia 001-10-PJO-CC, 2010). Son llamados derechos constitucionales o fundamentales a decir de Ferrajoli (2015) aquellos que no pueden ser restringidos por ningún concepto, derechos que forman parte del haber de una persona por el simple hecho de serlo. Los derechos que se encuentran determinados en el texto constitucional han tomado las características mencionadas por el autor siendo inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (Ferrajoli, 2009). El texto constitucional de Montecristi, a más de establecer la tutela de los derechos de las personas, extiende esta protección a los colectivos y a la

naturaleza, entendiéndola a esta última, como sujeto de derechos, en este sentido la Constitución ecuatoriana del año 2008 fue la primera en el mundo en reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos (Prieto, 2013).

Para entender el contenido de la Constitución y la idoneidad de la acción de protección existen cuatro formas de aproximación a la Constitución y hacia los derechos constitucionales según el profesor Ávila. La primera llamada indiferencia, tiene lugar cuando no se considera en lo absoluto el contenido constitucional, implica entonces retroceder en el tiempo hasta retornar a un estado legal. La segunda denominada sospecha, sucede cuando se piensa en el contenido del texto constitucional y se asimila el cambio político-sectorial del mismo. La tercera forma de aproximación se denomina normativa, esta forma tiene su pro y su contra, por un lado, favorece pensar que la constitución es la norma máxima guardando respeto hacia ella, no obstante, es perjudicial si se la considera desde un espacio histórico y social donde la constitución se aplicaría de forma similar a la ley. Finalmente la aproximación que se convierte en el objetivo de un verdadero estado Constitucional, denominada aproximación entusiasta (Ávila, 2012).

Ahora, ¿qué se entiende por aproximación entusiasta?, esta supone que la constitución sea una herramienta transformadora y poderosa para alcanzar un cambio necesario en la realidad de exclusión y miseria que viven muchos compatriotas, con esto no se pretende exteriorizar una falsa idea de cambio radical en el Ecuador y pensar que el día de mañana se convertirá en potencia mundial, inferir esto sería una ingenuidad. Esta aproximación tiene como primicia las garantías, la evolución de la cultura jurídica, los cambios en las concepciones sociales, renovar las actitudes de jueces y juezas, una diferente percepción de la realidad que implica variaciones de la voluntad política sesgada (Martínez, 2012). Garantizar la protección de los derechos constitucionales, pese a las limitaciones existentes, es lo que tiende a provocar una transformación jurídica, por ende, de la justicia constitucional (Kelsen, 1995).

La acción de protección se impulsa de manera voluntaria, por lo tanto, es una vía de aplicación directa y una garantía idónea para la protección de los derechos inmersos en el texto constitucional, teniendo como finalidad la reparación integral (Sagües, 1995). La aproximación entusiasta gira entorno a la idoneidad de la garantía. El concepto de idóneo o idoneidad hace referencia a la adecuación, apropiación, aptitud, capacidad, habilidad, eficiencia, que tiene algo para un fin determinado (Real Academia Española, 2019). Entonces, se deduce que este es un mecanismo idóneo para resguardar derechos fundamentales, con base en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la normativa pertinente y la aproximación entusiasta.

Recordando la historia, el Ecuador ha sido sinónimo de lucha, tomando la influencia de la Revolución Francesa en sus constituciones de 1812 hasta 1906, la Revolución Rusa y la Revolución Mexicana en referencia a la Constitución de 1929. La Segunda Guerra Mundial con la universalidad de los derechos en la Constitución de 1945. La Revolución de mayor impacto es la cultural-antiglobalista, siendo acogida en la Constitución de 1998 y finalmente en la Carta Magna de 2008. Los derechos de la ciudadanía han dependido y seguirán dependiendo de luchas sociales, de aquellas verdaderas, no simplemente de esas políticas y con ansías de poder, sino de las que rebobinan la historia, las que le dan un nuevo sentir a los derechos (Ávila, 2012).

La perspectiva histórica y la evolución del Derecho Constitucional conllevan hacia la concepción de idoneidad de la acción de protección. Hoy en día es insólito determinar a un indígena como un ser miserable o abyecto, es impensable que una mujer no pueda ejercer su derecho al voto o laborar con libertad, de igual forma, es inaudito tener dentro de un domicilio a una persona afro ecuatoriana en calidad de esclavo o siendo tratada como mercancía. Así como se considera insólitas varias situaciones, se espera en un tiempo no lejano sea inaudito suponer a la garantía como residual y establecer a la acción de protección como la vía idónea y directa de tutela.

El concepto de idoneidad tiene que desarrollarse a medida que pase el tiempo, este desarrollo se va construyendo con jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, por medio de sentencias de jueces de instancia que contengan un verdadero examen de constitucionalidad, con acciones planteadas de forma correcta por parte de los defensores técnicos y sobre todo con el respeto hacia la Constitución. La idoneidad debe ir afianzándose dentro del Estado ecuatoriano, arribando a una sociedad garantista antes que legalista. La Constitución sin la consolidación del concepto de idoneidad, pasaría a ser un texto más, de aquellos que fueron calificados como constituciones de letra muerta (Prieto, 2007).

De manera consecuente, se concluye que la acción de protección es la vía idónea para tutelar de forma directa los derechos fundamentales, bajo ninguna circunstancia debe ser entendida como una garantía de tipo residual, concepto que debe ser desarraigado de la naturaleza jurídica de la garantía jurisdiccional, en razón del desarrollo jurisprudencial emitido por la propia Corte Constitucional. Bajo esta línea, la primera Corte Constitucional¹, dejó sentado entre otras situaciones, que la acción de protección es una garantía de derechos constitucionales y por tanto, no se encuentra subordinada, mucho menos condicionada a otro medio, encontrando su único límite en decisiones judiciales en procesos ordinarios (Sentencia 090-14-SEP-CC, 2014).

Continuando con esta línea jurisprudencial, por primera vez la nueva Corte Constitucional² se pronunció respecto a la naturaleza jurídica de la garantía, determinando que la acción tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución de la República, siendo una acción directa e independiente, que de ninguna forma podrá ser catalogada como residual, por lo tanto, si la parte accionante piensa que sus derechos constitucionales fueron vulnerados, la vía idónea sin duda alguna es la acción de protección (Sentencia 1754-13-EP/19,

¹ La Primera Corte Constitucional del Ecuador, se encontró en funciones desde noviembre de 2012 hasta noviembre de 2015.

² La nueva Corte Constitucional del Ecuador, fue posesionada el 05 de febrero de 2019, la misma está conformada por 9 jueces, 5 hombres y 4 mujeres.

2019). En este sentido, Las aulas, foros, talleres y demás espacios de capacitación son lugares oportunos para el progreso de estos conceptos. El objetivo de un verdadero Estado constitucional es alcanzar ese tan anhelado *sumak kawsay*³, un verdadero estado de bienestar en la sociedad.

Así mismo, la evolución social y el respeto entre los ciudadanos sentarán precedente en el campo de las garantías jurisdiccional, también lo hará el actuar de los juzgadores y la necesidad de un Estado intervencionista, un Estado que sea indiscutiblemente garante de derechos fundamentales, valiéndose los ciudadanos de los mecanismos de democracia participativa existentes a lo largo del texto constitucional para proteger sus derechos constitucionales (Holmes y Sunstein, 2011). Con todo esto, se supone que la acción de protección es el mecanismo idóneo y de aplicación directa para la tutela de los derechos constitucionales. Esta *actio popularis* puede ser usada de manera libre por cualquier persona o colectivo, su legitimación activa es tan amplia que conlleva la protección de los derechos de la naturaleza. El ente estatal es el mayor vulnerador de derechos fundamentales, de tal manera que se lo conoce como el gran leviatán, la garantía es un escudo protector frente a estas constantes agresiones tanto del aparataje institucional como en casos específicos de particulares (Hobbes, 1965).

METODOLOGÍA

Este artículo está construido bajo un alcance descriptivo (casos judiciales de Corte Constitucional del Ecuador), tiene un enfoque cualitativo por su extenso contenido bibliográfico, así mismo, para su estructura se usó la técnica de revisión documental por medio del método analítico-sintético, finalmente fue necesario utilizar el método sistemático-estructural, contextualizando la garantía jurisdiccional y encontrando varias limitaciones existentes dentro del sistema jurídico ecuatoriano (Valencia, Erazo y Narváez ,2019).

³ *Sumak Kawsay*: Este es un término ancestral de la lengua quechua, que traducida al español se la conoce como buen vivir. Es parte de la cosmovisión indígena, relacionado también con el estado de bienestar de la sociedad. Su uso empieza con la Constitución de Montecristi.

APORTES

El juez constitucional debe actuar basado en la figura del juez Hércules, y no casualmente emitir sus resoluciones apegándose a concepciones legalistas, que lamentablemente siguen estando arraigadas en su ejercicio de deducción.

Para decidir sobre los derechos de las personas no se necesita ser uno de los afectados, se trata de asumir su dolor como propio y esta actividad le corresponde al juez al momento de tomar la decisión, por lo tanto, el juzgador debe pasar por todo un proceso de sentí-pensar en el caso en concreto, realizando un ejercicio analítico para luego examinar la afectación de los derechos constitucionales, guiando su conducta en un ejercicio interior para luego exteriorizarlo por medio de una sentencia (Galeano, 2008).

La acción de protección puede ser usada por cualquier ciudadano o colectivo cuando considere la afectación de un derecho de rango constitucional, por lo que se deduce la idoneidad para la tutela de derechos. La concepción de idoneidad dependerá en gran parte de las decisiones de la nueva Corte Constitucional del Ecuador, así como de las sentencias de los juzgadores de instancia y el uso correcto por parte de los defensores técnicos, todo esto implica una cooperación directa de quienes conforman la justicia constitucional e indirectamente de toda la sociedad, tal como se puede apreciar en la figura 1.



Figura 1. Idoneidad del ejercicio práctico de la acción de protección

La finalidad del constituyente de Montecristi, fue lograr un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, alcanzar ese tan anhelado *sumak kawsay*, abandonando esa concepción legalista y transformando la sociedad a través de una aproximación entusiasta del texto constitucional, forjando un componente alterador para la sociedad. El desarrollo del Derecho Constitucional en el Ecuador tiene que ser real y este es el momento oportuno para generar un estado de bienestar. Una herramienta poderosa para alcanzar todos estos sueños es la acción de protección, es inteligente afianzar su uso y romper con las restricciones interpuestas.

La Constitución del año 2008 cumplió 11 años de vigencia, tiempo considerable para realizar una valoración del desempeño de la misma, las limitaciones originadas lejos de facilitar la tramitación de la garantía, han causado confusiones. Ante estas restricciones generadas, a manera de solución existe la imprescindible necesidad de crear juzgados y salas constitucionales de instancia, con la finalidad de ejercer una verdadera tutela jurisdiccional.

REFERENCIAS CONSULTADAS

1. Alarcón, P. (2009). *La Ordinización de la acción de protección*. Quito: Corporación Editora Nacional.
2. Alarcón, P. (2018). *Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones; Universidad Andina Simón Bolívar.
3. Alexy, R. (1993). *El derecho general de libertad. Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
4. Arias, F., & Galindo, J. (s.f.). *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Universidad de los Andes.
5. Asamblea Constituyente. (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
6. Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.
7. Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
8. Ávila, R. (2008). *Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador.
9. Ávila, R. (2012). *Evolución de los derechos fundamentales en el Constitucionalismo Ecuatoriano. Congreso Ecuatoriano de Historia*. Montecristi.
10. Ávila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías-ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
11. Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Colombia.
12. Cabo de la Vega, A. (2015). *Hacia un Nuevo Convenio Latinoamericano de Derechos Humanos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
13. Dworkin, R. (2000). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
14. Esguerra, J. (2004). *La Protección Constitucional del ciudadano*. Bogota.

15. Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías. La ley del más debil*. Madrid: Editorial Trotta.
16. Ferrajoli, L. (2015). *Derechos fundamentales y garantismo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
17. Ferreres, V. (1997). *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
18. Galeano, E. (2008). *Las venas abiertas de América Latina*. Madrid: Siglo XXI.
19. Gaviria, C. (2002). *Sentencias: Herejías Constitucionales*. Bogota: Fondo de Cultura Económica.
20. Granda Torres, G., & Herrera Abraham, C. (2019). Análisis de los tipos penales y su importancia para determinar responsabilidad penal. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(7), 220-232. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v4i7.443>
21. Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
22. Guzmán Chávez, M. (2019). El principio constitucional de la tutela judicial efectiva vulnerado por la acción de nulidad de sentencias. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(7), 135-145. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v4i7.366>
23. Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
24. Hobbes, T. (1965). *Leviathan*. Inglaterra: Andrew Crooke.
25. Holmes, S., & Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
26. Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid.
27. Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Trotta.
28. López, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones; Universidad Andina Simón Bolívar.
29. Martínez, D. (2012). *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

30. Montaña, J. (2012). *Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho Ecuatoriano*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
31. Navas, M. (2012). *Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3218/1/CON-PAP-Navas%2C%20M-Justicia.pdf>
32. Prieto, J. (2013). *Derechos de la Naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: Corporación de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
33. Prieto, L. (2007). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
34. Real Academia Española. (5 de diciembre de 2019). *Real Academia Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/id%C3%B3neo>
35. Rosseau, D. (2002). *El desarrollo de la Justicia Constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.
36. Sagües, N. (1995). *Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo*. Buenos Aires.
37. Sentencia 001-10-PJO-CC, 0999-09-JP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de diciembre de 2010).
38. Sentencia 001-16-PJO-CC, 0530-10-JP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de marzo de 2016).
39. Sentencia 002-15-SIS-CC, 0068-12-IS (Corte Constitucional del Ecuador 21 de enero de 2015).
40. Sentencia 016-13-SEP-CC, 1000-12-EP (Corte Costitucional del Ecuador 16 de mayo de 2013).
41. Sentencia 045-11-SEP-CC, 0385-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 24 de noviembre de 2011).
42. Sentencia 090-14-SEP-CC, 11-41-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 28 de mayo de 2014).
43. Sentencia 102-13-SEP-CC, 0380-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 4 de diciembre de 2013).

44. Sentencia 140-12-SEP-CC, Caso N° 1739-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 17 de Abril de 2012).
45. Sentencia 146-14-SEP-CC, 1773-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 1 de Octubre de 2014).
46. Sentencia 155-17-SEP-CC, 1563-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 19 de mayo de 2017).
47. Sentencia 1754-13-EP/19, 1754-13-EP (Corte Constitucional del Ecuador 19 de noviembre de 2019).
48. Storini, C. (2017). *Carta Magna y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ¿Ruptura o Continuismo?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional.
49. Storini, C., & Navas, M. (2013). *La Acción de Protección en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
50. Valencia Naranjo, D. E., Erazo Álvarez, J. C., & Narváez Zurita, C. I. (2019). El clima organizacional y su incidencia en la motivación del Talento Humano. *Koininía*, 445.
51. Zagrebelsky, G. (1999). *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.