

La acción de protección en Ecuador

Realidad jurídica y social



Claudia Storini
Marco Navas Alvear

NUEVO
DERECHO
ECUATORIANO | 3

La acción de protección en Ecuador
Realidad jurídica y social

NUEVO DERECHO ECUATORIANO, 3

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

La acción de protección en Ecuador

Realidad jurídica y social

Claudia Storini
Marco Navas Alvear

Quito - Ecuador
2013



Storini, Claudia
La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social. 1.^a ed. Quito: Corte
Constitucional del Ecuador, 2013. (Nuevo derecho ecuatoriano, 3)
220 p.: 15x21 cm

ISBN:
Derechos de Autor:

1. Derecho procesal constitucional – Ecuador. 2. Acción de protección. I. Storini Claudia,
Navas Alvear, Marco. II. Título. III. Serie.

CDD21: 342.866 CDU: 342(866) LC: KHK 2919 S76 2013 Cutter-Sanborn: St747

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional.

Corte Constitucional del Ecuador

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional

Jorge Benavides Ordóñez
Director Ejecutivo del CEDEC

Claudia Storini
Marco Navas Alvear
Autores

Gustavo Medinaceli R.
Valeria Rojas B.
Sebastián López H.
Jhoel Escudero S.
Eduardo Calero J
Equipo de investigación

Edwin Madrid
Coordinador General

Miguel Romero Flores
Coordinador de Publicaciones (e)

Juan Francisco Salazar
Katty Lema
Diseño de Portadas y Diagramación

Imprenta: V&M Gráficas
Septiembre 2013

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Íñaquito E3-92 y av. Amazonas, piso 2.
Tel. (593-2) 3941800 ext. 2104
www.corteconstitucional.gob.ec
publicaciones@cce.gob.ec

Quito - Ecuador

*Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte
Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.*

Índice

Presentación	9
<i>Patricio Pazmiño Freire</i>	

Prólogo	11
<i>Jorge Benavides Ordóñez</i>	

CAPÍTULO 1

Planteamiento general y precisiones metodológicas

1.1. Estado constitucional y constitucionalismo	17
1.2. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico	26
1.3. Marco teórico y su influencia en la delimitación del ámbito de investigación y en la determinación de los parámetros cuantitativos y cualitativos de análisis	32
1.3.1. Concepto de Constitución y metodología de investigación ..	32
1.3.2. Estado constitucional de derechos y acción de protección ...	38
1.3.3. Qué debe entenderse por eficacia, efectividad y eficiencia de la acción de protección	44
1.3.4. La efectividad como principio rector de la tutela jurisdiccional de los derechos	51
1.3.5. Eficacia y efectividad en el cumplimiento de la tutela judicial	55
1.3.6. Ámbito de análisis y parámetros cuantitativos y cualitativos ..	64
a) Recolección de resoluciones y universo objeto de análisis ...	64
• Recolección de resoluciones en Cuenca	67
• Recolección de resoluciones en Guayaquil	67
b) Datos finales de la recolección y población final para el análisis	68
c) Análisis cuantitativo de las resoluciones	70
d) Análisis cualitativo	73

CAPÍTULO 2

Tutela judicial efectiva y acción de protección

2.1.	El amparo eficaz y efectivo de los derechos.....	81
2.2.	Derecho a un proceso rápido y expedido: celeridad.....	84
2.3.	Derecho de acceso a la justicia.....	90
2.3.1.	Los requisitos y los supuestos de improcedencia de la acción de protección	99
2.3.2.	Legitimación activa y pasiva	119
2.4.	Derecho a no sufrir indefensiones	126
2.4.1.	La configuración del derecho a no sufrir indefensión	126
2.4.2.	El derecho a no sufrir indefensión en la praxis judicial.....	129
2.5.	Derecho a la motivación.....	135
2.5.1.	El deber de motivar	135
2.5.2.	Reglas, principios, valores.....	136
2.5.3.	Aplicación directa de la Constitución	138
2.5.4.	Juez constitucional y motivación	142
2.5.5.	Motivación en la acción de protección	146
2.6.	Derecho a la ejecución.....	152
2.6.1.	El derecho a la ejecución en sentido estricto y la reparación integral	152
2.6.2.	La reparación integral en la Constitución y en el ordenamiento internacional	153
2.6.3.	Reparación integral y obligaciones del juez.....	168
2.6.4.	Reparación integral y praxis judicial	172
2.7.	A manera de conclusión: eficacia, eficiencia y efectividad de la acción de protección.....	178

Bibliografía

1.	Teoría del derecho y de la Constitución	187
2.	Interpretación.....	190
3.	Garantías constitucionales	191
4.	Eficacia, efectividad, eficiencia.....	193
5.	Tutela judicial efectiva y debido proceso	194
6.	Otros ámbitos	198

Presentación

La Corte Constitucional del Ecuador emprendió la labor de publicar lo mejor y más variado del pensamiento jurídico constitucional con el ánimo de alentar a las nuevas generaciones de jueces, abogados, asambleístas, estudiantes o simples interesados en profundizar los planteamientos teóricos y las prácticas que están detrás de las decisiones jurisdiccionales para fortalecer la justicia constitucional, de acuerdo con las nuevas normas contempladas en la Constitución de Montecristi, dejando atrás un viejo constitucionalismo que no tiene luces suficientes como para alumbrar todas y cada una de las demandas ciudadanas amparadas en la nueva Norma suprema. Después del descalabro institucional sufrido desde hace un par de décadas, el Ecuador de hoy debe convertirse en un faro del derecho constitucional, que no solo alumbre los derechos y garantías de todas las personas, sino que también irradie su luz sobre los derechos de su naturaleza, como reza en la Constitución establecida por las ciudadanas y ciudadanos en el 2008.

Este libro, *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*, recoge los resultados de la investigación sobre el “Funcionamiento de la acción de protección en las provincias de Azuay y Guayas entre 2008-2011”. Es un esfuerzo por dilucidar si este modelo de garantías logra ser efectivo y eficiente en las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia. ¿Hasta qué punto hemos logrado internalizar en los operadores de justicia la interpretación constitucional, como medio idóneo, y constitucionalmente obligatorio, conforme el

mandato del artículo 427 de la república del Ecuador? ¿Cuáles son los desafíos temáticos de la Corte Constitucional para, vía revisión, generar sentencias de jurisprudencia que discipline constitucionalmente a los actores públicos y privados para evitar el uso inmediato de las garantías jurisdiccionales?

Estas y otras interrogantes surgen de esta lectura, y lo primordial, abre caminos por donde transitar para, vía aplicación de la normativa legal y constitucional vigente, lograr la eficacia y vigencia material de la Constitución.

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional

Prólogo

El libro que la comunidad lectora tiene entre sus manos, *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*, es producto de una consultoría convocada por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), que tuvo como objeto el estudio del funcionamiento de la acción de protección en las provincias de Guayas y Azuay, abarcando los fallos emitidos en primera y segunda instancia, y que contó con una delimitación temporal de noviembre de 2008 a septiembre de 2011. Trabajo investigativo llevado a cabo de modo minucioso y riguroso por parte de sus autores.

El enfoque metodológico utilizado pone de relieve algo poco común en las investigaciones jurídicas de nuestro medio, en la medida en que al contrario de tratarse de un estudio dogmático, apuesta por los métodos propios de las ciencias sociales de hoy en día: los métodos cuantitativos y cualitativos. De ahí precisamente la gran valía del presente estudio al realizar un abordaje teórico-práctico de la acción de protección, garantía jurisdiccional por antonomasia.

La investigación parte del análisis del diseño normativo de la acción de protección, en su regulación constitucional como legal, a la luz de los principios que informan al Estado constitucional de derechos y justicia, por ello, el estudio va más allá de una comprensión del garantismo que preconiza nuestra Constitución en términos formales; es decir, persigue establecer en qué medida es posible determinar la relación entre la norma que consagra la garantía con la protección efectiva de derechos, y con ello

poder comprobar si la garantía logra su concreción en la realidad material. Pretensión investigativa que conlleva el hacer un esfuerzo intelectual interdisciplinario, y acudir con ello a terrenos que son más bien propios de la sociología del derecho o de la política jurisdiccional.

Es manifiesta la preocupación de los autores por no quedarse en las implicaciones procesales de la acción de protección, que si bien son importantes, nos recuerdan que no se debe perder de vista cuál es su finalidad última, lo que engarza en últimas cuentas con la puesta en práctica del Estado constitucional de derechos y justicia del que nos habla el artículo uno de la Constitución ecuatoriana.

Claudia Storini y Marco Navas Alvear sostienen la necesidad de buscar parámetros metodológicos que permitan analizar la eficacia, entendida como la idoneidad del diseño normativo para alcanzar el fin perseguido; la eficiencia, es decir, la adecuación de los medios para alcanzar el fin perseguido con el menor costo; y la efectividad, comprendida como la vinculación de los órganos jurisdiccionales y el cumplimiento por parte de los destinatarios de la acción de protección.

En el análisis cuantitativo, los investigadores toman en cuenta una muestra de 833 resoluciones, número significativo que posibilita una correcta lectura de la realidad de la acción de protección en las dos ciudades estudiadas. Al respecto, debo hacer una precisión del alcance espacial del estudio: si bien tenía en un principio una dimensión provincial, los investigadores se decantaron por otro que se centre exclusivamente en las capitales provinciales. No obstante, debo señalar que dicha opción no es una decisión arbitraria, debido a que demuestra lo contrario fundamentado estadísticamente, o lo que es lo mismo, la interposición de las acciones de protección se produce en gran medida en las capitales provinciales y no en las jurisdicciones cantonales.

Respecto de los análisis cualitativos, se destaca el señalamiento de los investigadores en relación con una insuficiente carga motivacional y argumentativa de las sentencias, así como el escaso interés que demuestran las resoluciones analizadas en los asuntos de reparación integral, característica innovadora y elemento sustancial de diferenciación entre la acción de protección frente al amparo constitucional, y que nos llega como una influencia encomiable del sistema interamericano de derechos humanos.

Es justo decir que en la academia ecuatoriana se ha venido insistiendo sobre la importancia de una adecuada carga argumentativa y la obligación de los jueces de motivar debidamente sus sentencias como medio para evitar la arbitrariedad. Desafortunadamente, como lo demuestran Marco y Claudia, dicha tarea es una asignatura pendiente de nuestras judicaturas, es decir, se encuentra pendiente el hacer comprender a un considerable número de jueces y juezas que la motivación no se agota en la mera enunciación de una norma como lo determina nuestro texto constitucional.

Sin embargo, en la investigación las alertas no se dirigen de modo exclusivo a los operadores judiciales, abarcando también al constituyente, al legislativo y a una parte de la academia que, imbuida de un por demás plausible espíritu garantista, descuidó tomar en cuenta la realidad judicial del país en asuntos como el tiempo para conocer, sustanciar y resolver las garantías constitucionales —cuatro días en promedio—. Sin necesidad de efectuar un profundo análisis, se puede colegir que la norma no se compeadece con la realidad.

Finalmente, los investigadores enfatizan en la necesidad de la capacitación permanente en materia constitucional del estamento judicial, que por el mismo hecho de ser jueces constitucionales, indistintamente de la materia específica que conocen, lo hacen de las garantías jurisdiccionales, cuestión polémica a la que subyace la discusión sobre la necesidad de la creación de jueces constitucionales. Preocupación sustentada empíricamente por los resultados que arroja la consultoría en el caso de Guayaquil, ciudad en la que los operadores judiciales insisten en la necesidad de crear juzgados especializados en materia constitucional.

En suma, estamos frente a un trabajo que vale la pena ser leído, por lo correcto de su diseño metodológico, su adecuada fundamentación y por el hecho de estar bien escrito, cualidades que distinguen en el ámbito académico a los profesores Claudia Storini y Marco Navas Alvear.

Jorge Benavides Ordóñez
Director Ejecutivo del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

Capítulo 1

Planteamiento general y precisiones metodológicas

Planteamiento general y precisiones metodológicas

1.1. Estado constitucional y constitucionalismo

Como es conocido, la Constitución se concibe hoy como “un programa positivo de valores que ha de ser ‘actuado’ por el legislador”,¹ mientras que para el Estado legislativo decimonónico era “un bosquejo orientativo que ha de ser simplemente ‘respetado’ por el legislador.”²

Para entender las diferencias entre estos dos enunciados y sus implicaciones hay en primer lugar que tener en cuenta que después de la Segunda Guerra Mundial la Constitución adquiere un nuevo significado. Esta tendencia generada en Europa se irradia en otros países latinoamericanos. La tarea política de los Estados después de los regímenes dictatoriales y de una guerra es la de construir los pilares sobre los cuales pueda descansar una nueva convivencia, no solo política sino también social. Por tanto, no solo la organización política sino también la social son objeto de disciplina constitucional.

En esta nueva situación, la sociedad necesita una nueva articulación. Todo lo que es general y tiene algo que ver con la vida de todos, tanto en la sociedad como en el Estado, tiene que ser formulado de nuevo ya que no queda nada del pasado.

1 ^{Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. M. Gascón. Madrid, Trotta, 1995, p. 151.}

2 *Ibid.*

En esta fase política, la Constitución es un documento pluralista y en ella ya no existe un soberano comparable con el que existía en las Constituciones del siglo XIX, ni una lucha por la soberanía, cada sujeto social lucha para mejorar sus posiciones dentro de un contexto complejo caracterizado por la presencia de muchas fuerzas políticas, económicas, sociales y culturales.³

Tal número de fuerzas, interrelacionadas entre sí, sea por medio de formas de solidaridad pero también en muchos casos ‘enfrentadas’ entre sí, conlleva la imposibilidad de la existencia de una sola de ellas capaz de ejercer un poder soberano, tal y como este había venido siendo entendido hasta entonces. Decir que la soberanía pertenece al pueblo no hace más que abrir el camino a una multiplicidad de sujetos sociales y a sus acuerdos.⁴

La Constitución asume una tarea que en ninguna época precedente había tenido, es decir, la de volver a organizar la sociedad sobre la base de valores que puedan expresar la unión de voluntades. Las Constituciones contemporáneas, por tanto, representan un contrato o un compromiso entre las partes por medio del cual es posible crear un nuevo orden social y político. Y respecto de este nuevo orden, cada fuerza política representa tan solo una pieza del rompecabezas. Con estas Constituciones viene a modificarse, y tal vez se podría decir que muere, el concepto de soberanía entendida como necesaria existencia de una fuerza predominante, concretamente identificable y titular de un poder último.⁵

Forma parte de la lógica del mismo Estado constitucional el que, una vez aprobada la Constitución, el poder constituyente desaparezca, dejando su lugar a la propia norma por él creada.⁶ Todos los poderes pasan a ser así poderes constituidos, y la Constitución se configura como Norma

3 Storini, Claudia. “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”. *Foro. Revista de derecho* (Quito) 7, Universidad Andina Simón Bolívar (2007): 164 ss.

4 Luciani, Massimo. “L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”. *Rivista di diritto costituzionale*, 1 (1996): 155.

5 Claudia Storini, *op. cit.*, p. 167.

6 No obstante, en el caso de la Constitución ecuatoriana se plasma el anhelo de que el poder constituyente no cese del todo, sino que se extienda en el tiempo por medio de fuertes mecanismos participativos. En tal sentido, puede decirse que la Carta ecuatoriana de 2008 instituye un sistema democrático que es a la vez participativo y representativo. Véase Navas, Marco. “Derechos a la comunicación y teorías de la democracia: una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano”. *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, María Paz Ávila y Gustavo Gómez Germano. Quito, Unesco/ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, pp. 97-116.

suprema. Se entiende, de esta manera, la definición del poder constituyente como ‘el canto del cisne de la soberanía’, como un acto extremo de autoafirmación que conlleva su misma limitación.⁷ El único poder verdaderamente soberano es el poder constituyente; en el Estado constitucional no existe ningún órgano que ostente un poder ilimitado como para suspender el ordenamiento jurídico existente y crear un nuevo orden normativo, ni siquiera el Estado de excepción puede albergar en su seno un detentador concreto de la soberanía.

La historia del Estado moderno es la historia de un Estado legislativo que progresivamente expropia al legislador sus poderes. Aquel proceso de expropiación que, en primer lugar, se había dirigido en contra de la monarquía acaba por afectar, también, al órgano legislativo; al legislador se le sustituye por un concepto de ley como cosmos de normas impersonales y abstractas, respecto del cual el acto creador del poder constituyente está destinado a permanecer como algo externo e intangible.⁸ Con el tiempo, la atomización de las leyes y la heterogeneidad de sus contenidos convierten a aquellas en actos imperativos a disposición de intereses particulares, y así la Constitución del Estado de derecho liberal demostrará su falta de aptitud para asegurar las garantías de las libertades que constituyen el primer requisito de todo constitucionalismo. En este contexto, adquiere siempre más importancia para la definición de la Constitución la problemática de los derechos fundamentales. Como defendió Kelsen, la Constitución no es solo “una regla de procedimiento sino, además, una regla substancial”, es decir, atañe a normas que disciplinan ‘no sólo la formación sino también el contenido de las leyes’. En este sentido, ‘la Constitución individúa principios, directrices y límites al contenido de las leyes futuras’.⁹

7 Dogliani, Massimo. “Potere costituente e revisione costituzionale”. *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 1995, p. 223. Se refiere a la soberanía jurídica como soberanía limitada y por tanto como no-soberanía, véase Massimo Luciani, *op. cit.*, p. 144.

8 Para Zagrebelsky (1997: 11): “Sobre el fundamental principio de la soberanía ha sido construido el derecho público del Estado moderno de la Europa continental [...] desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la *persona* soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos [...] el derecho relativo a esta *persona* soberana y a sus *órganos* era el *derecho del Estado*”.

9 Kelsen, Hans. “La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)”. *La giustizia costituzionale*. Milán, Giuffrè, 1981, pp. 146 ss.

Se afirma así el principio de la supremacía de la Constitución, en un contexto en el que el legislador era el intérprete exclusivo de la voluntad general y la reserva de ley venía a desarrollar un papel preeminente respecto de la garantía de los derechos. No obstante, se llega a la convicción de que la plena protección de esos derechos se puede conseguir tan solo pasando de un universo jurídico que postula la soberanía de la ley a uno que afirma la soberanía de la Constitución.¹⁰ Así, en un contexto jurídico en el que el legislador asumía la función de intérprete autorizado y exclusivo de la voluntad general, la reserva de ley tenía un papel fundamental respecto de la misma garantía de los derechos fundamentales. No obstante, como es sabido, la plena protección de estos derechos se logrará tan solo con el cambio que implica el tránsito desde un ordenamiento jurídico que postula la soberanía de la ley a uno que afirma la soberanía de la Constitución, y no en el sentido legalista de la superposición de un legislador extraordinario a uno ordinario, sino en un sentido que, potenciando la faceta material de derecho y, por tanto, su dimensión ética, otorga a la Constitución el carácter de marco de reglas, principios y valores sobre los cuales puede y debe realizarse la integración de la sociedad.¹¹

En este sentido, la Constitución ya no se configura exclusivamente como aquella ‘regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación’, como afirmaba Kelsen,¹² sino es norma jurídica en sentido pleno, una norma que regula y organiza el ejercicio del poder, que expresa formas de un consenso entre posiciones plurales que deben ser armonizadas por parte de todos los operadores jurídicos, incluido el legislador.

Desde la segunda mitad del siglo XX se produce una progresiva constitucionalización del derecho que implica la existencia de una Constitución ‘invasiva’ que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Según Guastini, las principales condiciones de constitucionalización son: la existencia de una Constitución rígida que incorpora derechos fundamentales, la

10 Portinaro, Pier Paolo. “Il grande legislatore e il custode de la Costituzione”. *Il futuro della Costituzione*. Turín, Einaudi, 1996, p. 27.

11 Claudia Storini, *op. cit.*, p. 170.

12 Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. *Estudios sobre la democracia y el socialismo*. Madrid, Debate, 1988, p. 111.

garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución (principios implícitos), la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a constitución de las leyes, la influencia de la Constitución en el debate político. El constitucionalismo moderno se constituye como un sistema jurídico presidido por una Constitución pluralista y material frente al monismo del Estado liberal burgués que se expresaba por intermedio de una Constitución formal y procedimental.

La Constitución se caracteriza por contener un conjunto de principios materiales que provocan una ‘rematerialización del derecho’,¹³ lo cual implica que todo el ordenamiento jurídico esté ‘materialmente determinado por la Constitución’.¹⁴ Ello implica que debido a la pluralidad de principios, algunos de ellos además contradictorios, y a la ausencia de una jerarquía entre ellos, su aplicación no precisa tanto de la deducción cuanto de una ponderación. Esta forma de aplicación del derecho mediante ponderación otorga una especial importancia y responsabilidad a todos aquellos que aplican el derecho, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que ‘los principios convierten a los jueces en los señores del Derecho’.¹⁵

Para entender esta afirmación es necesario hacer referencia a la distinción entre reglas y principios. Mientras las reglas establecen lo que es obligatorio hacer o no hacer en una concreta situación jurídica determinada por ellas mismas, los principios establecen orientaciones generales que deben ser atendidas en una serie indefinida de aplicaciones que pueden verificarse sin estar predeterminadas por el principio.¹⁶ El principio goza,

13 La Torre, Massimo. “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16 (1993): 70.

14 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 525.

15 Prieto Sanchís, Luis. “Diez argumentos a propósito de los principios”. *Jueces para la democracia*, n.º 26, 1996, p. 47. [Énfasis añadido.]

16 Los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios son numerosos. El de generalidad es el que más frecuentemente se utiliza. Como otros criterios de distinción se discuten la “determinabilidad de los casos de aplicación”; la distinción entre normas ‘creadas’ y ‘desarrolladas’; el carácter explícito del contenido valorativo; según que sean fundamentos de reglas o reglas ellos mismos, o según se trate de normas de argumentación o de comportamiento. Sobre la base de estos criterios se han formulado tesis totalmente diferentes en torno a la distinción entre reglas y principios. En primer lugar, la que rechaza todo tipo de diferenciación en relación con la pluralidad de criterios de distinción existentes; en segundo lugar, la que considera que las normas pueden dividirse tan solo entre reglas y principios siendo, no obstante, esta distinción únicamente

por tanto, de una capacidad expansiva mayor que la regla, pero, a diferencia de esta, necesita de una ulterior actividad de concreción que lo ponga en relación con los casos específicos. El principio en estos supuestos sirve para unificar las diferentes elecciones legislativas particulares, desarrollando una función sistemática.

Esta actividad de concreción es, en primer lugar, una tarea del legislador que debe desarrollar la potencialidad del principio en relación con casos específicos.¹⁷ No obstante, esta afirmación no excluye que la concreción del principio pueda ser realizada directamente por el intérprete, es decir, el juez y en particular el juez constitucional.

La sustitución del legislador por el juez puede ser admitida en todos aquellos casos en los que el desarrollo del principio conduce a resultados obligados, en un contexto operativo ya definido —por ejemplo en el ámbito procesal penal— y regulado por la legislación vigente en esta materia. Podría ocurrir que en el cumplimiento de determinadas actividades procesales se descuiden algunos aspectos del derecho de defensa; dicha laguna podría ser subsanada gracias a la concreción directa del principio constitucional, estableciendo por vía judicial lo que resulte necesario para su efectividad. En todos estos casos las normas constitucionales de principio pueden y deben tener eficacia directa.¹⁸

No obstante, en algunos casos, a falta de una ley, no existirá un contexto suficientemente definido en el que el principio pueda hacerse valer, ya que la concreción del mismo requiere, antes que nada, su determinación en sede legislativa, como expresión de determinadas elecciones en el amplio ámbito de las que son discrecionalmente posibles.

de *grado*, y por último, la que defiende que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre ellos existe no solo una diferencia gradual sino cualitativa. Esta última es la tesis defendida, entre otros, por Robert Alexy en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*. Según Zagrebelsky (1997: 111), a las reglas 'se obedece' mientras a los principios 'se le presta atención'. Véanse, también, R. Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 93 ss; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*, pp. 141 ss.; M. Atienza y Ruiz Manero, "Sobre principios y reglas", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 10, 1991, pp. 101-120.

17 Según Robert Alexy, *op. cit.*, p. 86, "el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...] En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no".

18 Véase García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Ed. Civitas, 1985, pp. 63 ss.

La interpretación en estos casos sustituiría a la labor del legislador, traicionando su función. A pesar de esto, la línea de demarcación entre estas dos hipótesis no siempre resulta bien definida y allí donde no se mantiene este criterio de repartición de funciones entre poder legislativo y poder jurisdiccional, se abre la posibilidad de atribución al intérprete de una función de libre creación del derecho que llega a borrar la distinción entre función creadora y función interpretativa del derecho.

La problemática de llevar a la práctica esta distinción demuestra cómo la existencia de normas constitucionales de principios, que deben ser consideradas como normas a todos los efectos y que, por tanto, deben tener una eficacia directa sobre los casos concretos, ha venido alterando y ampliando la función, en primer lugar, de los jueces en relación con la ley, porque la ‘sumisión al imperio de la ley’ asume un diferente significado respecto del que tenía en el pasado, cuando las normas constitucionales se consideraban dirigidas esencialmente al legislador y la actividad de los jueces estaba vinculada a la ley y no a los principios constitucionales de justicia material. Y, en segundo lugar, se ha alterado y ampliado la función del Tribunal Constitucional, que no tendrá solo que garantizar que el desarrollo legislativo de la Constitución no sea contrario a esta última sino que, además, como intérprete supremo de la Constitución tendrá la función de explicitar y justificar, en última instancia, el alcance de los principios constitucionales por medio de los cuales se realiza la adaptación de la Constitución a las realidades cambiantes.¹⁹

19 En este sentido, el propio Kelsen ofreció dos versiones opuestas del Tribunal Constitucional. De un lado, el Tribunal depositario de la racionalidad jurídica al que se le confía una tarea de puro conocimiento; del otro, un Tribunal, el de la réplica a Schmitt, que aun manteniendo su posición de independencia formal respecto de los contendientes y actuando de forma contenciosa —todo lo cual lo convertiría en una instancia más fiable en relación con el garante “decisionista”—, actúa como mediador de conflictos político-sociales, es decir, como juez de la oportunidad y no como juez de la legitimidad de las leyes. Todo viene a depender de la extensión del dominio constitucional: a un ámbito material amplio corresponde una acentuación del carácter político del control de constitucionalidad, carácter que puede volverse absorbente en el caso de principios y valores constitucionales no jerarquizados o en el de una extensa utilización de conceptos indeterminados. A un ámbito más restringido corresponde, al contrario, un aumento del nivel positivo y una relativa prevalencia del carácter de neutralidad. Neutralidad relativa porque el dominio de la técnica jurídica, también en la hipótesis de comprensión máxima de la materia constitucional, no puede nunca ser absoluto y existirá siempre un margen para la actividad ‘creadora’ del Tribunal Constitucional. Así en Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, op. cit.*, pp. 259 ss.

La peculiaridad de las normas de principio conlleva una ulterior característica, que no es otra sino la necesidad de un recíproco ensamblaje entre las mismas. De hecho, si el conflicto entre reglas se concreta en una antinomia, es decir, en una situación de incompatibilidad que puede ser solucionada o bien declarando inválida una de las dos reglas, o bien introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción, los conflictos de principios deben ser solucionados de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en conflicto, ha de haber uno que cede en beneficio del otro; lo cual no significa declarar la invalidez del principio que queda desplazado ni que en este último se haya de introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede en estos casos es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios se antepone al otro, sin perjuicio de que, en otros supuestos, la cuestión de precedencia pueda ser solucionada de manera inversa.²⁰

Estas características del así denominado *nuevo constitucionalismo* han producido la aparición de aparentes ataques al positivismo jurídico. Y se utiliza la palabra ‘aparentes’ en tanto que —como acertadamente afirma Prieto Sanchís, parafraseando un conocido artículo de Hart en el que contestaba al ataque antipositivista de Dworkin— “pese al victimismo de algunos antipositivistas que se complacen en ser minoría, creo que no es aventurado decir que hoy el positivismo se bate en retirada y, aunque seguramente son varios los frentes abiertos, parece también que uno de los últimos sucesos que anuncian su crisis o muerte es precisamente el triunfo del constitucionalismo o del Estado constitucional democrático”.²¹ En un sentido aun más incisivo, Troper afirma taxativamente que “el positivismo en los tres sentidos de este vocablo, es del todo incompatible con el constitucionalismo”²² y ello porque “el jurista ya no puede guiarse por el mito de la neutralidad axiológica”.²³ La Constitución asume una tarea que en ninguna época precedente había tenido, es decir, la de

20 Véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 87 ss.

21 Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México, D. F., Fontamara, 2.ª ed., 1999, p. 8.

22 Troper, Michel. “Ilconcetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto”. Trad. P. Comanducci. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.º 1, 1988, p. 63.

23 Spadaro, Antonio. “Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarellasul método ‘relacionista’ nel diritto costituzionale)”. *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*. Messina, Cedam, 1997, p. 157.

volver a organizar la sociedad sobre la base de valores que puedan expresar la unión de voluntades.

Las Constituciones contemporáneas, por tanto, representan un compromiso entre determinados actores, por medio del cual es posible crear un nuevo orden social y político; son a la vez compromisos y programas políticos. Y respecto de este nuevo orden, cada fuerza política puede representar tan solo un fragmento. Con estas Constituciones viene a modificarse el concepto de soberanía entendida como necesaria existencia de una fuerza predominante, concretamente identificable y titular de un poder último.

Desde esta perspectiva, la Constitución es un documento pluralista y en ella ya no existe un soberano comparable con el que existía en las Constituciones del siglo XIX, ni una lucha ‘a muerte’ por la soberanía; más bien, cada sujeto social lucha para mejorar sus posiciones dentro de un contexto normalmente caracterizado por la presencia de muchas fuerzas políticas, económicas, sociales y culturales. Tal número de fuerzas, interrelacionadas entre sí y de algún modo ‘enfrentadas’ entre sí, conlleva la imposibilidad de la existencia de una sola de ellas capaz de ejercer un poder soberano, tal y como este había venido siendo entendido hasta entonces. Decir que la soberanía pertenece al pueblo no hace más que abrir el camino a una multiplicidad de sujetos sociales y a sus acuerdos.²⁴ Esta modificación de la idea de la soberanía conlleva la pérdida de la posición central de la ley y “la consecuencia es la muerte del positivismo y la instalación en su lugar de un derecho por principios”.²⁵

Siendo esta la característica más relevante del constitucionalismo contemporáneo en general y del Ecuador, en particular, para entender el enfoque metodológico de esta investigación, habrá que formular algunas precisiones sobre el positivismo ya que cuando se convierte en objeto de crítica y por tanto de rechazo metodológico, no siempre resulta claro cuál es la tesis o aspecto del positivismo que resulta rebatido. Al mismo tiempo, habrá que analizar el ‘neoconstitucionalismo’ en tanto doctrina que, según sus partidarios, surge justamente en conexión con el desarrollo del

24 Massimo Luciani, *op. cit.*, p. 155.

25 Alberti, Enoch. “El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (Debate sobre el Derecho dúctil, de Gustavo Zagrebelsky)”. *Anuario de filosofía del derecho*, 1997, p. 40.

proceso de constitucionalización del derecho, y que pretende superar y hasta suplantar tanto el positivismo jurídico, como el iusnaturalismo.²⁶

1.2. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico

Aunque pueda parecer un tópico, no pueden dejarse de mencionar las dificultades intrínsecas a todo intento de definición de lo que es el positivismo jurídico en tanto que expresión ‘intolerablemente ambigua’²⁷ por el hecho de no haber sido ‘jamás definida con precisión’.²⁸ Aun así, resulta obligado hacer referencia y tomar en cuenta la conocida distinción, formulada por Bobbio, entre tres acepciones de positivismo jurídico, esto es, teórico, ideológico y metodológico.²⁹ La misma, sino mayor, dificultad se encuentra a la hora de definir el neoconstitucionalismo. Este término se utiliza para describir ciertos fenómenos o prácticas institucionales de los Estados constitucionales tras la Segunda Guerra Mundial.

La crisis que para el mundo occidental significaron los regímenes totalitarios, así como la Segunda Guerra Mundial puso en tela de juicio la

26 Sobre las relaciones entre positivismo jurídico, constitucionalismo y neoconstitucionalismo, véase, entre otros, Barberis, Mauro. *La heterogeneidad del bien: tres ensayos sobre el pluralismo ético*. México, Fontamara, 2006; Carbonell, Miguel, comp. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003; Pozzolo, Susanna. *Neocostituzionalismo e positivismo juridico*. Turín, Giappichelli, 2001; Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo, op. cit.*; Sastre Ariza, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid, McGraw-Hill, 1999; Comanducci, Paolo y Ma. Ángeles Ahumada, Daniel González Lagier. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

27 Carrió, Genaro. *Dworkin y el positivismo jurídico*. México, UNAM, 1981, p. 5.

28 Ross, Alfred. “Concepto de validez y el conflicto entre el positivismo y el derecho natural”. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, Buenos Aires, 6. 12 (2008): 199-220. Según este autor: “Este problema es considerado a menudo como el límite más importante dentro de la filosofía jurídica, que divide esta disciplina en dos campos hostiles e irreconciliables. Los positivistas han calificado a las doctrinas del derecho natural de creencias basadas en ideas metafísicas o religiosas, incompatibles con los principios del pensamiento científico; y, por su parte, los iusnaturalistas han acusado a sus adversarios de falta de comprensión del reino del espíritu y de los valores, un reino que es bien real aunque no pueda ser descubierto o descripto por medio de la experiencia sensorial. [...] En mis conferencias no intenté de manera alguna disminuir la importancia de la cuestión. Traté, sin embargo, de señalar que hasta cierto punto la discusión ha sido confundida por falta de claridad en cuanto al significado de la expresión ‘positivismo jurídico’, que prácticamente no ha sido jamás definida con precisión” (p. 200).

29 Bobbio, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milán, Comunitá, 1988; así como, del mismo autor, *El positivismo jurídico*. Madrid, Debate, 1993.

concepción formal del Estado de derecho, y abre su concepto a valores que encuentran reflejo en la Constitución. En su trabajo *Constitución y Derecho Constitucional*, Smend defiende una concepción del Estado en virtud de la cual este aparece como una realidad a la vez espiritual y dinámica.³⁰ El Estado es una “unidad de sentido de realidad espiritual” y el proceso que vivifica y actualiza esta unidad de sentido es lo que Smend denomina ‘integración’.³¹

Para cumplir esta función integradora, el texto constitucional debe tener un carácter necesariamente esquemático y no pretender regular en detalle todos los aspectos de la vida del Estado. El proceso de integración se hará posible si existe una —cierta— comunidad de valores no cuestionada situada más allá de la lucha política. Los valores que constituyen el sustrato material de la comunidad tienen un carácter dinámico. No constituyen meramente un punto de referencia objetivado sino que deben entenderse como un conjunto de valores efectivamente vividos por los miembros de la comunidad. Los derechos fundamentales recogidos por la Constitución son precisamente expresión del sistema de valores que constituye el sustrato integrador de la comunidad.³² Frente a ello no es difícil entender el porqué, a muy poco andar de su instauración, el Tribunal Federal alemán afirmaba la función de los preceptos sobre derechos fundamentales, no en una dimensión normativa tradicional sino en una perspectiva ontológica. En este caso, los enunciados sobre derechos fundamentales dejan de constituir la base para establecer reglas de deber ser y pasan a considerarse un orden objetivo de valores. Esta afirmación presupone una *revolución* en relación con la función que cumplen los textos normativos en el sistema de fuentes y, por consiguiente, en la cultura jurídica. Es en este punto donde se puede establecer el criterio para distinguir aquello que puede definirse como evolución del constitucionalismo del siglo XX de aquello que ha venido en llamarse ‘neoconstitucionalismo’.

Comanducci advierte que el neoconstitucionalismo, en su versión más ‘integral’, contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la

30 Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid, CEC, 1985, pp. 62-63.

31 *Ibid.*, p. 89.

32 *Ibid.*, p. 232.

nueva era que deja atrás tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo. En esto radica su mayor novedad y, según opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial. En este sentido, puede decirse que ‘neoconstitucionalismo’ es, según el caso, el nombre que recibe una corriente de pensamiento iusfilosófico, un enfoque jurídico o un nuevo paradigma jurídico, un nuevo modelo de Estado, o una forma de constitucionalismo.³³

A la vista de la falta de concurrencia de estos significados Comanducci, para estructurar sus planteamientos críticos e intentar aclarar las diferencias, distingue, al igual que Bobbio para el positivismo jurídico, entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico. Se utilizará esta repartición para analizar el contraste entre neoconstitucionalismo y positivismo.

A diferencia del positivismo jurídico, que como teoría está vinculado a una visión estatalista del derecho o a una concepción de la producción jurídica como una tarea monopolizada por el Estado, el neoconstitucionalismo como teoría del derecho defiende la existencia de un sistema jurídico caracterizado, entre otros elementos que ya se analizaron antes, por una Constitución ‘invasiva’ cuyo texto se constituye, no solo de reglas sino también de principios y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto de la interpretación y aplicación de la ley.

En ese sentido, el neoconstitucionalismo como teoría constituye una alternativa respecto de la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación comportan un necesario cambio de metodología y que, en consecuencia, el neoconstitucionalismo implica diferencias cualitativas respecto del iuspositivismo teórico. Uno de los elementos, que separa el neoconstitucionalismo teórico de la teoría iuspositivista, es la tesis según la cual la constitucionalización del derecho provoca un cambio radical en la teoría de la interpretación cuya consecuencia se refleja en la relevancia del papel de juez y en la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho.

33 Así María Ángeles Ahumada, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de ‘Constitucionalización y neoconstitucionalismo’ de Paolo Comanducci)”, en *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, *op. cit.*, p. 131.

El neoconstitucionalismo ideológico se concentra y pone en primer plano, en tanto que objetivo fundamental del ordenamiento constitucional, la garantía de los derechos dejando de un lado o en segundo plano la limitación del poder estatal. Este cambio de orientación encuentra su razón de ser en el hecho de que el poder estatal ya no es visto con temor, y por tanto no se preocupa de su limitación sino más bien de buscar los mecanismos mediante los cuales atender a la exigencia de que la actividad del poder legislativo y del judicial esté encaminada a la actuación, concretización y garantía de los derechos previstos en la Constitución.

Por último, el neoconstitucionalismo metodológico se contrapone al positivismo metodológico o conceptual que, como es sabido, defiende que, a partir de una concepción específica del derecho, el jurista puede afrontar el estudio del derecho de forma científica. Esta visión ya no supone explicar el derecho a partir del estatalismo jurídico, como en el caso del positivismo teórico, sino desde su dimensión de hecho social, lo cual significa que el derecho se manifiesta por medio de hechos verificables, de comportamientos y actitudes. Esta manera de entender el derecho permite distinguir claramente los hechos de los valores, el derecho ‘real’ del que es ‘ideal’, el derecho como ‘hecho’ del derecho como ‘valor’, el derecho que ‘es’ del derecho que ‘debe ser’. En este sentido se defiende la posibilidad de dar noticia del derecho de manera científica. Hoerster considera que este postulado es la tesis central del positivismo jurídico y defiende que “quien desee describir el derecho vigente en una sociedad —por ejemplo, el científico del derecho— lo puede hacer sin recurrir a sus propias valoraciones”.³⁴ En este mismo sentido, Nino afirma que “El derecho positivo de una sociedad puede identificarse y describirse sin acudir a consideraciones morales o valorativas”.³⁵

Explicar las relaciones entre el neoconstitucionalismo y el positivismo en general, sin especificar de qué tipo de positivismo se trata o en qué sentido se usa este concepto no es el camino adecuado para exponer con claridad la contraposición que supuestamente existe entre ambos. En principio parecería que el neoconstitucionalismo solo puede oponerse de

34 Hoerster, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, Gedisa, 1982, p. 14.

35 Santiago Nino, Carlos. *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona, Ariel Derecho, 1994, p. 22.

manera directa al positivismo teórico, y ello porque el neoconstitucionalismo se refiere a un tipo de derecho concreto y el único positivismo jurídico que ofrece una visión global del derecho es el positivismo teórico, ya que el positivismo ético supone una ideología y el metodológico un método. Por todo ello, desde el punto de vista del objeto, el neoconstitucionalismo solo puede coincidir con el positivismo teórico.

En esta misma línea, ya se apuntó que el modelo jurídico delineado por las Constituciones decimonónicas es muy diferente al modelo que ofrecen las Constituciones contemporáneas, y el aporte del neoconstitucionalismo es exactamente el de demostrar que la forma de concebir e interpretar el derecho que propone el positivismo teórico no es extrapolable al derecho diseñado por el neoconstitucionalismo.

En este sentido, Zagrebelsky afirma: “la idea de derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas”,³⁶ así como que:

[...] si el positivismo todavía no ha sido abandonado ni en la teoría ni en la práctica jurídica del tiempo presente, y si los juristas continúan considerando su labor básicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la ‘ley constitucional’, no es porque aún pueda ser válido en la nueva situación, sino porque las ideologías jurídicas son adaptables. La supervivencia ‘ideológica’ del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado.³⁷

Este cambio es evidente si pasamos a analizar el que Comanducci³⁸ define como neoconstitucionalismo metodológico y que, según este autor, considera los principios constitucionales y los derechos fundamentales como un puente entre el derecho y la moral, estos mismos principios han sido la principal herramienta de ataque al positivismo jurídico ya que

36 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Trotta, 5.ª ed., 2003, p. 10.

37 Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 41.

38 Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 16 (2002): 89-112.

“es lógico que para una mente formada en el positivismo le atemorice sólo escuchar la palabra ‘principios’”.³⁹ Como consecuencia de todo ello y si la ciencia jurídica debe operar como garante de ese derecho que podríamos definir ‘por principios’, entonces no puede ser una ciencia distanciada sino una ciencia comprometida, y de este modo se estaría atacando el método del jurista neutral que propone el positivismo metodológico. En efecto, mientras que el positivismo metodológico define el derecho a partir de ciertos hechos y argumenta que aquella definición posibilita que el jurista pueda mantenerse en una posición aséptica a la hora de explicar el derecho, el neoconstitucionalismo pretende mostrar que el derecho está íntimamente relacionado con la moral y que por ello el jurista debe estar comprometido con la moral que aparece expresada en la Constitución. En este sentido, el neoconstitucionalismo revaloriza la importancia del punto de vista interno interpretado como punto de vista moral.⁴⁰

Desde el punto de vista metodológico, y buscando un camino para conciliar lo aparentemente inconciliable, habrá que preguntarse si, aun reconociendo que en la identificación del derecho válido intervienen los juicios de valor del observador normativo, dicho observador puede ser calificado como positivista; entonces será posible defender que este trabajo sigue las pautas del positivismo metodológico desde la consideración como derecho válido de todas aquellas normas que cumplan, por lo menos, con una de las finalidades expresadas en la Constitución por medio de sus principios y derechos.

39 Rojo Sanz, José María. “En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)”. *Anuario de filosofía del derecho*, 1986, p. 520.

40 Sobre punto de vista interno y externo del derecho, entre otros, véase Santiago Nino, Carlos. *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona, Ariel Derecho, 1994.

1.3. Marco teórico y su influencia en la delimitación del ámbito de investigación y en la determinación de los parámetros cuantitativos y cualitativos de análisis

1.3.1. *Conceptos de Constitución y metodología de la investigación*

Si hay algún punto en el que la doctrina concuerde es en la doble perspectiva, formal y material, desde la que ha de abordarse la Constitución. Incluso desde un enfoque funcional, ya Kelsen señaló que la función de la Constitución se encuentra integrada tanto por elementos formales como por elementos materiales,⁴¹ que, como se intentará demostrar en el siguiente apartado, no deben considerarse forzosamente contrapuestos sino más bien complementarios.

Por eso, la cuestión sobre qué es la Constitución no puede responderse de manera general y unívoca ya que, en primer lugar, hay que considerar que la normatividad de la Constitución vigente no es otra cosa que la de un orden histórico concreto, siendo que está llamada a regular una vida histórico-concreta, y por tanto “la única cuestión que cabe plantearse en la labor de exponer los rasgos básicos del constitucionalismo vigente es la relativa a la Constitución actual, individual y concreta”.⁴² Y, en segundo lugar, porque aunque se tome en consideración con una ‘Constitución actual, individual y concreta’ no puede recurrirse a un concepto consolidado o, cuando menos, mayoritariamente admitido, al no existir una opinión dominante al respecto.

Ilustrativo de este estado de cosas es el ‘planteamiento de la cuestión’ que Hesse realiza en el trabajo ‘Concepto y cualidad de la Constitución’.⁴³ En este trabajo, el autor reconoce que su punto de arranque se encuentra próximo a la idea de Smend, de la Constitución como un orden jurídico del proceso de integración estatal; idea esta que viene completada en coincidencia con aquello defendido por Heller, que ve en la norma fundamental un proceso de elaboración consciente, organizada y planificada. Esta concepción es además, próxima a la de Bäumlin, según la cual la Constitución es un ‘proyecto de comportamiento estabilizador’ que

41 Kelsen, Hans. *Lineamenti di teoria generale dello Stato*. Turín, Giappichelli, 2004, p. 152.

42 Hesse, Konrad. “Concepto y cualidad de la Constitución”. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid, CEC, 1983, p. 4.

43 *Ibid.*, p. 5.

necesita de una constante actualización bajo la idea de lo ‘recto’. Y comparte con Kāgi la idea de la Constitución como orden jurídico fundamental del Estado, abarcando con mayor intensidad los elementos de ‘dinamicidad’. Todo lo cual coincide sustancialmente con la Concepción de la Constitución de Ehmke, según el cual esta última tiene una función garantizadora del libre proceso de la vida política llevada a cabo por medio de la limitación y racionalización del poder. Y que, en fin, incorpora “en muchos aspectos las aportaciones de la moderna Teoría del Estado y de la Constitución”.⁴⁴

De otra parte, es sobradamente conocida en la doctrina española, la definición debida a García Pelayo, que explica los tres grandes conceptos de Constitución. En primer lugar, el concepto racional normativo, que concibe la Constitución como un sistema de normas en el que de una sola vez y de manera total y exhaustiva se establecen las normas fundamentales del Estado, se regulan sus órganos, sus competencias y las relaciones entre ellos.⁴⁵

En segundo lugar, el concepto histórico tradicional, para el que la Constitución no es producto de la razón sino una estructura que se configura como el resultado de una transformación histórica y, por tanto, singular en cada pueblo.⁴⁶

Y, finalmente, el concepto sociológico construido en función de la vigencia en virtud del cual la Constitución es una forma del ser y no del deber ser, no es el resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente: es fundamentalmente realidad y no norma.⁴⁷

Desde otra perspectiva, la Constitución se define como “la expresión inmediata, no elaborada jurídicamente, del deber ser profundo que mostrarían las estructuras históricas y sociales de la convivencia y por ello, también, el punto de referencia permanente con el que contrastar la efectividad existencial de las disposiciones jurídico-constitucionales”.⁴⁸

44 *Ibid.*, p. 7.

45 García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Alianza Editorial, 5.ª ed., 1999, pp. 34-41.

46 *Ibid.*, pp. 41-46.

47 *Ibid.*, pp. 46-53.

48 Jiménez Campo, Javier. “Contra la Constitución material”. *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Madrid, Tecnos, 1997, p. 42.

Así como, una representación de la Constitución que:

[...] aúne estrechamente en sí misma la sociedad y el Estado. La primera entendida como entidad dotada por sí misma de una propia estructura, en cuanto ordenada según un particular régimen en el que confluyen conjuntamente a un sistema de relaciones económicas otros elementos de índole cultural, religioso, etc. Que encuentra expresión en una determinada visión política, a saber, en un cierto modo de entender el bien común y que resulte sostenida por un conjunto de fuerzas colectivas que sean portadoras de su visión y consigan hacerla prevalecer dando vida a un verdadero orden fundamental.⁴⁹

Puede llegarse a la conclusión que la Constitución formal y material son ambas normativas, en el sentido de que las dos cumplen una función ordenadora de conformidad tanto con los ajustes del poder, como con las relaciones políticas y sociales que se establecen entre los individuos y grupos.⁵⁰

La diferencia existente entre una y otra está en su distinta normatividad. Por esto, contrariamente al sentido que en su origen adquieren estas dos nociones de Constitución, ellas no deben ser consideradas como opuestas sino como complementarias.

Así como, defendido por Santi Romano, la Constitución material es la fusión de las líneas de tensión entre lo fáctico y lo normativo que resultan en conjunto del mismo devenir constitucional sin que nadie haya buscado deliberadamente esta fusión;⁵¹ la fuerza normativa de la Constitución escrita está siempre sometida a la condición de un difundido y prevaleciente reconocimiento que puede realizarse tan solo si hay congruencia entre las exigencias de las esferas de las relaciones constitucionales materiales y los contenidos de la Constitución escrita.

Por todo ello, la posición más acertada para definir el *marco teórico* en que se mueve esta investigación, parece aquella que integra ambas posiciones. Y esto se identifica en aquella posición que, sin perder nunca de vista el carácter jurídico de la norma fundamental, postula una unidad material de ambas tendencias.⁵²

49 Mortati, Carlo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Padua, Cedam, 1975, p. 30.

50 Onida, Valerio. "La Costituzione e i principi fondamentali". *Manuale di Diritto Pubblico*. G. Amato, A. Barbera. Bologna, IlMulino, 1994, p. 87.

51 Romano, Santi. *L'Ordinamento Giuridico*. Bologna, Sansoni, 1977, p. 25.

52 Zagrebelsky, Gustavo. *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*. Turín, EGES, 1984, p. 28.

Al plano ‘formal’ o jurídico puede accederse mediante la lectura, estudio e interpretación de las normas vigentes, conforme surgen del propio texto constitucional; mientras al plano ‘material’, real o sociológico, inaccesible desde la simple lectura de las normas, solo puede accederse desde el análisis la realidad político-social y verificar el grado de efectiva vigencia del orden constitucional en la praxis política, judicial, profesional y ciudadana; implica una medición de la realidad sociopolítica para constatar el grado de observancia real de la Constitución. Aunque no se trata exactamente de la misma clasificación, vale la pena traer a colación la clásica distinción de Lasalle entre la Constitución ‘hoja de papel’ o mera ‘expresión escrita’ y la Constitución basada en los ‘factores reales de poder’ que son la “fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad”.⁵³

En esta línea, está claro que no es suficiente hablar desde el punto de vista teórico de la Constitución del Ecuador como una formalmente garantista,⁵⁴ esto es, de una Constitución cuyas normas pueden ser interpretadas como “una reacción humanista a los abusos del modelo constitucional autoritario y empresarial”⁵⁵ que se desarrollaron en Ecuador en las últimas tres décadas, sino habrá además que comprobar si este garantismo formal alcanza proyectarse al plano material, real o sociológico.

Además, si se considera que, como varios estudios han demostrado,⁵⁶ uno de los elementos que caracterizan el paradigma constitucional

53 Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Buenos Aires, Ed. Siglo Veinte, 1964, pp. 55, 63, 89.

54 Entre la extensa bibliografía del autor sobre este tema véase, por ejemplo, Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías jurisdiccionales: la exigibilidad de los derechos al buen vivir”. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, pp. 209-242.

55 Montaña Pinto, Juan y Patricio Pazmiño Freire. “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 1. Ed. Juan Montaña Pinto. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 35.

56 Grijalva, Agustín. “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitución”. Eds. Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito, Corporación Editorial Nacional/ Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, pp. 269-286; Storini, Claudia. “Las garantías constitucionales de los derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *La nueva constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Eds. Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini. Quito, Corporación Editorial Nacional/ Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, pp. 287-312; Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías jurisdiccionales: la exigibilidad de los derechos al buen vivir”. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Corte Constitucional

ecuatoriano es el fortalecimiento del papel de la función judicial y, por tanto, de los jueces constitucionales a la hora de ejercer sus competencias como garantes de los derechos,⁵⁷ resulta fácilmente comprensible la relevancia de una investigación cuya finalidad sea comprobar el grado de efectiva vigencia de este nuevo orden constitucional en la praxis política, judicial, profesional y ciudadana.

La investigación deberá por tanto estar dirigida a comprobar si —y hasta qué punto— este modelo ejemplar de garantías logra ser realmente efectivo y ello, desde el punto de vista conceptual, se traduce en que además de elaborar un diagnóstico ‘procesal’ desde el análisis ‘estático’ de las sentencias, habrá que entrar a evaluar la efectividad de la acción de protección, así como configurada por parte del constituyente, desarrollada por el legislador y, sobre todo, en relación con su aplicación por parte del poder judicial.

En este sentido, un estudio sobre el funcionamiento de la acción de protección desde el análisis de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia exige que sus resultados, más que proporcionar una simple fotografía del ‘estado’ de una garantía jurisdiccional, pueden arrojar profundos elementos analíticos sobre el funcionamiento práctico del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia. Ello sobre todo en consideración de que son los jueces, a través de sus sentencias, los actores principales para poner en práctica las garantías constitucionales.

Esta decisión implica empezar por el estudio de la naturaleza del modelo de ‘Estado constitucional de derechos y justicia’ y de la relación que, este último, guarda con el garantismo. Se trata de una opción mucho más compleja, pero sin duda más completa, coherente y sistemática, y, sobre todo, la única que permita alcanzar una conexión entre praxis y Teoría del Derecho Constitucional que debe considerarse insoslayable a la hora de dar contenido a instituciones constitucionales, tales como la acción de protección o, más en general, la justicia constitucional, dentro

para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, pp. 220 ss.; Montaña Pinto, Juan y Patricio Pazmiño Freire. “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 1. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 32.

57 Ver Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, *op. cit.*, pp. 38-39.

del Estado constitucional de derechos y justicia. Todo ello con el fin de aportar un pequeño grano de arena a la configuración teórica de las características esenciales de este ‘nuevo’ modelo de Estado cuya mayor calidad parece ser exactamente la superación del modelo de mero Estado constitucional o social de derecho.

Desde este punto de vista, y para cumplir con el objetivo hasta aquí descrito, hay que entrar a analizar los aspectos prácticos de la acción de protección a la luz de la finalidad que esta institución tiene dentro del contexto de las garantías constitucionales y a la luz del que podríamos definir como el renovado espíritu de la Constitución de 2008. De ello deriva la obligación de evidenciar que el contenido de la Constitución, leído sistemáticamente, demuestra una prevalencia de los derechos sobre cualquier posición de poder, lo que podría ser definido como un modelo ‘hipergarantista de los derechos constitucionales’ como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad en la función de protección de los derechos y garantías constitucionales.

Si esto es así entonces, en primer lugar, habrá que verificar si este parámetro es atendido o desatendido en la práctica, y ello deberá evaluarse tomando en consideración tanto el desarrollo constitucional llevado a cabo por el legislador, en este caso la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) así como la actuación de los órganos de garantías jurisdiccionales a la hora de darle aplicación.

En segundo lugar, habrá que intentar evaluar la divergencia o convergencia entre normatividad del modelo garantista previsto en la Constitución y nivel de efectividad de la garantía que claramente dependerá, por una parte, de la capacidad del legislador de desarrollar los objetivos constitucionales y, por otra, de la actuación de la Corte Constitucional y de los jueces con competencias constitucionales, cuyo margen de acción en este modelo es sin duda relevante.

Estas consideraciones demuestran la importancia de comprobar si el complejo sistema de protección de derechos puesto al alcance de los ciudadanos por el constituyente es o no efectivo, ya que solo a través de esta verificación se podrá determinar si el ‘garantismo’ constitucional que se proclama desde la doctrina —y que seguramente inspiró el poder constituyente— ha logrado llegar a su aplicación efectiva, porque la elaboración y plasmación de un modelo teóricamente garantista no asegura por

sí solo la realización de las finalidades de un ‘Estado de derechos’ puesto que su materialización reside también en la actuación de los operadores de justicia.

De este modo, habrá que distinguir siempre entre modelo constitucional formal y material, es decir, el que además de los elementos normativos toma en cuenta el funcionamiento efectivo del sistema y solo este tipo de análisis podrá dar cuenta del real nivel de garantismo que envuelve al sistema constitucional en su integridad.

1.3.2. Estado constitucional de derechos y acción de protección

Como ya se apuntó, algunos autores defienden que la actual Constitución del Ecuador representa en la historia del país un salto de paradigma constitucional, cuyo primer elemento que denota este salto se encuentra en el artículo primero; allí establece que Ecuador se constituye en un ‘Estado constitucional de derechos y justicia’.

Entre quienes se han dedicado al estudio de esta nueva forma de Estado, podemos mencionar a Ramiro Ávila Santamaría,⁵⁸ para quien dicho contenido y significado proviene de un desarrollo constitucional latinoamericano que él denomina *neoconstitucionalismo transformador*. Según este autor, esta definición pretende destacar las teorías jurídicas que ayudan a comprender e interpretar el contenido de la Constitución de Montecristi.⁵⁹ Por un lado, en la palabra ‘neoconstitucionalismo’ se recogen los elementos más innovadores del constitucionalismo europeo contemporáneo desarrollados desde mediados del siglo XX, que marca una distinción importante con el formalismo y positivismo jurídico. Por otro lado, con la palabra transformador “se pretende demostrar que hay

58 Ver al respecto Ávila Santamaría, Ramiro. “Caracterización de la Constitución de 2008: visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2009; también Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Abya-Yala/ Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.

59 Escudero, Jhoel. “Los nuevos saberes en el constitucionalismo ecuatoriano”. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, Inredh. Internet. http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=22&Itemid=34. Acceso: 11 octubre 2012.

avances propios del constitucionalismo andino [...] que son inéditos en el constitucionalismo contemporáneo”.⁶⁰

A ese respecto hay que evidenciar que el *neoconstitucionalismo* es una teoría del derecho (o bien se compone de una serie de acercamientos teóricos) que intenta explicar una nueva visión del derecho inherente al constitucionalismo del posguerra, o más bien al paso desde el Estado de derecho al Estado constitucional de derecho.⁶¹ De allí que, como apuntamos, el neoconstitucionalismo esté caracterizado, principalmente, por la determinación de que la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales no debe ser la misma que la de las normas legales; así como por defender un concepto de constitución ‘invasora’ cuya centralidad debe orientar todo el resto del ordenamiento.

Frente a esta realidad, y coincidiendo con cuanto es defendido por Roberto Viciano y Rubén Martínez,⁶² aunque el neoconstitucionalismo esté a la base del nuevo constitucionalismo latinoamericano, este último, además de resaltar la dimensión jurídica de la Constitución, dirige su atención, por una parte, a la legitimidad democrática de la Constitución y, por otra, a la perfección del reconocimiento y garantía de los derechos. Es así que, ante la debilidad del ‘viejo constitucionalismo’ para resolver los problemas de la sociedad, las Constituciones y, en este caso, la del Ecuador, propone un nuevo modelo de Estado un *Estado constitucional de derechos y justicia*. No obstante, ¿cuáles son las características de este nuevo modelo?

En primer lugar, y en relación con lo que concierne el Estado constitucional, baste aquí remitir a las características del mismo evidenciadas con anterioridad.

Respecto del Estado de derechos, y siguiendo la doctrina puede afirmarse que solo una lectura superficial de la Constitución podría llevar a no comprender su significado, que puede ser así reasumido:

60 Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, op. cit., pp. 15-16.

61 Véase, en este sentido, Viciano, Roberto y Rubén Martínez. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Política, justicia y Constitución*. Ed. Luis Fernando Ávila Linzán. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, Quito, 2011, p. 212.

62 *Ibíd.*, pp. 211 ss.

[...] los derechos son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales.⁶³

Todavía en relación con el Estado de derechos, la doctrina defiende que “el fin del estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos”. Esto es el resultado de constituir la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley.⁶⁴

Esta construcción no se aleja demasiado de cuanto se ha defendido en Europa en relación con el constitucionalismo de la segunda posguerra, respecto del cual se afirma que “aunque no siempre con un significado perfectamente coincidente, es indudable que en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta tal punto es así que, para establecer una diferencia con el ‘Estado de derecho’ decimonónico, hoy se habla a veces de Estado de derechos”. (Énfasis añadido.)⁶⁵

Estas afirmaciones conllevan, tal como expone Ávila, diferentes consecuencias, la primera de estas es considerar que el ‘estado está sometido a los derechos’ y enumera un listado de supuestos constitucionales que se resumen en los siguientes:

1. Es deber primordial del estado garantizar el efectivo goce de los derechos [art. 3. (1)]; 2. El más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos [art. 11. (9)]; 3. La participación en todo asunto de interés público es un derecho [art. 95]; 4. La Asamblea Nacional y todo órgano en potestad normativa no pueden atentar contra los derechos [art. 84]; 5. La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo [art. 141], garantizan los derechos [art. 85]; 6. Los jueces y juezas administran justicia con sujeción a los derechos [art. 172]; 7. La función de transparencia y control social protegerá el

63 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 122.

64 *Ibid.*, p. 136.

65 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, *op. cit.*, p. 65.

ejercicio y cumplimiento de los derechos [art. 204]; 8. La función electoral garantiza los derechos de participación política [art. 204]. [...] “Toda función del estado, en suma, está vinculada y sometida a los derechos. Podríamos seguir con la enumeración y afirmar que esta relación de sometimiento a los derechos se repite en la administración pública [art. 226], en el modelo de desarrollo [art. 275], en el sistema económico [art. 233], en la deuda externa [art. 290 (2)], en la formulación del presupuesto del estado [art. 298], en el sistema financiero [art. 358], en los sectores estratégicos, en la inversión [art. 339], en la producción [art. 319].⁶⁶

Asumiendo los planteamientos antes expuestos puede afirmarse que un Estado de derechos es aquel Estado en el que las garantías de los mismos deben ser consideradas como elemento primordial a la hora de interpretar y desarrollar cualquier norma constitucional. En este sentido, las garantías de los derechos deberán ser el parámetro a través del cual se aplique la Constitución y se resuelvan las controversias entre ciudadanos, entre los diferentes poderes del Estado y entre este último y los ciudadanos. En este sentido, hablar de Estado de derechos significa aplicar e interpretar la Constitución y todas sus instituciones, reglas y principios a la luz de los derechos en ella garantizados.

Todo lo hasta aquí sostenido (y dejando al margen los alcances del significado del ‘Estado de justicia’, que aquí no serán tratados en tanto que la determinación de los mismos no tiene incidencia en la opciones metodológicas que esta parte del trabajo intenta justificar) permite afirmar que el contenido del artículo 1 de la Constitución no debe ser entendido como una mera declaración, sino como una norma que al definir el Estado como ‘constitucional de derechos’, está configurando su principal finalidad y que justifica su organización y existencia en la protección de los derechos. Así, tanto la parte dogmática como la orgánica de la Constitución deben ser interpretadas según esta primordial finalidad con la cual, sin duda, la acción de protección cumple de manera específica y relevante.

La relevancia de las garantías constitucionales dentro del Estado constitucional de derechos ha sido ampliamente tratada en doctrina;⁶⁷ sin

66 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, pp. 139-140.

67 *Ibid.*, p. 122; también del mismo autor *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional de Ecuador/ CEDEC, 2011.

embargo, lo que aquí interesa evidenciar es que en razón de su naturaleza hay que considerar la acción de protección como el instrumento primordial de cumplimiento de esta finalidad garantista del Estado.

Como es conocido, en la Constitución ecuatoriana de 1998, las acciones cautelares en garantías de los derechos se configuraban como excepcionales ya que solo procedían al producirse una vulneración o amenaza de vulneración de derechos causante de un daño grave e inminente, es decir, que el daño para la procedencia de la acción debía ser calificado grave e inminente.⁶⁸ En todos los demás casos, se debía seguir la acción ordinaria que declararía la violación del derecho y su reparación.

En la Constitución de 2008 esta acción cambia su naturaleza en tanto que podrá interponerse cuando se trate de evitar una vulneración de derechos, acción preventiva, o cuando debe detenerse el cometido de una violación de derechos, sin importar en ningún caso la gravedad.⁶⁹

Además, la configuración constitucional de estas acciones de protección introduce una lógica que rompe completamente con aquella de la Constitución de 1998 y ello en relación con la ubicación de estos recursos en el sistema jurisdiccional configurado, como es sabido, por una jurisdicción ordinaria y una constitucional.⁷⁰ Lo que se quiere decir es que las diferentes acciones previstas por la Constitución se configuran como procedimientos ordinarios y no constitucionales, la Corte Constitucional se queda al margen de estos recursos, cuya especialidad no radica en que el juez en estos casos, y solo en ellos, ejerce un control de constitucionalidad ya que todos los jueces como cualquier otro servidor público tienen la obligación de aplicar y controlar el respeto de la constitución. La especialidad de estas acciones encuentra su fundamento en razón de la relevancia del bien protegido; esta relevancia es exactamente la que justifica la previsión de un

68 Acerca de la definición que el Tribunal ha elaborado de estos requisitos, véase Oyarte Martínez, Rafael. *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2.^a ed., 2006, pp. 124 ss.

69 Sobre el punto véase, Montaña Pinto, Juan. “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 104.

70 Se elimina la posibilidad de recurrir a la resolución del juez ante el Tribunal Constitucional y se prevé que “la sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte provincial”. Véase el artículo 86, Constitución de la República del Ecuador (CRE).

procedimiento especial que se caracteriza por ser rápido, sencillo, eficaz y con específicas consecuencias jurídicas.

La Constitución confía particularmente a la Función Judicial la defensa de todos los derechos. Se trata de una defensa perfectamente garantizada, pues se atribuye a quien tiene encomendado el ejercicio de la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, la competencia para asegurar la indemnidad del ordenamiento mediante la fiscalización del proceder de sus órganos, de manera que no puedan imputarse al Estado las normas, los actos o las conductas que, sometidos al control de la jurisdicción, no obtengan un pronunciamiento (relativamente) irrevocable de conformidad.

La defensa se confía, por tanto, a quien mejor puede dispensarla, tanto por la extensión de sus facultades de control como por las características propias de sus pronunciamientos. Además, la atribución de la competencia para tutelar derechos se lleva a cabo configurándola, a su vez, como un derecho de los titulares, el derecho que habilita a ‘todas las personas’ para “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.⁷¹

Se ha previsto, por tanto, un procedimiento específico de garantía de los derechos por parte de los jueces y tribunales, desdoblado orgánicamente la protección de los derechos fundamentales, que son todos, y confiando su defensa en primera instancia a la Función Judicial con competencia constitucional y solo residualmente al órgano constitucional.

La garantía brindada por la Constitución mediante la acción de protección debe cumplir, además, con un requisito específico establecido en el artículo 88 ya que esta “tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”. No se trata, por tanto, de cualquier garantía sino de una garantía eficaz.

En este sentido, y para cumplir con el objetivo hasta aquí descrito, habrá que entrar a analizar el funcionamiento de la acción de protección a la luz de la finalidad que esta institución tiene dentro del contexto de las garantías constitucionales, lo cual se traduce en la obligación metodológica

71 Artículo 75, CRE.

de buscar parámetros de análisis capaces de medir la eficacia que dicha acción tiene en tanto que instrumento primordial de cumplimiento de la finalidad garantista del Estado.

1.3.3. *Qué debe entenderse por eficacia, efectividad y eficiencia de la acción de protección*

En el lenguaje común, como en el lenguaje técnico de los juristas, el término eficacia no tiene una utilización unívoca. Por una parte, parece que puede hablarse indistintamente de eficacia, efectividad y eficiencia, mientras que, por otra, se utilizan estos términos conjuntamente atribuyendo a cada uno con significaciones distintas tanto que Hart se refiere a este problema como un ‘ambiguo y equívoco tema de la obediencia al derecho’.⁷²

Esa es la razón por la que hay que considerar como prioritario explicar y determinar cuál es la significación que, dentro de esta investigación, se le va a otorgar a estos términos.⁷³

Según el diccionario de la lengua española: *Eficacia* equivale a: ‘Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera’. Entre tanto, *efectividad*: ‘Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera’, además de ‘Realidad, validez’. Y *eficiencia*: ‘Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado’.

Como puede comprobarse, según el citado diccionario los términos eficacia y efectividad tienen *prima facie* un idéntico significado, aunque al término efectividad se le añada él de ‘validez’, lo cual, desde un principio da razón y tal vez explica, por lo menos en el ámbito jurídico, la heterogénea utilización de estos términos. Ello porque en las ciencias jurídicas no es lo mismo hablar de efectividad como sinónimo de eficacia, que hablar de la efectividad como sinónimo de validez.⁷⁴

72 Adolphus Hart, Herbert Lionel. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1992, p. 143.

73 En este sentido, véase la recomendación de Capella acerca de evitar la confusión entre estos conceptos en Ramón Capella, Juan. *El derecho como lenguaje*. Barcelona, Ariel, 1968, p. 104.

74 Sobre los diferentes significados del término validez en relación con las normas jurídicas, véase, entre otros, Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho* (1958 y 1960). Trad. castellana de

Por otra parte, el término eficiencia se refiere a la capacidad de contar con algo o alguien para obtener un determinado resultado. La eficiencia, por tanto, viene a depender de una determinada utilización de los medios disponibles para llegar a una meta preestablecida. Se trata de la capacidad de alcanzar un determinado objetivo en el menor tiempo posible y con una utilización mínima de los recursos, lo que supone una optimización y por tanto habrá eficiencia tan solo cuando se conseguirá el resultado optimizando los recursos disponibles.

En economía 'eficiencia' es utilizada en el campo teórico para comparar sistemas de distribución de recursos, bienes y servicios y políticas económicas. Así, por ejemplo, se afirma que tal sistema es más eficiente que otro para asignar recursos, bienes y servicios, o que tal política es más eficiente que otra para la consecución de algún objetivo. La eficiencia se relaciona con la forma en la que se aprovechan los recursos. Un sistema que favorece el desaprovechamiento de los recursos es ineficiente.

Se habla de la eficiencia de Pareto, también conocido como óptimo de Pareto para referirse al Estado que se alcanza cuando resulta imposible mejorar la situación del componente de un sistema sin atentar contra otros.

Simplificando el análisis paretiano, puede decirse que en todo sistema de asignación de recursos existe un punto óptimo en el cual ninguna persona puede mejorar sin que otra empeore.⁷⁵ Esa posición es un 'óptimo de Pareto'. Este término toma como referencia los recursos de los que se dispone (humanos, tecnológicos, financieros, físicos, etc.) para conseguir algo, la forma en la que se utilizan y los resultados que se consiguen, cuanto mejor hayan sido aprovechados esos recursos mayor será la eficiencia en conseguimiento de la meta preestablecida.

Eduardo Rozo Acuña. Madrid, Debate, 1991; Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. México, UNAM, 1986 (trad. de la 2.ª ed. en alemán de 1960); Raz, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1979; Peces-Barba, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid, Debate, 1983; Alchourrón, Carlo E. y Eugenio Bulygin. "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales". Buenos Aires, Editorial Astrea, 4.ª reimp., 2002; De Lucas, Javier, coord. *Introducción a la teoría del derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 3.ª ed., 1997; Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994 (Edición original de 1953); Reale, Miguel. *Introducción al derecho*. Madrid, Pirámide, 1988; Soriano, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*. Barcelona, Ariel, 1993; Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Trota, 2005.

75 Pareto, Vilfredo. *Manuale di Economia Politica*. Pordenone, Edizioni Studio Tesi, 1994.

Desde la ciencia del ‘Management’, Peter Drucker se refiere a los significados que suelen atribuirse a ambos términos en la teoría económica, recordando que, para la doctrina, eficiencia significa la superación del nivel actual de rendimiento concentrando la atención en los costos, y efectividad implica el rendimiento óptimo.⁷⁶ Según Koontz y Wehrich, la eficiencia consiste en el logro de aquellas metas que se ha propuesto una empresa utilizando para ello la menor cantidad posible de recursos.⁷⁷ Por su parte, Robbins y Coulter, defienden que eficiencia hace referencia a la consecución de resultados invirtiendo la mínima cantidad posible en ella;⁷⁸ mientras que Reinaldo O. Da Silva se inclina por un significado de eficiencia que implica operar de una determinada forma en la cual todos los recursos se utilicen de la manera más adecuada posible.⁷⁹

Este somero análisis evidencia que sería un error utilizar indistintamente los términos eficiencia y eficacia, ya que el concepto de eficiencia implica una relación positiva entre el uso de los recursos y los resultados conseguidos, en cambio el de eficacia se refiere al nivel de objetivos conseguidos en un determinado plazo, es decir a la capacidad para conseguir aquello que un grupo se propone; por tanto, ser eficaz es simplemente alcanzar la meta estipulada, sin que el nivel de recursos empleados, la optimización o no de los mismos, tenga alguna importancia.

Esto, obviamente significa que se puede ser eficiente sin ser eficaz y viceversa, pero si se reúnen ambos requisitos, estaríamos ante la realización ideal de un proyecto.

En el ámbito del derecho, los conceptos de eficacia, efectividad y eficiencia de las normas normalmente hacen referencia a los efectos y consecuencias de la aplicación de la mismas, es decir, a la conexión entre ordenamiento jurídico y realidad social, relación que ha llevado a Elster a calificar estos conceptos como ‘cemento de la sociedad’,⁸⁰ lo que anticipa

76 Drucker, Peter F. *Management: Tasks, responsibilities, practices*. New York, Harper&Row, 1974.

77 Koontz, Harold y Heinz Wehrich. “Introducción y fundamentos de la teoría y práctica de la administración global”. *Administración, una perspectiva global*. Barcelona, Editorial McGraw-Hill, 11.ª ed., 1999, pp. 6-15.

78 Robbins, Stephen P. and Mary Coulter. *Administración*. México, D.F., Pearson Educación, 10.ª ed., 2010.

79 Da Silva, Reinaldo O. *Teorías de la administración*. México, Editorial Thomson, 2002.

80 Elster, Jon. *El cemento de la sociedad: las paradojas del orden social*. Barcelona, Gedisa, 1991.

la idea de su relevancia epistemológico-práctica, fundada, en diversas razones. Dicha relevancia obliga, como se apuntó, a evitar la confusión, problema corriente, entre los términos eficacia y efectividad y, en menor medida aunque también presente, entre efectividad y eficiencia.

En algunos casos, en la utilización teórica de estos conceptos, se suele identificar, tanto a la eficacia como a la efectividad con la aplicación real de las normas por los órganos competentes y su cumplimiento por parte de los destinatarios. En general, según este sentido la eficacia hace referencia a los efectos de las normas, es decir, a la puesta en práctica de las mismas. Según esta acepción, el derecho será eficaz si consigue dirigir el comportamiento humano.

Para Kelsen, por ejemplo, la efectividad de una norma viene a depender de dos factores, el primero consiste en que las personas sometidas a la norma realicen lo que la norma dispone, esto es que adopten la conducta que evita la sanción y, el segundo, consiste en que la norma sea aplicada por los tribunales.⁸¹ Esta definición es ampliada al considerar que respecto del primer factor, más que de conducta dirigida a evitar la sanción, debería hablarse de una observación espontánea de la norma por parte de la sociedad, y de una conformidad de los comportamientos de los individuos con ella; y, en relación con el segundo factor, no debería hacerse referencia solo a los tribunales sino, más en general, habría que hablar de los órganos de aplicación del derecho.⁸²

Otros autores identifican la eficacia con el logro de los propósitos perseguidos por el legislador y la efectividad con el reconocimiento real de la norma como tal por parte de sus destinatarios y su real aplicación; según esta interpretación, la efectividad podrá ser evaluada en relación con dos factores: en primer lugar, que los destinatarios adopten las conductas que la norma dispone (la espontánea absorción de la norma por la vida social) y, en segundo lugar, que la norma sea aplicada por los jueces y demás órganos del Estado.⁸³ Según estos autores, para evaluar la eficacia de las

81 Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Trad. Eduardo García Máynez. México, D. F., UNAM, 1995, pp. 30 ss.

82 Díez-Picazo, Luis y Ponce de León. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Ariel, 3.^a ed., 1993, p. 207.

83 *Ibid.*, p. 206; ver también Capella, Juan R. *El derecho como lenguaje*. Barcelona, Ariel, 1968, pp. 104 ss.

normas jurídicas deberá responderse a la pregunta acerca de si se han logrado o no los resultados buscados por quienes las legislaron, la *ratio legis* o los fines del legislador; mientras la efectividad puede evaluarse tomando en cuenta la relación de conformidad o no contrariedad con las normas, de las situaciones, los actos o los comportamientos que se sustancien o tengan lugar en su ámbito de aplicación, independientemente de los resultados concretos y demás consecuencias de su eventual observancia, es decir, la conformidad entre normatividad y realidad social.⁸⁴

Sin embargo, esta misma significación es otorgada por otros autores a la efectividad, que vendría a ser según esta concepción un instrumento para analizar las consecuencias de la aplicación de la norma para contrastarla con la voluntad del legislador, es decir, con los objetivos de política legislativa que determinaron su producción.⁸⁵

El concepto de eficiencia, aunque teniendo un contenido prevalentemente económico, ha sido utilizado también en la ciencia jurídica a partir de la idea de que los criterios de eficiencia son criterios fundamentales a la hora de diseñar las reglas del juego de una sociedad.⁸⁶ En este sentido, se ha defendido que “las leyes deben ser efectivas y eficaces. La función de las leyes no es la de declarar simplemente principios morales o de justicia; las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden, en ese caso, son efectivas [...]” Cuando se habla de eficacia se hace referencia a si la norma es obedecida y/o aplicada.

Una norma puede ser eficaz —es decir, obedecida— y, sin embargo, no alcanzar el objetivo que pretendía. “En este caso la norma está mal diseñada porque es eficaz pero inefectiva [...]. Una norma es efectiva si consigue el objetivo que pretende. Una norma es eficiente si consigue este objetivo con el mínimo coste posible”.⁸⁷

Siguiendo otro tipo de orientación, Prieto Sanchís distingue entre eficacia de las normas desde tres puntos de vista: jurídico-dogmático, político y sociológico.⁸⁸

84 Jeammaud, Antoine. “Legislación y realidad de la negociación: apuntes para el análisis de sus relaciones”. *La negociación colectiva en América Latina*. Eds. Antonio Ojeda Avilés y Oscar Ermida Uriarte. Madrid, Trotta, 1993, pp. 15-16.

85 Calvo García, Manuel. *Teoría del derecho*. Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 2004, p. 60.

86 Calsamiglia, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. México, Fontamara, 1997, p. 60.

87 *Ibid.*, pp. 62-66.

88 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Trotta, 2005, pp. 83 ss.

Eficacia, desde el punto de vista jurídico-dogmático implica: “cuando se habla de eficacia de los actos o de las normas se alude a los efectos o consecuencias que los mismos presentan de acuerdo con las previsiones establecidas por el propio ordenamiento para este tipo de actos o normas”. También, es la “fuerza o capacidad para producir efectos jurídicos” (idoneidad) concepto muy cercano a la validez; toda norma válida es eficaz en sentido jurídico aunque no toda norma eficaz sea necesariamente válida (leyes inconstitucionales no anuladas).⁸⁹ Esta cercanía de los dos conceptos parece demostrar cuando se afirmó anteriormente en relación con el significado que se le atribuya por el diccionario al término efectividad, es decir, si eficacia tiene el mismo significado de efectividad, y efectividad también significa validez, puede cometerse el error de hacer coincidir eficacia con validez.

En ese sentido podemos hablar de eficacia material, temporal, personal, espacial.

Eficacia en sentido político: realización de las finalidades u objetivos sociales o políticos para los que fueron establecidas esas normas. Se trata de ver a la norma como instrumento idóneo para alcanzar unos determinados fines.⁹⁰ El actual modelo de Estado de derecho propone una serie de fines u objetivos que deben ser perseguidos por las normas inferiores.

Las normas a veces se muestran como instrumentos idóneos para alcanzar estos fines, entonces, se considerarán eficaces pero en otras ocasiones el legislador no acierta y la norma no produce los efectos esperados (problema de la identificación de las finalidades que persigue la norma).

La importancia de este enfoque de la efectividad en que el modelo Constitucional propone una serie de fines u objetivos que deben ser perseguidos por las normas inferiores; es decir, las normas inferiores son una necesidad para la efectividad de la Constitución.

Respecto del hecho de que estas normas resulten eficaces para alcanzar los objetivos debe considerarse, por tanto, un criterio fundamental para poder medir el grado de cumplimiento de la constitución.⁹¹

89 Según Prieto Sanchís “esta vecindad entre los dos conceptos validez y eficacia jurídica se acredita en el hecho de que los ámbitos de la eficacia de las normas suelen denominarse —creo que impropia— ámbitos de validez”, *op. cit.*, p. 84.

90 Es necesario saber cuál es la finalidad que persigue la norma.

91 Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 86.

Respecto del sentido sociológico, este alude a un grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios; este sentido es idéntico al que se describió a la hora de hablar de la ‘efectividad de la norma’ según autores como Kelsen o Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Lo que parece importante poner en evidencia es que cuando Prieto Sanchís se refiere a la ‘eficacia como resultado’ y ‘como cumplimiento’ afirma que si se habla de eficacia del derecho, queriendo aludir a los resultados sociales o políticos que se persiguen a través de las normas, se está evidentemente utilizando una concepción instrumental o finalista del ordenamiento jurídico que debería estar al servicio de determinados fines constitucionales. El juicio de eficacia según este autor deberá basarse “en un análisis de hecho que interesa en particular a la política jurídica, esto es, al estudio y diseño de las instituciones para que mediante un cálculo de utilidad, estas alcancen los mejores resultados con los menores costes o sacrificios” equiparando de esta manera el concepto de eficacia al de eficiencia.

Más allá de ello, lo que parece relevante para esta investigación es que una vez establecidos los objetivos de un ordenamiento jurídico o de una determinada parte de ello, la mayor o menor eficacia de las normas deberá ser medida en función de su grado de contribución a la realización de dicho objetivo; en palabras del autor “si el conjunto de reglas procesales han de orientarse a la tutela de los derechos o, como suele decirse, a la realización de la justicia, su eficacia dependerá de la medida en que efectivamente lo logren”.⁹²

Además de ello, este autor introduce una diferenciación entre objetivos externos e internos; siendo los externos aquellos a disposición del legislador elaborados de acuerdo con su programa político y los internos aquellos que no resultan disponibles para este último ya que aparecen expresamente consagrados en la Constitución. De allí es posible identificar una norma fin (Constitución) y una norma instrumento (ley, reglamento, etc.) y la eficacia puede depender de ambas, esto significa que ya no se trata solo de establecer si la norma constitucional es idónea para alcanzar un fin, sino de “si es capaz de imponerse en la realidad, si es capaz de asegurar que las demás normas (instrumento) satisfagan o realicen lo que manda”.⁹³

92 *Ibid.*, p. 87.

93 *Ibid.*, p. 88.

De allí los dos conceptos de eficacia antes mencionados: la eficacia como resultado predicable de las normas instrumento y la eficacia como cumplimiento predicable de la norma constitucional.

Las referencias doctrinales sumariamente analizadas hasta aquí permiten identificar los diferentes contenidos conceptuales de los términos analizados y tomar al respecto una postura que, desde el punto de vista metodológico, nos servirá de guía para el posterior desarrollo de la investigación.

En ese sentido, evaluar el funcionamiento de la acción de protección significará evaluar su *eficacia*, *efectividad* y *eficiencia*; es decir:

- a) Se deberá evaluar la idoneidad de las normas (constitucionales y legales) para alcanzar el fin propuesto (*eficacia*).
- b) La capacidad de las normas 'instrumento' de conseguir el objetivo pretendido, es decir el grado de aplicación real de las normas por los órganos competentes y su cumplimiento por parte de los destinatarios (*efectividad*).
- c) Si los medios para conseguir estos objetivos son adecuados y si se consiguen con el mínimo costo posible (*eficiencia*).

1.3.4. *La efectividad como principio rector de la tutela jurisdiccional de los derechos*

Una vez establecido que la *efectividad* puede evaluarse en relación al reconocimiento de la norma por sus destinatarios, sean personas privadas o autoridades públicas, dicha efectividad será condición necesaria pero no suficiente para establecer *eficacia*: una norma no efectiva siempre es ineficaz en tanto que no logra alcanzar los fines para los cuales fue elaborada; sin embargo, una norma aunque se cumpla por sus destinatarios puede resultar ineficaz al no lograr los fines que la autoridad que la diseñó quería alcanzar.

En ese sentido, en un Estado constitucional siempre existirá un grado de ineficacia de las normas, ya que es imposible la plena realización de todos los fines constitucionales. Esta ineficacia podrá ser mayor o menor, será mayor en aquellos ordenamientos donde podríamos definir como estructural el incumplimiento de las normas constitucionales. Pero aún en un ordenamiento constitucional casi perfecto, seguirá existiendo

siempre una separación entre normatividad constitucional y facticidad, dando pie a “un margen acaso estrecho pero irreductible de ilegitimidad del poder”.⁹⁴

Así, los progresos de un ordenamiento constitucional no dependerán tanto de la creación de nuevas o más desarrolladas normas constitucionales, sino más bien de la previsión de garantías eficaces y efectivas, esto es de garantías capaces de tutelar y hacer real el goce de los derechos constitucionales.

A diferencia del absolutismo, que consideraba el Estado como un fin en sí mismo, el constitucionalismo parte del presupuesto que se trata de un simple instrumento para alcanzar un fin determinado que es la garantía de los derechos constitucionalmente garantizados, es decir, “el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola”.⁹⁵

En ese sentido, el artículo 3, numeral 1 de la Constitución ecuatoriana establece que: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”. Y el artículo 11, numeral 9:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarias, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a

94 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Trotta, 2001, p. 867.

95 *Ibid.*, p. 881.

la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en el artículo 23 establece:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocando indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

La protección de los derechos fundamentales que debe garantizar el Estado, según estas normas, no es cualquier protección. Se trata de una *tutela efectiva*, esto es, una protección que garantice que en la práctica los derechos sean respetados por todos. Ante ello puede afirmarse que la Constitución prevé un *principio de efectividad*, por medio del cual podrán ser evaluados los actos de protección de los derechos y, en su caso, juzgados no tanto desde la óptica de la validez procedimental o sustancial, sino desde la perspectiva de su capacidad de asegurar o no en la realidad la garantía integral de los derechos.

La importancia de la efectividad en la tutela judicial de los derechos como finalidad del constituyente resulta evidente desde un simple análisis sistemático de los artículos relacionados con las garantías jurisdiccionales de los derechos.

Por lo que respecta al legislador, el mandato de efectividad consagrado en la Constitución se traduce en la obligación de que al regular la organización y funcionamiento de los Tribunales, deberá considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría llegar a ser considerada “contraria a la Constitución una regulación que se despreocupase de la efectividad de la tutela”.⁹⁶

También los órganos jurisdiccionales están vinculados por este mandato, en tanto que todo juez tiene la obligación de velar por la efectividad de la tutela judicial, y esta obligación, como se verá, no implica solo el respeto de las garantías procesales, sino también el respeto de un elemento material, es decir que implica la exigencia de la obediencia de los jueces a los parámetros de una interpretación razonable del ordenamiento jurídico.⁹⁷

Además, la efectividad (y también en caso la eficiencia) debe configurarse como principio rector del procedimiento administrativo, lo cual implica la obligación del aparato administrativo jurisdiccional de cumplir con dicho principio.

La aplicación de este mandato de efectividad implica, por tanto, que los procesos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales deben ser desarrollados de la manera más efectiva y adecuada posible. En este sentido, la garantía constitucional es expresión del principio de la protección efectiva de los derechos, por tanto, el recurso a la justicia tiene que ser siempre un recurso efectivo como establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como es conocido, la Convención Americana establece el derecho a una garantía judicial específica, destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos. Derecho consagrado en el artículo 25 de este instrumento internacional que establece la necesidad de contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la

96 Chamorro Bernal, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona, J. M. Bosch, 1994, p. 280.

97 Darci Guimarães, Ribeiro. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona, J. M. Bosch, 2004, p. 223.

vulneración de derechos fundamentales. La Convención Americana, en primer lugar, establece una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, principalmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de ‘derechos fundamentales’ contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; en segundo lugar demanda que el recurso sea efectivo; en tercer lugar, obliga al Estado a garantizar que el recurso será considerado; en cuarto lugar, establece que el recurso debe poder dirigirse contra actos cometidos por autoridades públicas y contra actos cometidos por sujetos privados; en quinto lugar, compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial y establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

La efectividad del recurso conlleva entonces, por lo menos, el acceso a la justicia, igualdad ante la justicia, celeridad, sencillez, ampliación de la legitimación procesal activa, razonabilidad del proceso, eficacia de la sentencia, y el principio de la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

En ese sentido, el estudio del funcionamiento de la acción de protección tendrá que ser dirigido a evaluar además de la idoneidad de las normas (constitucionales y legales) para alcanzar el fin propuesto (*eficacia*), el grado de aplicación real de las normas por los órganos competentes, es decir, su *efectividad* en relación con el cumplimiento de los derechos que configuran el concepto de tutela judicial efectiva.

1.3.5. Eficacia y efectividad en el cumplimiento de la tutela judicial

La efectividad es crucial a la hora de la protección urgente y sumaria de los derechos a través de medidas jurisdiccionales tales como la acción de protección.

Para poder medir la eficacia y la efectividad de la acción de protección habrá, por tanto, que entrar a analizar los elementos que configuran el derecho a la tutela judicial efectiva, y que será estos elementos que deberán ser tomado en consideración como parámetros del estudio cuantitativo y cualitativo que servirá de base para la apreciación del cumplimiento por parte de la acción de protección de las finalidades a ella encargadas por el constituyente.

La doctrina coincide en admitir que la fuente del concepto de debido proceso, aunque no de la expresión *due process of law*, es la *Magna Charta libertatum* concedida en 1215 por el Rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra.⁹⁸

El artículo 39 de la Carta establecía que:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.⁹⁹

Algunos siglos después, el *due process of law* fue reconocido en las primeras Constituciones norteamericanas y expresamente proclamado en la quinta y decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, respectivamente en el 1791 y en 1868.¹⁰⁰

Circunstancias heterogéneas, reconducibles concepciones, lugares y tiempos diferentes, han provocado que el debido proceso se identifique en los diferentes ordenamientos con varias locuciones no siempre coincidentes

98 Solo con la concesión de la Carta por parte de Eduardo III en 1354 aparece la expresión *due process of law*.

99 Artículo 39. “Nullusliber homo capiatur, velimprisonetur, autdisseisiatur, aututlagetur, autexuletur, autaliquo modo destruat, necsuper cum ibimus, necsuper cum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre”, en Breay, Claire. *Magna Carta. Manuscripts and Myths*. Londres, British Library Publishing, 2002.

100 Enmienda V: “Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial [*due process of law*]; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa”. Enmienda XIV. Sección 1: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal [*due process of law*]; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes”. Sobre los diferentes contenidos de estas dos enmiendas, ver Gozáin, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal constitucional: el debido proceso*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2004, p. 18.

entre sí, de este modo, por ejemplo, el debido proceso se identifica o asimila a la garantía de defensa en juicio, debido procedimiento de derecho, garantía de audiencia, debido proceso formal, derecho de contradicción, debido proceso, juicio justo y proceso justo.

A este respecto, Carocca defiende que ‘debido proceso’ o ‘proceso con todas las garantías’ son las traducciones más difundidas del término *due process of law*. Mientras sería incorrecta aquella de ‘procedimiento debido’ o ‘justo procedimiento’ ya que ambas designan las formas a través de las que se tramita el proceso, formas que en inglés se identifican con el término *procedure* y no con *proceso*.¹⁰¹ Al contrario, Vigoriti defiende que la traducción más adecuada es la de ‘juicio justo’, considerando que el término ‘due’, en el que recae la fuerza de la expresión:

[...] es una apelación a la conciencia del hombre, a una justicia superior fundada sobre la naturaleza y sobre la razón [...] no puede traducirse con adjetivos como ‘regular’ o ‘correcto’, que manifiestan solo una exigencia de legalidad que no agota el contenido de la garantía, por lo que debería ser traducido con el término ‘justo’, el único que puede dar cuenta con eficacia del contenido ético de la expresión ‘due’ [...]. Sin embargo, debemos reconocer que la expresión ‘debido proceso’, en el sentido de ‘justo’ y no de ‘correcto’, poco a poco se ha ido imponiendo [...]. En cambio, las locuciones ‘juicio justo’ y ‘juicio equitativo’ parecen haberse generalizado para designar esta garantía en la aplicación del Convenio Europeo de los Derechos Humanos [...].¹⁰²

Sin duda alguna, la expresión debido proceso es la que hoy se utiliza de manera generalizada tanto por la doctrina como por las fuentes normativas.

No obstante, queda a solucionar el problema de la relación entre derecho al debido proceso y derecho a la tutela judicial efectiva.

González Álvarez acertadamente afirma que:

[...] se advierten serendipias en todos los ámbitos de la ciencia, descubrimientos muy conocidos como la ley de la gravedad, el continente americano, la pila eléctrica, la aspirina, los rayos X y muchos otros dan cuenta de ello. El

101 Carocca Pérez, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona, Bosch, 1998, pp. 160-161.

102 Vigoriti, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milán, Giuffrè, 1973, pp. 64 ss.

derecho no escapa de esta circunstancia, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la casualidad de una auténtica *serendipia* procesal porque nació en el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978 cuando queriéndose legislar el ‘derecho al acceso a los tribunales *para* la tutela’ se terminó, por casualidad, regulando el «derecho a la tutela judicial» sobre el que el Tribunal Constitucional español fue ‘descubriendo’ los derechos de acción y al debido proceso como su ‘novedoso’ contenido, el primero surgido desde el mundo jurídico romano, casi con el derecho mismo y el segundo en el mundo del *common law* hace cientos de años.

Y prosigue este autor:

Si los derechos de acción y al debido proceso fueron creados (positivismo jurídico) o percibidos del favor divino en el hombre (iusnaturalismo) hace tanto tiempo ¿por qué fabricar un nuevo derecho para en él explicarlos como su contenido? La respuesta sólo puede satisfacerse en un accidente, un descuido, una casualidad. Pero esto ¿qué consecuencias jurídicas puede generar? El desorden y deficiencia en la regulación normativa, doctrina y jurisprudencia sobre el tratamiento de los derechos, principios, fundamentos e institutos involucrados, que no son pocos ni de mediana importancia, no dan la respuesta al interrogante.¹⁰³

Así las cosas, entrar a analizar el extenso debate acerca de los contenidos de estos dos derechos sería algo que desviaría el objetivo de esta investigación. Aquí, en principio, se seguirá la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional español tomando como referencia el artículo 24 de la Constitución de ese país.

En este sentido, podría parecer a primera vista que este artículo contenga dos derechos o, mejor aún, dos grupos de derechos diferenciados: en su primer apartado, un derecho de acceso a los tribunales; en su segundo apartado, las garantías constitucionales clásicas del proceso penal (predeterminación del juez, presunción de inocencia, etc.).

103 González Álvarez, Roberto. “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: el mito de una *serendipia* procesal”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*. Lince, Egacal, Anuario 2008, p. 2. Internet. http://legacal.e-ducativa.com/upload/2008_GonzalezRoberto.pdf. Acceso: 25 enero 2013.

El artículo 24 de la Constitución española (CE) seguiría, así, la pauta marcada por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que bajo la rúbrica común ‘derecho a un proceso equitativo’ se ocupa, en su apartado primero, del acceso a la justicia en todo tipo de asuntos y, en sus apartados segundo y tercero, específicamente del proceso penal. Pues bien, esta visión bipartita, que se desprende de una lectura ingenua del artículo 24, de la CE, era probablemente la que tenía en mente el propio constituyente.

Ocurre, sin embargo que, ya desde los primeros momentos de aplicación de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha venido haciendo una interpretación que rompe con esa estructura en dos partes claramente diferenciadas. En la base de todo ello están dos grandes iniciativas jurisprudenciales: por un lado, entender que algunas de las garantías del apartado segundo no son solo predicables del proceso penal, sino también de todos los demás procesos (civil, contencioso-administrativo, social, militar); por otro lado, afirmar que el apartado primero no reconoce solo un derecho de acceso a los tribunales, sino también, una vez iniciado el proceso, un conjunto de derechos a un cierto comportamiento por parte de dichos tribunales.

De aquí que, más que en dos partes, la estructura del artículo 24, CE, pueda dividirse, según el TC español, en cuatro grandes grupos de derechos: a) el derecho de acceso a los tribunales, que es el derecho a la tutela judicial efectiva en sentido estricto; b) el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; c) las garantías constitucionales genéricas de todo proceso, o derecho al debido proceso; d) las garantías constitucionales específicas del proceso penal.

Según la Constitución del Ecuador, el debido proceso es un derecho aplicable tanto a las actuaciones estatales como a las particulares. De suerte que, existe un debido proceso legislativo, un debido proceso administrativo, un debido proceso jurisdiccional, un debido proceso electoral, un debido proceso de las actuaciones de los particulares, etc.

Existen dos aristas o dos maneras de definir el carácter de derecho del debido proceso: como derecho autónomo y como garantía o derecho indirecto.¹⁰⁴

104 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 337.

- a) Como derecho autónomo, el debido proceso es el correlato subjetivo institucional del principio del discurso protegiendo de esta forma las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio de este derecho dentro del marco de dichos procedimientos, posibilitando que se puedan efectuar argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, así como las capacidades de rebatir los argumentos de los demás.¹⁰⁵
- b) Como derecho indirecto o garantía constituye un mecanismo de protección de otros derechos constitucionales, garantizando que el ejercicio debido del mismo implique el respeto a la libertad, igualdad y todos los demás derechos reconocidos constitucionalmente.¹⁰⁶

El debido proceso se constituye, entonces, en un principio general del derecho informador del ordenamiento jurídico de aplicación directa e inmediata en cuanto a todos y cada uno de sus contenidos.

Por su parte, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene también una perspectiva de naturaleza orgánica y otra subjetiva. La orgánica pasa por una connotación funcional en lo que al poder judicial se refiere; en tanto que la perspectiva subjetiva es entendida como una serie de garantías procesales que despliegan su eficacia frente al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En la primera, la función jurisdiccional es considerada desde la perspectiva general como la garantía de todos los derechos e intereses de todas las personas. En la segunda, es considerada desde una perspectiva particularizada, es decir, en la forma de especificación de una serie de garantías que despliegan su eficacia en el proceso, alguna de las cuales la despliegan en toda clase de procesos y otras única y exclusivamente en el proceso penal, tal como ocurre en la propia Constitución de la República, al existir una regulación específica en el artículo 77 para los procesos de naturaleza penal.

Pérez Royo, en relación al artículo 24 de la Constitución española, afirma que la conexión entre estas perspectivas del derecho a la tutela

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 337.

¹⁰⁶ *Ibid.*

judicial efectiva es claro, al decir que, la primera, al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos establece que nunca pueda producirse indefensión, configurando una garantía previa al proceso. La segunda apunta preferentemente a las llamadas garantías del debido proceso¹⁰⁷ y “aunque tienen conexión, los derechos que se reconocen en cada uno de los dos apartados son autónomos, susceptibles de ser vulnerados y consecuentemente amparados de forma individualizada”.

La Corte Constitucional ha entendido el derecho a la tutela judicial efectiva como aquel derecho de acceso “a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso imparcial que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia; el segundo con el desarrollo del proceso que deberá desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial y, el tercero, que tiene relación con la ejecución de la sentencia...”;¹⁰⁸ además, ha llegado a definir que el propio derecho al debido proceso constituye un derecho inmerso dentro del derecho a la tutela judicial efectiva al indicar que:

El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, se relaciona con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que en un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley se haga justicia, por lo que se puede afirmar que el contenido de la garantía es amplio, y se constituye por tres momentos: el primero, que es el libre acceso a la justicia; el segundo que lo constituye el desarrollo del proceso en tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia. Dicho en resumen, es el acceso a la jurisdicción, el derecho al debido proceso y la eficacia de la sentencia [...].¹⁰⁹

107 Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 7.ª ed., 2000, pp. 486-487.

108 SCC N. 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre 2009.

109 SCC N. 030-09-SEP-CC de 24 de noviembre 2009. De igual manera puede consultarse la sentencia 024-09-SEP-CC de 29 de septiembre de 2009; STC 004-09-SEP-CC de 14 de mayo de 2009; 029-11-SEP-CC de septiembre de 2011.

En un Estado de derechos y justicia, y desde un enfoque garantista, debería asumirse que la tutela judicial efectiva como derecho constitucional, comprende el derecho de acceso a los órganos de justicia, el derecho de acción, el derecho de contradicción o derecho a la defensa, el derecho al debido proceso mediante la constitucionalización del mismo para que guarde armonía con el tipo de Estado, y fundamentalmente el derecho a que lo decidido tenga efectividad y eficacia. Sin embargo, no puede dejarse de señalar que una parte de la doctrina sigue sosteniendo que debido proceso y tutela judicial efectiva son cuestiones idénticas, evitando discriminar entre género y especie; siendo el género la tutela judicial efectiva y la especie el debido proceso, generándose al respecto un amplio debate, que sugiere pues, que existen dos posturas al respecto: una que entiende que el debido proceso es parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y otra que asume el concepto de debido proceso como sinónimo de tutela judicial sin indefensión.

La Corte Constitucional para el Período de Transición, en Sentencia n.º 024-10-SEP-CC, Caso n.º 0182-09-EP, de 3 de junio de 2010, estableció que:

De esta forma, la constitucionalización y la internacionalización del derecho a una justicia accesible, oportuna, imparcial, eficiente y autónoma, concretan el concepto de tutela judicial efectiva en la solución de las controversias a través del proceso como instrumento fundamental de la paz social. Es decir, el derecho que tiene toda persona a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, debe ser entendido como el derecho de toda persona ‘a que se le haga justicia’, mediante un proceso que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son: a) A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladores de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a

los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A petitioner y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada.

De la misma forma, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: 'Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Respecto a tal garantía judicial, la Corte Interamericana ha manifestado: '[...]debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29 (c) de la Convención Americana, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno'.

Por su parte, el derecho al debido proceso no es sino aquel que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución de la República. Más concretamente, el artículo 76 *ibídem* consagra que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se debe asegurar el derecho al debido proceso, que debe necesariamente incluir varias garantías básicas.

Desde ese punto de vista y si la *efectividad del recurso* conlleva, por lo menos: el acceso a la justicia, el derecho a no sufrir indefensión, el derecho a la motivación o a la razonabilidad del proceso, el derecho a recurrir, el derecho a la ejecución de la sentencia y el derecho a un proceso rápido, expedito; estos deberán ser los parámetros mediante los cuales comprobar empíricamente la eficacia y efectividad de la acción de protección.

1.3.6. *Ámbito de análisis y parámetros cuantitativos y cualitativos*

Esta sección se dedica a la explicación de aspectos metodológicos del estudio, referidos al desarrollo tanto de definiciones, opciones metodológicas y nociones operacionales, cuanto a la ejecución de los distintos procedimientos y pasos en la investigación. En la siguiente sección, se desglosarán los resultados ordenados a partir de los parámetros de análisis teóricos ya definidos en las secciones anteriores.

a) Recolección de resoluciones y universo objeto de análisis

La recolección de resoluciones de procesos de acción de protección que se sustanciaron en las provincias de Azuay y Guayas desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 hasta julio de 2011, tuvo como su principal guía la base de datos que genera el sistema informático integrado que es administrado por la Unidad de Tecnología e Informática de cada provincia. Este registra los ingresos de causas que se presentan en ventanilla de la Oficina de Sorteos, y la información almacenada en esta base contiene el número de acciones de protección ingresadas dentro del espacio y tiempo anteriormente referidos, la identificación de la judicatura a la que fue sorteada la acción de protección, el código respectivo de identificación de cada acción de protección, la fecha de ingreso y la identificación de las partes accionantes y accionados.

Según estas bases de datos, se identificaron en un primer momento 5.408 procesos. La provincia de Azuay registró 1.949 acciones de protección que por la Oficina de Sorteos se repartieron en 45 judicaturas, correspondientes a juzgados, tribunales y salas provinciales, distribuidas a la vez entre la ciudad Cuenca y los diferentes cantones. En cambio, la base de datos perteneciente a Guayas registra 3.459 acciones de protección que fueron repartidas en 92 judicaturas, es decir, entre juzgados ya sean titulares o adjuntos y sus 7 salas provinciales. Con esto se obtiene en un principio, un total de 5.408 procesos de acción de protección en ambas provincias.¹¹⁰

110 Cabe precisar que se optó por recurrir a estas bases de datos originarias para la estructuración del universo de la investigación, pues el número de sentencias enviadas a revisión a la Corte Constitucional al momento de realización de esta fase del estudio no era el suficiente como para estructurar el cuerpo analítico totalmente representativo. Según datos confirmados por la Corte

Tabla n.º 1

Acciones de protección (nov-2008/sep-2011) Universo (primer total no depurado) 5.408				
Provincias	Azuay	Número de unidades judiciales		N.º de AP
		Cuenca	Cantones	
		35	10	
		Total		
	45			
	Guayas	Número de unidades judiciales		N.º de AP
		Guayaquil	Cantones	
		71	22	
		Total		
		93		

Fuente: Elaboración propia, 2013.

Así mismo, se identificó que apenas 94 acciones de protección de Azuay, es decir el 4,2 % y 175 de Guayas que significan el 4,1 %, corresponden a distritos cantonales. En total 269 acciones de protección que representan el 4,9 % de las 5.408 acciones. Este reducido número de acciones de protección de cantones en comparación con el número presente en las capitales de Cuenca y Guayaquil, derivó a excluir la recolección de resoluciones de aquellas acciones de protección que corresponden a distritos cantonales, en razón de las dificultades y costos que ello representaba.

Este resultado definió la limitación del proceso de recolección a las ciudades capitales (95 % del gran total), y por consiguiente el acopio de resoluciones de procesos de acciones de protección se realizó únicamente de las judicaturas con asiento judicial en Cuenca y Guayaquil. Esta decisión significó que la recolección de resoluciones tuviera como objetivo

Constitucional, a ella se habían enviado 1.092 expedientes que corresponden a acciones de protección entre 2008 y 2011 (557 procedentes de Guayas y 535 del Azuay). La diferencia, muy notable entre los más de 5.000 procesos hallados y estos 1.092 remitidos a la Corte Constitucional, hace suponer que el procedimiento de remisión no estaría funcionando de forma adecuada, lo que evidencia la necesidad de tomar los correctivos necesarios.

1.855 y 3.284 (es decir, un total de 5.139) acciones de protección solo de Cuenca y Guayaquil, respectivamente.

Con relación a la recolección en sentido estricto, es imprescindible mencionar el papel jugado por el factor realidad judicial que presenta un importante contraste entre una y otra capital provincial, ya que ello determinó la estrategia a asumirse en cada una de las judicaturas para reunir las resoluciones.

Es así que, como resultado de entrevistas¹¹¹ a diferentes funcionarios judiciales, se pudo identificar que existían tres fuentes para recabar las resoluciones de acción de protección: el expediente o cuerpo procesal, el libro copiador de sentencias administrado por los secretarios y el sistema interno conectado a la página web de cada función judicial.

En respuesta a las divergencias entre las judicaturas de una y otra ciudad respecto a la sistematización de información y organización, fue fundamental planificar la estrategia de recolección por separado. La variable que nos lleva a realizar esta diferenciación se relacionó estrechamente con la dificultad con una de las fuentes para extraer resoluciones, pues la página web de la función judicial del Guayas¹¹² no aseguraba la totalidad de la recolección. Según las entrevistas efectuadas, el problema se debía a la reciente conformación e incorporación del sistema interno computarizado, que se ejecuta a partir de septiembre de 2011 para un número determinado de juzgados y salas provinciales. En cambio, en la página web de la función judicial de Azuay¹¹³ se contaba con casi la totalidad de las resoluciones dictadas en acción de protección.¹¹⁴

Con estos antecedentes, a continuación y a grandes rasgos describiremos la fase de recolección.

111 Las entrevistas fueron realizadas a secretarios de juzgados y salas provinciales. En total, se entrevistaron a 6 secretarios en la Función Judicial de Azuay y a 9 secretarios de la Función Judicial de Guayas.

112 Internet. <http://www.funcionjudicial-guayas.gob.ec/portal/>.

113 Internet. <http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/>.

114 Se hace mención a casi la totalidad puesto que existía un número marginal de resoluciones que no se registran en la misma.

- Recolección de resoluciones en Cuenca

La planificación de recolección de Cuenca estuvo supeditada a una revisión preliminar de su página web al constituirse, como se explicó antes, en fuente digital con un alto grado de confiabilidad, para la obtención de las resoluciones de acciones de protección. Esta revisión permitió concluir que las judicaturas de esta provincia cumplen con el requisito de elevar los actuarios procesales al sistema interno, lo cual permite visibilizar su contenido en la página web para difusión e información de todos los ciudadanos.

Por consiguiente, se definió una primera fase de recolección por medio de la web, logrando obtener 1.855 resoluciones de las judicaturas de Cuenca, equivalente al 94,8 % del gran total de las resoluciones (1.949). Este buen resultado y la facilidad de contar con la página web no pudo ser, no obstante, una etapa concluyente de la recolección, puesto que se vio necesario implementar una fase de comprobación y verificación de los contenidos de la referida página digital. Esto significó organizar de manera aleatoria la recolección de resoluciones de los expedientes o libro copiator de sentencias que asegura la representatividad de la muestra y que permita concluir que la página web es en sí misma una fuente confiable. Concluida esta fase de comprobación y verificación, se pudo establecer que no existe variación entre los contenidos de diferentes fuentes.

- Recolección de resoluciones en Guayaquil

El panorama para la recolección de resoluciones en las judicaturas de esta ciudad es distinto. En primer término, debido a que la página web no cuenta con las resoluciones de un importante número de juzgados y salas provinciales, esto debido a las razones que ya se anotaron.

Esta circunstancia definió la planificación de una estrategia diferente para la recolección, haciendo de esta una interacción más directa con los funcionarios que, en cierto modo, permitió recoger ulterior información relevante sobre el funcionamiento de las acciones de protección. Así, por ejemplo, entre otros factores identificados, contamos la carga laboral correlacionada con la carencia de personal suficiente, la inexistencia de espacio para archivo de expedientes, el reclamo por parte de los funcionarios de que este tipo de procesos requieren especialidad en tema constitucional (y por

su parte algunos funcionarios de las salas la sugerencia de la creación de una sala especializada en materia constitucional). De todos modos estas entrevistas, aunque no siguiendo una rigurosidad metodológica estricta, denotan la necesidad de extender el estudio no solo al análisis de sentencias.

La recolección de resoluciones en los juzgados tuvo así como fuente la extracción de copias, ya sea del sistema interno, del expediente o del libro copiador de sentencias, a través de solicitud mediante oficios en los que se adjuntó la lista de resoluciones correspondiente a los procesos de acción de protección que registraba la base de datos.

En cuanto a las diferentes salas provinciales (en total 7), se tuvo que asumir una estrategia de recolección diversa debido al número elevado de resoluciones con las que cuenta cada sala. Ya que tomando en cuenta la carencia de personal de apoyo y la fuerte carga laboral de los funcionarios para dedicar su tiempo a la extracción de copias de las diferentes resoluciones, era fundamental encontrar la manera idónea para poder recabar la mayor cantidad de información posible. Ante esta situación, se decidió recoger las resoluciones por medio de fotografías de los expedientes o del libro copiador de sentencias. Este medio resultó eficiente para el objeto de la investigación y al mismo tiempo aceleró el proceso de recolección en las salas provinciales, aunque la dificultad en estas unidades judiciales residió en la inaccesibilidad de un número considerable de acciones de protección que impiden la recolección de resoluciones. Las razones que explican esta situación varían según cada sala, como por ejemplo, la remisión de los cuerpos procesales a la Corte Constitucional, falta de copia de la resolución en el libro copiador de sentencia, dificultad de localización de expedientes, entre otras razones.

b) Datos finales de la recolección y población final para el análisis

La base de datos proporcionada por cada una de las unidades de tecnología e informática registra un total potencial —arriba ya referido— de 5.139 acciones de protección solo de Cuenca y Guayaquil, de las cuales pudieron recolectarse en la práctica 4.020 resoluciones. No obstante, en este número se encuentran aun aquellas resoluciones que describen inhibiciones, excusas y abstenciones, y aquellas de contenido ilegible. La exclusión de estos supuestos implicó descartar un total de 139 resoluciones, lo cual

supuso que la recolección alcanzara a 3.881 resoluciones. No obstante, el universo —o población— final para el análisis cuantitativo se redujo aún más constituyéndose en 3.641 resoluciones, debido a que en una nueva depuración se excluyeron 229 correspondientes a cantones y 11 adicionales, en razón de una complicación técnica debida a la conformación de la base de datos. Por tanto, y en definitiva, de las 3.641 resoluciones, que representan el 67,3 % de los 5.139 procesos de acciones de protección, 753 y 742 resoluciones corresponden respectivamente a la primera y segunda instancia de la ciudad de Cuenca; y 1.363 y 783 corresponden respectivamente a primera y segunda instancia de las judicaturas de Guayaquil.

Véase el cuadro siguiente:

Tabla n.º 2

Población final para análisis cuantitativo			
	Cuenca	Guayaquil	Total por instancia
1.ª instancia	753	1.363	2.116
2.ª instancia	742	783	1.525
Total por ciudad	1.495	2.146	3.641

Fuente: Elaboración propia, 2013.

Por lo que respecta al universo de *resoluciones de segunda instancia*, es decir de las 1.525, hay que evidenciar que algunas de ellas presentaron información insuficiente o nula sobre la acción de protección, pues, únicamente contienen datos vagos que dificultaron la comprensión del asunto y la extracción de información. Esto debe tenerse presente para el análisis de segunda instancia, en tanto que de las 1.525 resoluciones un porcentaje mínimo de los resultados totales siempre se verán afectadas por esta falla, ya que de estas mismas resoluciones en algunos casos proporcionan la información y, en otros, esta no es posible identificarla adecuadamente.

Así también, se debe resaltar que el modo de proceder en la recolección de resoluciones de acción de protección no permitió realizar un seguimiento de las decisiones judiciales y sus respectivas apelaciones, en razón de que para la recolección de resoluciones de segunda instancia, se

acudió a salas provinciales solicitando las acciones de protección que se encontraban a su cargo conforme el listado proporcionado por el Consejo de la Judicatura, mas por limitaciones logísticas, no se realizó la recolección de procesos en sus dos etapas procesales, que solo hubiese sido posible mediante un seguimiento detallado por procesos. Lo cual deriva que las resoluciones de primera instancia y resoluciones de segunda instancia no guarden un orden correlativo y de correspondencia, además cada sentencia tiene una identificación diferente y las sentencias de segunda instancia no hacen mención ninguna a la primera.

c) *Análisis cuantitativo de las resoluciones*

Esta etapa de análisis cuantitativo implicó el estudio de 3.641 resoluciones de procesos por acciones de protección, ante la extensión significativa del material sujeto a ser analizado, y con la finalidad de optimizar el tiempo empleado en la labor de lectura y llenado de formulario se vio la necesidad de conformar de un equipo de apoyo. Esta situación a su vez derivó en la imperante necesidad de contar con una metodología y procedimientos que proporcionen la obtención de datos con la mayor objetividad posible con operaciones inequívocas para el equipo en general dentro del proceso de análisis, para así poder contar con información uniforme, medible y de sencilla confrontación para establecer posteriormente grados de covariación.

Para esta finalidad, se diseñó el *formulario de procesamiento de datos de resoluciones*. El diseño del formulario se efectuó mediante un programa informático que contiene preguntas puntuales correspondientes a las variables en estudio y las respuestas en la modalidad de selección única, y en casos requeridos opciones múltiples que incluyen varias alternativas, en algunas preguntas una lista preestablecida, espacios de llenado que concentran la información relevante de la resolución, creándose de esta manera una fuente de datos uniforme y sistemáticamente ordenada, pues el programa informático asigna un código de identificación a la conclusión del mismo que permite su confrontación con los archivos físicos y guarda los resultados en una base de datos que permita interpretar la información generada.

La construcción del formulario responde a la orientación de las variables escogidas para el análisis cuantitativo que pretende extraer los

patrones generales, características de los procesos de acciones de protección y, de esta manera, tener una visión general en relación con los ámbitos definidos en el marco teórico. A su vez, estas variables de naturaleza cuantitativa ofrecen la posibilidad de realizar interpretaciones cualitativas y brindar elementos para el análisis posterior.

Las variables consideradas permitieron observar la correlación entre lo establecido en las normas, ya sea la Constitución del Ecuador o la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en relación con la acción de protección, y el contenido y aplicabilidad que registra esta garantía constitucional dentro del contexto práctico.

El contenido de las preguntas del formulario mediante el que se procesaron los datos refleja en su partes esenciales los objetivos teóricos perseguidos, por esta razón es importante explicar, aunque de manera breve y parcial, cuáles son estas variables.

La primera variable utilizada corresponde a *acciones de primera y segunda instancia*, su objetivo es contabilizar numéricamente las sentencias correspondientes a cada una de las instancias, y el número de sentencias apeladas.

Si como se dijo con anterioridad, la característica que se infiere de la naturaleza de la acción de protección es la de brindar una protección efectiva de los derechos fundamentales, el término efectivo debe ser entendido como el resultado del equilibrio entre eficiencia y eficacia que indudablemente implican, la elaboración de un razonamiento jurídico de calidad en el menor tiempo posible. Por consiguiente, el *cumplimiento del principio de celeridad* constituye una característica esencial de este proceso constitucional, y además se configura como una variable que nos permitirá medir la calidad de la actividad judicial, en particular de la labor del juez o jueza.

La *cuantificación de autos definitivos*, ya sean desistimientos, allanamientos e inadmisiones, nos permitió evaluar si la cantidad de inadmisiones es desproporcional frente a la cantidad de causas que son admitidas con conocimiento sobre el fondo. Sin embargo, cabe resaltar que para este análisis se deberán tomar también en cuenta aquellas sentencias que declaren la inadmisión con el conocimiento del fondo.

Esta cuantificación de autos y sentencias de inadmisión, nos brindarán elementos para el posterior análisis cualitativo respecto de la evaluación

sobre criterios utilizados por autoridades judiciales para determinar las inadmisiones, pues se parte de la presunción de que algunos jueces y juezas recurren frecuentemente a la declaración de inadmisión para evadir la responsabilidad constitucional y la carga procesal.

Corroborar cuántas sentencias son *comprensibles* es otra variable que se desprende de la lectura de la sentencia, el grado de comprensibilidad varía según la materia y la provincia a la que corresponda; con los resultados obtenidos de esta variable se podrán sentar generalizaciones y comparaciones entre dependencias judiciales, como también establecer parámetros cualitativos sobre la calidad de la sentencia.

También en el sentido comparativo, operan las variables naturaleza *del accionante y accionado*, con la finalidad de establecer la cuantificación de sentencias presentadas por y contra servidores públicos, particulares, personas jurídicas, colectivos o grupos. El análisis de esta variable nos proporcionará elementos para identificar a los sujetos activos y pasivos de la acción de protección, y localizar los núcleos de mayor incidencia respecto de la vulneración de derechos fundamentales.

Consideramos que la exposición clara de los hechos cobra singular importancia en la acción de protección, pues nos permite comprender con precisión cuáles fueron los actos vulneratorios de derechos en los que se funda la acción. Por eso, era necesario analizar cuántas sentencias presentan claridad en dicha exposición, si esta es resumida por la autoridad judicial o transcrita literalmente. Así mismo, esta variable cuantitativa es una de las cuales expulsa datos que pueden apoyar el análisis sobre la calidad de la sentencia.

Por otra parte, la realización de la *audiencia pública*, al constituirse en un requisito procesal conforme a los artículos 8 y 14 de la LOGJCC, alcanza primordial importancia para la autoridad judicial que debe fundamentar su decisión, pues permite escuchar a las partes intervinientes en el proceso de acción de protección en sus alegatos y pretensiones, a través de un contacto directo y personal que respalda el derecho a la defensa material en garantía del debido proceso, por esta razón la *mención de Audiencia Pública* en la sentencia, constituye otra variable de análisis.

Las acciones de protección cuyas *decisiones judiciales otorguen la tutela al derecho* afectado, nos suministraban datos numéricos sobre la cantidad de acciones de protección que son efectivamente tuteladas y cuántas de ellas son rechazadas. Además, con un análisis y cruce de variables se ha

podido extraer datos sobre la medida de cumplimiento del principio de congruencia, entre el derecho que pretende la parte accionante se le proteja y el derecho que tutela el juez.

Otra variable que comprende el análisis cuantitativo proviene del alcance más profundo de la tutela de derechos fundamentales, más allá de la simple declaración de la vulneración, *la previsión de reparación integral* conforme lo establece el artículo 18 de la LOGJCC pues es fundamental contar con la información sobre cuántas sentencias la prevén y, en su caso, en qué modalidades son establecidas, si concebimos que estas pueden ser por su naturaleza materiales o inmateriales, y establecerse en distintas formas.

Finalmente, para abordar el desarrollo de las variables que comprenden la estructura del formulario de procesamiento de datos de resoluciones y así mismo el vértice del análisis cuantitativo, se ha considerado la potestad del juez de ordenar y asignar la responsabilidad a un sujeto para garantizar el cumplimiento de la sentencia, de acuerdo con lo que establece el artículo 21 de la LOGJCC.

Para el análisis de estas variables descritas, se elaboraron preguntas de estructura clara y objetiva, de manera que el lector de sentencia pueda responder sin mayor dificultad el formulario de la base de datos; sin embargo, si bien las variables son generales, en la construcción de las preguntas se tuvo una metodología diferenciada para los autos definitivos, que proporcionan información más breve, las sentencias de primera instancia y las sentencias de segunda instancia.

d) *Análisis cualitativo*

El tamaño de la muestra para el análisis cualitativo se calculó con la fórmula siguiente:

$$Z^2 \cdot P \cdot Q \cdot N$$

$$n = \frac{\quad}{\quad}$$

$$E^2 (N-1) + Z^2 \cdot P \cdot Q$$

Donde Z= nivel de confianza = 2

P= variable máxima 50%

Q= variable máxima 50%

E= error estándar 3

El resultado fue:

n = 833 (Sentencias a analizar cualitativamente)

Con base en la fórmula desarrollada en conjunto con el CEDEC.

Las de primera instancia se repartieron en tres bloques. El resultado de la fórmula aplicada para establecer el tamaño de la muestra fue de 833, no obstante se añadieron 13 resoluciones para evitar el posible desajuste que hubiese provocado encontrarse con expedientes cuyo análisis fuera imposible. Estas 833 resoluciones se dividieron en partes iguales por instancia (423 por cada instancia).

Las 423 resoluciones de primera instancia se repartieron en tres partes iguales según el resultado: inadmisiones, concesiones y denegaciones.

- Sentencias de inadmisión (1/3: 141 sentencias)

Siguiendo los parámetros teóricos, las 141 sentencias de inadmisión se repartieron de acuerdo con las causales invocadas:

- Causales de la ley: Las que se fundamentan en los artículos 40 y 42 de la LOGJCC.
 - ✓ Art. 40 sin especificar la causal (6 sentencias)
 - ✓ Art. 40, numeral 1 (6 sentencias)
 - ✓ Art. 40, numeral 3 (6 sentencias)
 - ✓ Art. 42, numeral 1 (19 sentencias)
 - ✓ Art. 42, numeral 2 (2 sentencias)
 - ✓ Art. 42, numeral 3 (10 sentencias)
 - ✓ Art. 42, numeral 4 (40 sentencias)
 - ✓ Art. 42, numeral 5 (8 sentencias)
 - ✓ Art. 42, numeral 6 (3 sentencias)
 - ✓ Art. 42, numeral 7 (1 sentencia)
 - Las que se fundamentan en otras normas (falsa motivación) (20 sentencias).
 - Las que no se fundamentan (motivación).
 - No fundamentan y demoran (20 sentencias a ser analizadas).
- Sentencias que conceden (1/3: 141 sentencias)
1. Repartidas de acuerdo al juzgado que las conoció (dentro de cada materia se valoran los parámetros: celeridad, prueba, accionantes y accionados):
 - Constitucional (48 sentencias)
 - Laboral (24 sentencias)

- Fiscal (13 sentencias)
 - Familia (4 sentencias)
 - Penal (4 sentencias)
 - Civil (27 sentencias)
 - Otros: comercial; electoral; administrativo (21 sentencias)
- Sentencias de denegación del derecho (1/3: 141)

Juzgado que conoce (dentro de cada materia se valoran los parámetros: celeridad, prueba, accionantes y accionados):

- Constitucional (48 sentencias)
- Laboral (24 sentencias)
- Fiscal (13 sentencias)
- Familia (4 sentencias)
- Penal (4 sentencias)
- Civil (27 sentencias)
- Otros: comercial, electoral, administrativo (21 sentencias)

En cuanto a la muestra de resoluciones de segunda instancia, estas se repartieron equitativamente entre aquellas que revocan y las que confirman:

Tabla n.º 3
Análisis cualitativo

- b. Segunda instancia (423)
 - ✓ Confirman 211 sentencias
 - ✓ Revocan 212 sentencias

Sentencias que confirman	
La declaración del derecho	64
La denegación	64
La resolución que inadmite	64
Otros	19
Total	211

Sentencias que revocan	
La declaración del derecho	69
La denegación	69
La resolución que inadmite	69
Otros	5
Total	212

Fuente: Elaboración propia, 2013.

También para el análisis cuantitativo se elaboraron formularios correspondientes a tres modelos diferenciados: uno para las sentencias y autos de inadmisión y otro para las de concesión y denegación de primera instancia, y un tercero para las de segunda instancia.

Así, con la finalidad de analizar el funcionamiento de la garantía en el marco de la denegación y concesión, se ha escogido la muestra de primera y segunda instancia de las ciudades de Guayaquil y Cuenca, sobre las cuales se han definido los siguientes parámetros de análisis:

Parámetros de análisis cualitativo:

1. Los datos de identificación del proceso en donde consta:
 - Identificación de la judicatura;
 - El año y el número de la sentencia analizada;
 - Un código asignado a la misma a efectos de poder realizar de forma efectiva el trabajo y la búsqueda.
2. El tiempo aproximado de resolución de la causa.
3. Los datos de la persona accionante y accionada.
4. El derecho invocado.
5. Una valoración en relación con las pruebas ordenadas, practicadas, admitidas como una variable que pretende medir su valoración y pertinencia.
6. La motivación como eje central, entendiéndola si la misma es razonada, si existe coherencia argumentativa en el análisis, así como el tipo de interpretación utilizada.
7. El contenido mismo de la resolución con referencia a la reparación integral y si existe o no la relativa motivación dentro de aquella.
8. Finalmente, una variable que pretende medir el grado de eficacia, eficiencia y efectividad de la acción en la medida en que la sentencia expedida cumple o no con la finalidad de la garantía.
9. Una sección para observaciones sobre aspectos relevantes del caso.

Mediante el estudio cualitativo de estos parámetros se buscó identificar las tendencias en relación con tres aspectos fundamentales:

- 1) El manejo de pruebas;
- 2) La motivación del fallo: determinando el manejo de los derechos invocados en el proceso, los métodos interpretativos utilizados y la coherencia y calidad de la motivación misma;

3) La resolución y el alcance de la reparación

En relación con los criterios que orientaron la evaluación, de los parámetros incluidos en el estudio cualitativo, el que merece una detenida explicación es sin duda el de la *motivación*.

La motivación es un procedimiento indispensable para asegurar la calidad en la resolución en todo proceso. Tiene que ver con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la obligación de todos los poderes públicos de motivar sus actuaciones (arts. 75 y 76, numeral 7, literal l, CE),¹¹⁵ lo cual resulta particularmente importante en materia de garantías jurisdiccionales como la acción de protección.

Para este análisis, precisamente se toma en cuenta a la motivación como un procedimiento por el cual el juez considera algunas premisas derivadas de los antecedentes respecto de las partes y del caso, de los fundamentos de hecho y derecho, y de la normativa invocada como aplicable, vinculando estos elementos de forma argumentada a efectos de resolver. Este ejercicio razonado se cristaliza, tanto en la parte motiva como en la resolutive del fallo. De esa forma, sobre todo en materia constitucional, la motivación se convierte en un principio procesal fundamental para la eficacia, eficiencia y principalmente la efectividad de la acción de protección.

Para el análisis de la motivación que se hace en el capítulo siguiente, se toman en cuenta tres categorías básicas de razonamiento: subsuntivo, el de adecuación (o finalista) y el de ponderación.¹¹⁶ Se propone, entonces, entender desde una perspectiva general que un razonamiento es *suficiente* si cumple los estándares básicos de lógica (razonamientos son coherentes, están concatenados entre sí con proyección al resultado), de relevancia (aplicabilidad) y grado de pertinencia respecto del caso.

115 Expresa el literal l, numeral 7 del artículo 76 justamente que: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

116 Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona, Ariel, 2007, pp. 163 ss.

Capítulo 2

Tutela judicial efectiva y acción de protección

Tutela judicial efectiva y acción de protección

2.1. El amparo eficaz y efectivo de los derechos

El objetivo general de este trabajo reside en estudiar el funcionamiento de la acción de protección mediante el análisis de las resoluciones dictadas por las diferentes judicaturas, tanto de primera como de segunda instancia, de las provincias de Azuay y Guayas.

Dicho funcionamiento será evaluado desde la perspectiva del grado de cumplimiento, por parte de la acción de protección, de su objetivo, esto es, el amparo eficaz y efectivo de los derechos garantizado en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, o bien que, por la naturaleza del caso no se procesen por medio de la acciones por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Esta afirmación, como se demostró en la primera parte del trabajo, implica la comprobación de la efectividad (en sentido amplio) de dicho recurso que, a su vez, conlleva, por lo menos, el estudio del derecho al acceso a la justicia, del derecho a no sufrir indefensión, del derecho a la motivación o a la razonabilidad del proceso, del derecho a recurrir, del derecho a la ejecución de la sentencia y del derecho a un proceso rápido y expedito, en tanto resultan parámetros por intermedio de los cuales comprobar empíricamente la eficacia y efectividad de la acción de protección.

Antes de entrar en el análisis de estos elementos inherentes a la tutela judicial efectiva, hay que hacer referencia a los *derechos garantizados* por medio de esta acción, esto es, a los datos relativos a los derechos invocados.

Por lo que respecta a la primera instancia hay que mencionar, en primer lugar, que el 92 % de las 2.116 sentencias estudiadas permiten identificar con claridad el derecho constitucional que se invoca por la parte accionante. Y solo en el 8 % de las sentencias no fue posible identificarlos.¹¹⁷ A partir de las sentencias en las que se pudo identificar los derechos constitucionales invocados por las partes accionantes, se pudo establecer que en las 1.926 sentencias analizadas se realizaron 2.256 invocaciones a derechos.

Procesando y reagrupando todos ellos —los derechos de mayor invocación—, es decir los que representan en su conjunto aproximadamente el 58 % del total, son los derechos al trabajo y estabilidad laboral, seguridad social, la jubilación, asociados con derechos a la dignidad e igualdad en materia laboral. A los derechos laborales de estatuto constitucional le siguen derechos de protección (casi un 15 %), en su mayoría el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, invocados sobre todo por servidores públicos. Luego se ubican los derechos a la salud, la educación, igualdad y no discriminación. En menor medida, se encuentran derechos a la propiedad y libertades (al honor, a la integridad, libertad de tránsito, medioambiente sano) y luego otros relativos a la familia y a los niños, niñas y adolescentes. Si esto se relaciona con el ámbito específico en que se desarrollan las acciones de protección, es posible concluir, de forma adelantada, que un considerable porcentaje de las acciones se desenvuelven en relación con la esfera laboral privada o de la administración pública. Véase el desglose siguiente:

Los derechos constitucionales invocados (1.ª instancia).	
Corresponde 2.256 invocaciones en 1926 casos identificados:	
• Derechos al trabajo	1.220
• Derechos de protección	335
• Derecho jubilación	159
• Derecho de propiedad	155

117 Los datos relativos a los derechos invocados son extraídos del estudio cuantitativo ya que, como se explicó en la primera parte de este trabajo, la materia se convirtió en parámetro de elección de las sentencias para el estudio cualitativo.

• Seguridad social	116
• Derecho salud	59
• Igualdad y no discriminación	44
• Derechos a la educación	37
• Libertad económica	28
• Derecho de asociación y reunión	28
• Derecho al honor	17
• Libertad de tránsito	12
• Derecho ambiente sano	11
• Niñas, niños y adolescentes	11
• Vida libre violencia	8
• Otros	16

Frente a este análisis de sentencias en relación con los derechos invocados por las partes, y en virtud de la posibilidad de las partes de invocar protección de derechos sin la necesidad de estricta formalidad, resulta pertinente analizar el resultado acerca de si los jueces o las juezas realizan subsanaciones de cuestiones técnicas para la tutela de derechos.

Los resultados muestran que apenas 116, equivalente al 5,5 % de las 2.116 sentencias de primera instancia estudiadas, contienen subsanaciones o correcciones de oficio a los derechos invocados por parte del juez o jueza. Pero no necesariamente para otorgar la tutela de derechos, siendo que este supuesto solo representa el 49 % de este número de 116 sentencias, pues los jueces y juezas también incurren en este tipo de actuación para denegar la acción de protección (11 %) o bien para inadmitir la misma (40 %).

Además de evaluar el tema de derechos que invocan las partes, es oportuno y necesario analizar los derechos que se declaran como vulnerados mediante la concesión de las acciones de protección. Esto conduce a tomar en consideración las sentencias que sí declaran la vulneración y en consecuencia conceden la acción de protección, para detallar que son 713 sentencias de 2.116 (un 33,7 %) resoluciones analizadas, frente a las que inadmiten (aproximadamente 55,8 %) y las que deniegan (aproximadamente 10,5 %) la acción de protección.¹¹⁸

118 Con relación al accionante y accionado, véase con mayor detalle *supra* sección 2.3.2.

Respecto a los derechos tutelados en acciones de protección se tiene que el 45 % corresponden a derechos del trabajo; el 20 % a derechos de protección; 5 % a igualdad y no discriminación; el derecho a la propiedad concierne al 4,8 %; le sigue el derecho a la seguridad social con el 4,9 %; el derecho a la educación suma el 2,5 %; y el de jubilación alcanza el 2,4 % y 15,4 % a otros derechos.

En lo que respecta a segunda instancia, no tiene mucho sentido analizar los derechos implicados con estas sentencias, puesto que las tendencias de los invocados en primera instancia se reproducen. Sin embargo, queda pendiente el análisis de supuestos que resuelvan cuáles son los derechos involucrados en las inadmisiones, cuáles los derechos implicados en acciones en que el sector público se halla como parte accionada, cuáles los derechos que reciben en segunda instancia una tutela de mayor alcance, entre otros.

2.2. Derecho a un proceso rápido y expedito: celeridad

La acción de protección es una garantía jurisdiccional cuya finalidad es asegurar el amparo inmediato y eficaz de los derechos que reconoce la Constitución cuando exista vulneración de los mismos. Uno de los elementos que aseguran su inmediatez reside en la *celeridad* con la que se tramita un proceso de acción de protección ante los estrados judiciales.

Una vez que el ordenamiento jurídico ha fijado el objetivo de la acción de protección, la mayor o menor eficacia de esta garantía deberá ser medida en función de su grado de contribución a la realización de dicho objetivo, para lo cual pasaremos a realizar un análisis del diseño normativo en relación con la celeridad de dicha garantía.

El proceso debe desarrollarse dentro de un marco informal, sencillo y rápido y para ello se prevé la oralidad de todas sus fases e instancias, prestando a que las notificaciones¹¹⁹ (sujetas a formalismos excesivos en algunos casos) deban realizarse por los medios más eficaces al alcance del juzgador, no siendo aplicables las normas procesales que tiendan a

119 Artículo 8 de la LOGJCC.

retardar el ágil despacho de la causa, lo que corrobora la materialización de la informalidad y rapidez con la que deben ser atendidos esta naturaleza de procesos.

Contrariamente al presupuesto de celeridad, oralidad e inmediatez que exigen las garantías según lo previsto en la propia Constitución,¹²⁰ la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) ha previsto que algunas actuaciones procesales deberán reducirse a escrito; entre las que se encuentra la demanda de la garantía específica (con unas exigencias paradójicamente formales)¹²¹ y la contestación a la misma, lo cual implica una exigencia o formalismo contrario al espíritu constitucional.

Posteriormente, en la fase de audiencia pública desarrollada bajo el principio procesal de intermediación, la juez o jueza sustanciará la causa y podrá declararla terminada una vez que se haya formado un criterio sobre la violación de los derechos, debiendo dictar su sentencia en forma verbal en dicha diligencia, sin perjuicio de su notificación por escrito.

El análisis de celeridad de la acción de protección en primera instancia se extrajo a partir de la confrontación de la fecha de ingreso de la demanda, cuyo dato consta en la base de datos proporcionada por las funciones judiciales de Azuay y Guayas, y la fecha de emisión de resolución.

El resultado de este análisis ofrece datos aún poco uniformes que impiden la formulación de un criterio general sobre la duración de los procesos de acción de protección. Haciendo referencia a los extremos, se ha podido constatar la existencia de procesos con duración menor a un día y procesos que presentan una duración excesiva que llega a 939 días.¹²²

No obstante, el promedio global de duración de la acción de protección es de 25 días, tanto para la ciudad de Cuenca como para la ciudad de Guayaquil. Si se realiza el cálculo para cada ciudad por separado, resulta que las judicaturas de Cuenca resuelven una acción de protección aproximadamente en 13 días, frente a las de Guayaquil que se demoran 34 días.

120 Artículo 86 de la Constitución del Ecuador.

121 Artículo 8, numeral 2 y artículo 10 de la LOGJCC.

122 Para conocer la duración promedio de una acción de protección, se aplicó el cálculo de la mediana, que representa el número que se encuentra en la mitad de un conjunto de números, en este caso de los días de duración de los procesos de acción de protección. Esto significa que la mitad de los números días es mayor que la mediana y la otra mitad es menor.

Desglosando los datos recabados es posible concluir que el porcentaje de las acciones de protección que resuelven de 0 a 25 días, representa el 50 % de los casos analizados, y el otro 50 % corresponde a aquellos casos cuya duración supera los 26 días. Si se toma este cálculo por separado, Cuenca obtiene el 53 % de casos que son resueltos de 0 a 13 días, y Guayaquil presenta el 48 % de casos que se resuelven de 0 a 34 días en la primera instancia.

La LOGJCC determina que las garantías jurisdiccionales, como la acción de protección, tienen la finalidad de proteger eficaz e inmediatamente los derechos constitucionales. En respuesta a estos dos elementos, la misma ley determina que la celeridad de los procesos de garantías constitucionales se constituye en una característica fundamental, para lo cual establece que las juezas y jueces deben calificar la demanda en 24 horas de su presentación y señalar audiencia en un término menor a los tres días desde la fecha en que se califica la demanda, debiendo dictar sentencia en la misma audiencia.¹²³ A este respecto hay que poner de relieve que la disposición contenida en la ley, al obligar al juez a dictar su sentencia en la propia audiencia pública una vez que se ha formado un criterio, no permite distinguir y por tanto modular los tiempos en relación de la complejidad y la variedad de casos sometidos a su juicio, que a veces merecen una valoración mayor en términos de temporalidad. En este sentido, la exigencia de celeridad podría llegar a afectar la propia finalidad de la garantía que exige un conocimiento profundo de la violación constitucional producida para la elaboración de una reparación integral acorde al daño causado.

Esta situación podría subsanarse, sin que se afecte el debido proceso, mediante la posibilidad de que el juez disponga de la práctica de pruebas cuando no se haya formado un criterio,¹²⁴ generando así un espacio

123 Art. 13.- Calificación de la demanda de garantía.- La jueza o juez calificará la demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación. La calificación de la demanda deberá contener: 1. La aceptación al trámite, o la indicación de su inadmisión debidamente motivada. 2. El día y hora en que se efectuará la audiencia, que no podrá fijarse en un término mayor de tres días desde la fecha en que se calificó la demanda.

Art. 15.- Terminación del procedimiento.- El proceso podrá terminar mediante auto definitivo, que declare el desistimiento o apruebe el allanamiento, o mediante sentencia. [...] 3. Sentencia.- Cuando la jueza o juez se forme criterio, dictará sentencia en la misma audiencia, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

124 Artículo 16 de la LOGJCC.

prudencial de tiempo para apreciación y valoración de la causa; sin embargo, la exigencia de dictar la sentencia en la propia diligencia de audiencia impide abrir paso a este procedimiento.

A partir de la confrontación de la observación empírica con lo dispuesto por la ley respecto a los términos de actuaciones procesales de la acción de protección, se puede afirmar que el juez no goza de un término razonable para el análisis del caso; que la parte demandada no cuenta con un plazo prudente para construir su defensa ni efectivizar las pruebas que fuesen necesarias, puesto que la LOGJCC, como se apuntó, establece la duración del proceso en 4 días, constituyendo este último un término procesal que el estudio de la práctica judicial demuestra alejado de la realidad, pues apenas 104 casos, equivalente aproximado al 5 % del total, registran una duración de 0 a 4 días, de los cuales 80 corresponden a procesos que concluyeron en la etapa inicial por medio de auto definitivo.

Con esta exposición no se intenta deslegitimar la duración de los procesos de la totalidad de acciones de protección ni aseverar de forma absoluta que el 95 % de los casos analizados incumplen con la celeridad del procedimiento. Más bien se apunta a la necesidad de provocar una reflexión más profunda y sistemática sobre el diseño normativo; que muchas veces es definido sobreponiendo los ideales procesales del legislador y de los académicos sobre los datos empíricos que conciernen, por ejemplo, la organización de las judicaturas, la carga laboral, el reducido número de funcionarios, la necesidad de tiempo para revisar la demanda.

De ese modo, el problema se traslada a la tarea de determinar el plazo procesal adecuado, tomando en consideración las condiciones fácticas del contexto judicial a regular. Entonces, ¿cuál debe ser el plazo de duración de un proceso de acción de protección que responda a la eficacia, inmediatez y oportunidad del mismo proceso, conforme a la realidad y práctica judicial? Para esto se debe reflexionar sobre algunos aspectos que configuran el contexto judicial como la fuerte carga laboral de los distritos judiciales (que se genera sobre todo a raíz de procesos ordinarios, pero además por los demás procesos constitucionales), la falta de funcionarios, las incomodidades de espacio e infraestructura que enfrentan, la insuficiencia y precariedad de los materiales como ordenadores e impresoras, entre otros.

De este modo, la determinación de un plazo razonable debe elaborarse considerando que el juez ordinario precisa de un tiempo prudente para

analizar el caso y calificar la demanda, y señalar audiencia cuidando de una agenda que también atiende otros procesos ordinarios, caso contrario es posible adelantar, como los datos empíricos lo demuestran, que los plazos legales determinados constituyen disposiciones ornamentales.

Así también, dentro del análisis concreto de causas, el juez o jueza al momento de conocer una acción de protección debe atender a la naturaleza de los hechos que se denuncian como violatorios a derechos constitucionales, a efecto de que los casos de urgencia sean advertidos y sea esta la principal fuente de evaluación sobre la celeridad.

Estas ideas que no intentan ir más allá de una modesta proposición frente a la divergencia entre la realidad y los plazos procesales de la LOGJCC, no excluye la necesidad de imponer un plazo límite para resolver una acción de protección, aunque para ello es necesario pensar e interactuar con la realidad procesal de cada asiento judicial, pues, como en los casos de Cuenca y Guayaquil, contienen una considerable divergencia.

Estos datos que describen una determinada realidad procesal y las reflexiones al respecto en cuanto a los tiempos, pueden así mismo constituir puntos de partida para identificar aspectos causales que inciden en que tales tiempos no se cumplan, como los ya citados (falta de funcionarios, carga procesal, etc.) en los cuales se pueda eventualmente incidir positivamente mediante procesos de reforma judicial, de forma de mejorar los parámetros de celeridad en el tratamiento de las acciones de protección para aproximarlos más al estándar legal.

Conviene resaltar, en todo caso, que los plazos que define la LOGJCC para la duración de acción de protección se configuran al momento en parámetros de imposible evaluación de eficacia e inmediatez, pues la referida ley entiende que tales acciones mantendrán celeridad si se cumple con los plazos procesales por ella establecidos. Sin embargo, si parece admisible sugerir que la duración de 25 días de las acciones de protección se constituye en un plazo que no se aleja de las consideraciones de celeridad desde el punto de vista de la realidad procesal.

Tomando los datos por separado de ambas ciudades, es posible colegir que en Cuenca el plazo de 13 días puede considerarse dentro de los parámetros de celeridad, a diferencia de Guayaquil, donde la duración aproximada de los procesos asciende a 34 días, constituyéndose en un plazo demasiado alejado de dichos parámetros.

No obstante, de las consideraciones hasta aquí llevadas a cabo no puede olvidarse que más del 50 % de las acciones de protección no responden a una debida celeridad de sus procedimientos, ya que supera el promedio de 26 días lo cual sin duda pone en entredicho la evaluación positiva respecto de su eficacia e inmediatez, pero no en consideración de la ley, pues esta determina plazos que en la práctica son de imposible cumplimiento, sino en consideración de una evaluación integral de lo que implican la realidad de cada judicatura y la finalidad de la protección de derechos constitucionales.

En la etapa de segunda instancia, para evaluar la celeridad de los procesos de acción de protección, se identificó igualmente el ingreso de la apelación, cuyo dato se extrajo de la base de datos de la Función Judicial y la fecha de resolución que se registra en la sentencia.

De igual forma que en primera instancia, el tiempo de duración no es uniforme, ya que los extremos se sitúan desde 1 a 967 días. Así, el promedio de duración de una acción de protección, tomando en cuenta los datos en conjunto de Cuenca y Guayaquil, es de 50 días. Sin embargo, si se toman en consideración los datos por separado se observa que los promedios varían considerablemente, ya que en Cuenca la duración promedio del procedimiento de apelación es de 23 días, en cambio las Salas de Guayaquil tardan aproximadamente 115 días para emitir su sentencia.

Esto significa que en Cuenca la mitad de procesos tienen una duración menor a 23 días y la otra mitad mayor a ellos, aplicándose lo mismo para el caso de los 115 días de Guayaquil. No hace falta resaltar que el término de duración de una apelación en Guayaquil supera los días que permanecen en el marco de la celeridad, especialmente si se lo compara con la ciudad de Cuenca. No obstante, es oportuno mencionar que el proceso de recolección de sentencias en las salas provinciales de Guayaquil, permitió mantener cierto contacto con los funcionarios judiciales, que indicaban al respecto que la enorme carga laboral de apelaciones ordinarias se constituye en sí como un problema para cumplir con la celeridad de las apelaciones de las acciones de protección, al igual que la falta de funcionarios auxiliares que mantienen una desestabilidad en la continuación de sus puestos.

2.3. Derecho de acceso a la justicia

Toda Constitución como referente normativo de un Estado prevé la prohibición de cualquier forma de denegación de justicia. En este sentido, todo derecho debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un órgano judicial. Siendo así, el derecho en cuestión se configura como derecho a la jurisdicción cuyo contenido es el de lograr de los órganos judiciales una respuesta a todas las pretensiones.

Este derecho resulta y se transforma en esencial en un Estado constitucional de derechos, ya que de nada serviría el reconocimiento de los derechos de las personas, si ellas no fueran aseguradas mediante la configuración de un derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para su protección en caso de ser violados. Este derecho es el del acceso al juez, al tribunal, al órgano jurisdiccional; es el derecho a la jurisdicción, el de acudir al juez natural, de presentar pretensiones procesales por medio de las acciones para que haya una efectiva tutela judicial para la defensa de los derechos.

Como se advierte, para que exista un debido proceso, el primer paso es el acceso al juez o tribunal y que este no impida dicho acceso, impidiendo, por ejemplo, que el accionante presente sus pretensiones, o no entrando a conocer de ellas, denegando su competencia, etc. El segundo es que el órgano judicial se pronuncie sobre las pretensiones deducidas, o sea, emita una resolución fundada en derecho. El tercero es que la sentencia recaída pueda ser impugnada ante una instancia superior, y cuarto es que el fallo sea debidamente ejecutado y cumplido, a fin de ser efectiva la declaración que contiene.

Tal como lo ha entendido la Corte Constitucional de transición, el acceso a la justicia:

[...] implica la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir a los órganos jurisdiccionales sin limitaciones y exigir la resolución de una controversia de acuerdo a las pretensiones formuladas. Este derecho tiene íntima relación con el derecho subjetivo de la acción, mediante el cual, acudimos a los órganos de justicia para obtener la tutela del Estado [...].¹²⁵

125 Sentencia n.º 014-10-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador.

Sin embargo, y a pesar de que se reconoce un acceso sin limitaciones —afirmación que eliminaría la posibilidad de que le legislador en un marco constitucionalmente admisible establezca límites al ejercicio del derecho— es necesario reconocer que todos los derechos tienen unos límites implícitos al relacionarse con otros derechos. Así, cuando la Corte Constitucional resolvió el caso referente al afianzamiento en materia tributaria dentro de las causas judiciales,¹²⁶ si bien indicó que la exigencia del pago de la caución del 10 %, antes de calificar la demanda, podría constituir una exigencia injustificada para acceder a la administración de justicia; es decir, podría constituir una limitante que impediría a los ciudadanos acudir a los órganos jurisdiccionales en tutela de sus derechos. Concluyó que:

[...] es claro que la exigencia de la caución del 10 % no constituye un costo/gasto en perjuicio del administrado, ya que se trata de un valor restituable que se lo deposita a título de garantía. En tal virtud, lo que se ve afectado con la norma acusada no es la gratuidad en la administración de justicia, sino el acceso a los órganos que administran justicia.¹²⁷

De esta forma, la Corte ha reconocido la posibilidad de que puedan existir límites constitucionalmente admisibles que no desvirtúan el derecho del acceso a la justicia y al propio principio de la tutela judicial efectiva.

En definitiva, se podría entender entonces que el derecho de acceso a la justicia se concreta en el derecho de posibilitar un libre acceso de las partes en un proceso, con la finalidad de poner en actividad a los órganos jurisdiccionales y obtener de esta forma una decisión principal

126 En la sentencia *ibidem* se indicó que: “En el caso *sub examine*, esta Corte constata que el afianzamiento en materia tributaria per se, no es una norma inconstitucional por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo; es decir, la inconstitucionalidad deriva de la forma como fue prevista por el legislador (momento en que se requiere de la rendición de la caución), mas no de lo que regula o pretende regular. Por lo tanto, se declara la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero bajo la condición de que la caución del 10 % sea presentada una vez calificada la demanda, preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva”.

127 Sentencia n.º 014-10-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador.

sobre las pretensiones deducidas. Pero que, en tanto que derecho de configuración legal, su ejercicio entraña el deber de cumplir con los presupuestos procesales legalmente establecidos.

Sin embargo, si se considera que el acceso a la justicia es parte del derecho a la tutela judicial efectiva, se impone desde su dimensión orgánica u objetiva una primera obligación, que debe ser cumplida de forma efectiva por los diferentes órganos con potestad normativa a la hora de diseñar y elaborar normas que involucren procedimientos que garanticen dicho acceso libre de trabas desproporcionales o excesivas que tiendan a vulnerar el contenido de este derecho.

Acerca de la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, la Constitución indica expresamente que esa forma de tutela se ha de reclamar ante ‘los tribunales ordinarios de justicia’; el dato excluye a priori la creación de una jurisdicción específica para la defensa de los derechos fundamentales al margen de los órganos judiciales encargados de las diferentes jurisdicciones ‘ordinarias’.

A ese respecto, la errónea interpretación de la naturaleza de estas acciones se refleja en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en la que, como su mismo nombre indica, se reúnen todos aquellos *procedimientos jurisdiccionales* considerados como *constitucionales*. Cuanto aquí se sostiene encuentra su reflejo en el ordenamiento español —el cual sigue a su vez las tradiciones alemana e italiana— en el que la existencia de una garantía judicial específica para los derechos fundamentales ha sido por largo tiempo una singularidad sin equivalentes en el derecho comparado más cercano.

Un ordenamiento en el que no faltan, obviamente, recursos especiales ante el Tribunal Constitucional o ante los tribunales supranacionales, esto es, al margen del Poder Judicial propiamente dicho, o mecanismos procesales de protección de derechos concretos, como el hábeas corpus. Pero, como señala Ignacio Díez-Picazo:

[...] lo que no existe [...] son instituciones procesales de tutela ante los Tribunales ordinarios de la generalidad de los derechos fundamentales. Estas instituciones de tutela diferenciada [...], que son típicas de los Tribunales Constitucionales y de jurisdicciones supranacionales, no existen en lo que

respecta a los Tribunales ordinarios, que tutelan los derechos fundamentales a través de los mismos cauces procesales que los demás derechos”.¹²⁸

Por estas razones, el desarrollo del artículo 53, numeral 2 de la Constitución española en el que se prevé el amparo ‘jurisdiccional’ o ‘ordinario’ ha impuesto la creación de varios procedimientos especiales en garantía de los derechos dentro de cada ámbito material, esto es uno por cada uno de los diferentes órdenes jurisdiccionales.¹²⁹

La elaboración normativa y doctrinal de esta nueva o más bien renovada categoría de ‘jueces constitucionales’ podría conllevar importantes dificultades en relación con la competencia de los jueces encargados de resolver la acción de protección. Esto es así en tanto que de manera generalizada se hace referencia al juez constitucional, entendiendo como tal tanto en los sistemas de control concentrado, como difuso o mixto, el

128 Este dato llevará al autor citado, entre otros, a cuestionar el acierto de la originalidad del artículo 53, numeral 2 de la Constitución y preguntarse si no sería suficiente con un régimen de protección que, contando con el remedio excepcional del amparo, se articulara en la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos comunes, sin más especificidad, en su caso, que la arbitrada por medidas concretas que aseguraran alguna celeridad procesal o por el juego de los mecanismos de la justicia cautelar. Ver Díez-Picazo Giménez, Ignacio. “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”. *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*. Andrés de la Oliva e Ignacio Díez-Picazo. Madrid, McGraw-Hill, 1996.

129 Este desarrollo mediante la creación de una pluralidad de procedimientos (o de adición de especialidades en los existentes) se inició ya antes de que entrara en vigor la Constitución misma, por obra de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que disciplinó la garantía de una parte de los derechos en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo. Con posterioridad, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 2/1979, Orgánica del Tribunal Constitucional, ampliaría el ámbito de la Ley 62/1978 a todos los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la Constitución, convirtiéndose así esta Ley en la principal norma de desarrollo de aquel precepto constitucional. La Ley 62/1978, diseñó unas garantías civil, penal y contencioso-administrativa que durante muchos años han constituido el núcleo del denominado ‘amparo judicial’. Hoy día solo continúan en vigor los artículos dedicados a la garantía penal, pues las previstas para los otros dos órdenes han sido respectivamente derogadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) y por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio). Por otra parte, también se han sucedido diversas normas reguladoras de procedimientos específicos para determinados derechos o ámbitos materiales: cabe mencionar los recursos electorales de la Ley 5/1985, Orgánica de Régimen Electoral General; la protección del derecho de reunión prevista en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio; la dispensada al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; o las garantías de derechos fundamentales en el ámbito laboral, disciplinadas en la Ley de Procedimiento Laboral.

máximo órgano de interpretación de la Constitución y ello en razón de su composición y competencias. Ahora bien, frente la extensión de esta categoría, a los jueces pertenecientes a la jurisdicción ordinaria hay que plantearse qué significa ser juez constitucional y, sobre todo, qué implicaciones puede llegar a tener para un juez, por ejemplo, uno de garantías penales u otro de la niñez y adolescencia, pasar a ser juez ‘constitucional’.

Si tomamos como referencia el contenido material de toda Constitución, en ella evidentemente confluyen los ámbitos en los que suele dividirse, desde el punto de vista competencial, la jurisdicción ordinaria ya que todo ámbito material jurisdiccional encuentra su disciplina fundamental en la Constitución cuyas disposiciones vinculan al juez a la hora de decidir. Por tanto, parece incorrecto hablar de juez constitucional solo en el caso en el que el juez ordinario sea encargado de resolver las diferentes ‘acciones’ previstas por la Constitución, en tanto que ello parecería indicar que un juez en el ejercicio de sus funciones ordinarias dejaría de ser juez ‘constitucional’ por ser tan solo juez de lo civil o de lo penal.

No obstante, podría haber otra interpretación en relación con lo previsto en el artículo 86, numeral 2 de la Constitución, pues al establecer que “Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos” prescinde de la competencia del juez por materia introduciendo una nueva categoría de jueces cuya competencia —que ordinariamente es material— se extiende, en estos casos, a la totalidad de los ámbitos constitucionalmente garantizados, justificándose así la definición de estos órganos como jueces constitucionales. Sin embargo, esta extensión podría afectar negativamente la eficacia de la acción de protección y, más en general aunque con matices de todas las acciones, en tanto que aun siendo cierto que todos los derechos son ‘constitucionales’ cada uno de ellos podría reconducirse a un determinado ámbito competencial y ello implicará que, por ejemplo, un juez de la niñez pueda tener que resolver asuntos fiscales o que un juez de tránsito deba ocuparse de la garantía de un derecho inherente al ámbito laboral.

La imposibilidad de asegurar una competencia ‘constitucional’ que sea lo suficientemente profunda como para dar cobertura satisfactoria a cada derecho y lograr una especialización del juez en todos los ámbitos en los que la acción de protección, así como fue configurada por el constituyente, le impone establecer si existe o no violación de un derecho; le permite

plantear la eventualidad de que en muchos casos la escasa *competencia material efectiva* del juez provoque un rechazo injustificado o una incorrecta resolución del caso.

En el marco de la segunda dimensión del derecho de acceso a los tribunales, la *subjetiva*, la actividad de los órganos jurisdiccionales en cuanto al derecho de acceso a la jurisdicción trae consigo ciertas consecuencias necesarias. Estas consecuencias quedan resumidas en el principio *pro actione*, en virtud del cual la tutela judicial efectiva como marco del acceso a la justicia se convierte también en un deber positivo de interpretar y aplicar las leyes —en especial, las leyes procesales— de la manera más favorable posible para la efectiva iniciación del proceso.¹³⁰

Así, el principio *pro actione* implica que deben evitarse los denominados ‘formalismos enervantes’. De aquí que, por una parte deberá permitirse, siempre que sea posible, la subsanación de defectos de forma al momento de la activación de un proceso y, por otra, deberá comprobarse que entre la causa de inadmisión y el resultado a que conduce exista una relación de proporcionalidad. Es el mismo respeto al contenido esencial del derecho el que exige que las causas de inadmisión deban ser interpretadas restrictivamente, así como que el sistema procesal en su conjunto sea interpretado de modo antiformalista.¹³¹

Debe quedar claro que la tutela judicial efectiva en relación con el acceso a la justicia puede quedar satisfecha tras la inadmisión de la pretensión interpuesta si ello se produce mediante una resolución razonada y fundada en derecho; porque debe tenerse en cuenta que el derecho de acceso a la justicia no consiste en el derecho a un proceso determinado y específico conforme a la prefiguración o delimitación que eventualmente pueda hacer el actor, sino que son los órganos judiciales los que, en aplicación de las normas competenciales vigentes, determinarán la clase de procedimiento que en derecho corresponda en cada caso.

130 Véase en este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en el informe 105/99 emitido en el Caso 10.194, “Palacios, Narciso –Argentina” (publicado en LL, 2000-F, p. 594) ha establecido que “Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio ‘*pro actione*’, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”.

131 Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo. “Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la justicia constitucional (I y II)”, ambos en *Revista de derecho público*, n.º 16, 1982, pp. 39-64 y n.º 17, 1983, pp. 177-201, respectivamente.

Pero, si legalmente existen diversas vías posibles y la seleccionada por el actor cumple objetivamente los requisitos de corrección procesal, su privación o denegación indebida supondrá una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Además, como ya se apuntó, la propia naturaleza del derecho, que abre la puerta a la jurisdicción, exige interpretar siempre los requisitos para tal acceso de la forma más favorable (*principio pro actione*), lo que supone, entre otras cosas, que ha de comprobarse que entre la causa legal de inadmisión y el resultado a que conduce exista una relación lógica de proporcionalidad. Es, pues, lo mismo respecto al contenido esencial del derecho, lo que exige que las causas de inadmisión deban ser interpretadas restrictivamente, así como que el sistema procesal en su conjunto sea interpretado de modo antiformalista ya que no puede acudirse a aplicaciones o interpretaciones de las reglas y formas procesales que, aunque pudieran acomodarse al tenor literal del texto normativo, resulten contrarias a su espíritu y finalidad a la luz de la Constitución; pero ello no quiere decir, por supuesto, que las formas procesales carezcan de significación o que deban ser minusvaloradas o no aplicadas, sino sencillamente el reconocimiento de que no toda irregularidad formal debe constituir obstáculo insalvable para el acceso y la prosecución del proceso.

Este derecho implica también la interdicción de toda inmunidad de jurisdicción o la exclusión del control jurisdiccional sobre un acto o conducta de cualquier persona, entidad o grupo que sea, estatal o particular, pública o privada, natural o jurídica. Y es más, la interdicción de todo medio, arbitrio o artificio que implique indefensión de la víctima.

En este sentido, se produce *indefensión* también cuando habiendo vías procesales expeditas y eficaces, como en el caso de la acción de protección, se le impide su uso a pretexto de que existen otras vías procesales más adecuadas pero al mismo tiempo más largas y complejas, ya que ello, de alguna forma, impide la defensa del derecho que el propio ordenamiento prevé, y conlleva por tanto la que podría ser definida como una denegación de justicia encubierta. De allí la importancia de los llamados ‘requisitos de procedencia’, especialmente en un sistema en el que la Constitución confía a órganos de la Función Judicial la defensa de todos los derechos.

Obviamente, la tutela garantizada por la Constitución se extiende a todos los derechos; sin embargo, la Constitución ha previsto para estos,

además de mecanismos de protección tales como la acción extraordinaria de protección, un procedimiento específico de garantía por parte de los mismos jueces y tribunales ordinarios. En definitiva, no solo se ha desdoblado orgánicamente la protección de los derechos, confiando su defensa primera a la Función Judicial y una defensa extraordinaria a la Corte Constitucional, sino que la dispensada por la jurisdicción ordinaria se descompone, a su vez, procedimentalmente, en una protección ordinaria y en varias especiales que son, por un lado, la acción de protección prevista en el artículo 88 de la Constitución y, por otro, las que se encargan de tutelar de manera específica la defensa de determinados derechos (hábeas corpus, acceso a la información pública, etc.).

La peculiaridad de la acción de protección es que se articula como procedimiento establecido con un fin específico: la protección de los derechos reconocidos en la Constitución. La utilización de este procedimiento solo es factible cuando se produce una lesión de derechos; por ello, la inadmisión del recurso será una consecuencia lógica cuando esté fundamentado en un acto o disposición que no repercuta de forma directa sobre un derecho.

Es evidente que la nota de especialidad viene atribuida al procedimiento sencillo, rápido y eficaz en función de la finalidad para la cual fue constitucionalizado: la protección, por medio de una vía sui generis de los derechos reconocidos en la Constitución. En este sentido, el objeto de la acción de protección es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto u omisión del poder público o de los particulares afecta o no a los derechos fundamentales de la persona y constitucionales de la naturaleza, mientras que los restantes aspectos de la actividad en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario.

En el sentido indicado, podría afirmarse que el factor definitorio de la especialidad o, incluso, de la excepcionalidad que caracteriza esta acción radica en la naturaleza directamente constitucional de su objeto, esto es, la salvaguarda de los derechos ante los actos de los poderes públicos y, en algunos casos, de personas naturales y jurídicas que puedan lesionar su integridad, así como reconocida en la Constitución. Es decir, la línea divisoria para poder instrumentar la acción radica en que se trate de actos que lesionen derechos en aspectos de dimensión constitucional y no de mera

legalidad, sin perjuicio, en este último supuesto, de que la defensa de los intereses legítimos pueda residenciarse antes los Tribunales mediante el procedimiento ordinario que proceda.

Por lo que respecta al ordenamiento ecuatoriano, la acción de protección tiene por objeto “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución” y podrá interponerse cuando exista cualquier 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, imponiendo el requisito de la gravedad del daño tan solo en el caso en el que la violación proceda de una persona particular.

Acerca del objeto de la acción de protección, y haciendo una comparación con el ordenamiento español, hay que poner de relieve que si bien la Constitución española, al igual de la del Ecuador, no prevé como requisito de la petición la inminencia de daño grave, sí limita el que se define como amparo judicial a los derechos reconocidos en los artículos que van desde 14 a 29. Además, esta protección especial solo se extiende a lo que en estos artículos de la Constitución pueda definirse como derechos subjetivos, pero no a la totalidad del contenido de estos preceptos, en ocasiones mucho más amplio.

Cabe preguntarse ¿cuáles son los elementos que permitirán discernir el procedimiento ordinario del procedimiento especial en el ordenamiento de Ecuador?

El legislador ecuatoriano hace referencia a “la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.¹³²

Establecer cuándo el recurso ordinario garantiza o no la protección inmediata o cuándo “no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos”, no es una tarea fácil y hay que presumir que, si no se definen claramente estos requisitos, la efectividad de la acción resultará seriamente afectada.

132 Artículo 40 de la LOGJCC. Caso similar ocurre con la acción de tutela colombiana: “Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, aunque en el caso de la Constitución del país vecino (art. 86, inciso 3) a este presupuesto se lo condiciona a un excepción: “salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

2.3.1. *Los requisitos y los supuestos de improcedencia de la acción de protección*

Ahora bien, *improcedencia* significa una calificación negativa por parte del juez, mediante la cual se rechaza la demanda al carecer de requisitos de fondo mínimos que tienen que ver con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

El artículo 88 de la Constitución ecuatoriana establece que:

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

Una lectura simple y literal de la norma constitucional señala la evidencia de que el objeto esencial de la acción de protección, desde un punto de vista estrictamente constitucional, es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; en consecuencia y de inicio nos queda absolutamente claro que no se trata de una garantía excepcional en el sentido de residual, subsidiaria. Esto significa que en Ecuador cada proceso, el constitucional y el ordinario, tendrán su propia naturaleza, su propio ámbito de protección y su propia finalidad, y será la justicia constitucional y ordinaria la que determinará —seguramente a partir de la jurisprudencia— las circunstancias concretas bajo las cuales cada uno de ellos debe operar, dentro de un “Estado constitucional de derechos y justicia” y de la dinámica del sistema de fuentes del derecho que en él se identifica, en el cual la jurisprudencia juega un papel fundamental.

Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), artículos 40 y 42, establece una serie de presupuestos bajo los cuales una acción de protección debe ser inadmitida,

lo que implica la necesidad de tratar de establecer —al menos de forma teórica— si los mismos guardan coherencia con lo previsto en el artículo 88 de la Constitución de la República y si se trata de reglas regulativas o restrictivas.

El artículo 40 de la LOGJCC establece que la acción podrá presentarse cuando concurren los siguientes requisitos: 1) Violación de un derecho constitucional; 2) Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; 3) Inexistencia de otro mecanismo de defensa jurídica adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Por su parte, el artículo 42 de la LOGJCC, respecto de la improcedencia de la acción, señala que la garantía es improcedente: 1) Cuando de los hechos no se desprenda que exista una violación de derechos constitucionales; 2) Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que en tales actos se deriven daños susceptibles de reparación; 3) Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de un derecho; 4) Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestra que la vía no fuere adecuada ni eficaz; 5) Cuando la presentación del accionante sea la declaración de un derecho. En la parte final del mismo, se señala que en estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

Antes de entrar a estudiar cada uno de los presupuestos de improcedencia o inadmisión que regula el artículo 42 de la LOGJCC, hay que poner de relieve que el legislador al utilizar indistintamente los términos ‘improcedencia’ e ‘inadmisión’ parece olvidarse de la profunda diferencia que existe entre ellos y, además, que esta imprecisión puede crear cierta confusión en los jueces, tanto en este momento procesal como a la hora de resolver las acciones de protección.

Como es sabido, el juez tiene el deber de *calificar preliminarmente* la demanda, pudiendo admitirla, declararla inadmisibile o improcedente. La improcedencia es una calificación negativa por la que se rechaza la demanda al carecer de requisitos de fondo mínimos que tienen que ver con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Pero, ¿en qué consiste la inadmisibilidat y la improcedencia?

La omisión o defecto del cumplimiento de los requisitos formales acarrea la inadmisibilidad, otorgándose un plazo para subsanar; mientras la falta de requisitos de fondo provoca la improcedencia. En ambos casos, la resolución deberá producirse mediante un auto, para permitir al juez exponer las razones de su decisión.

Según esta definición, es obvio que en aplicación del artículo 42 el juez no debería dictar la inadmisión del recurso —que solo se daría en los casos de no cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 10 de la LOGJCC y cuando no haya una grave vulneración de derechos—,¹³³ sino exclusivamente la improcedencia.

También hay que evidenciar otro grave fallo en la redacción del último inciso de este artículo a la hora de establecer que en estos casos “*de manera sucinta* el juez declarará mediante auto improcedente la acción” (énfasis añadido).

Como se verá, solo los numerales 2, 5, 6 y 7 del artículo 42 de la LOGJCC admiten una *sucinta* justificación de la improcedencia ya que bastará con que el juez haga constar que la vulneración del derecho ha sido evitada en tanto que los actos han sido revocados o extinguidos, o bien que se está solicitando la declaración de la existencia de un derecho, o que se trate de un providencia judicial o bien que se trata de un acto del Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, las otras causas de improcedencia ameritan una justificación ya que, como ya se apuntó, la tutela judicial efectiva en relación con el acceso a la justicia puede quedar satisfecha tras la inadmisión de la pretensión interpuesta tan solo cuando ello se produce a través de una resolución razonada y fundada en derecho. Las razones que permiten llegar a esta conclusión resultarán claras una vez se haya procedido al estudio de cada uno de los supuestos de improcedencia.

En consideración a esas observaciones, reflexionemos sobre el numeral 1 del artículo 42, que establece que la acción no procede: “Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales”. De esta afirmación podría deducirse que el legislador ecuatoriano

133 En relación con los requisitos formales, también hay que volver a lo que se apuntó con anterioridad, esto es que en aplicación del artículo 10 de la LOGJCC el juez deberá tener en cuenta el principio *pro actione* que implica que deben evitarse los denominados ‘formalismos enervantes’. De aquí que deba permitirse, siempre que sea posible, la subsanación de defectos de forma al momento de la activación de un proceso.

haya tomado como punto de partida la diferenciación existente entre derechos propiamente constitucionales o ‘reconocidos en la Constitución’, según lo determina expresamente el artículo 88 de la Constitución, y aquellos otros derechos ‘no constitucionales’ u ‘ordinarios?’ que pueden ser reclamados mediante los mecanismos de justicia ordinaria. Sin embargo, esta interpretación contradice el contenido del artículo 11, numeral 6 de la Constitución ecuatoriana, que establece que “todos los principios y derechos son interdependientes y de igual jerarquía” y, por tanto debe entenderse que procede siempre que sea planteada en protección de derechos reconocidos en la Constitución y, según una interpretación sistemática de la misma, respecto de vulneraciones a derechos humanos garantizados en tratados o instrumentos internacionales, e inclusive derechos naturales no positivados.¹³⁴

Frente a ello, en la doctrina y en la práctica constitucional, seguramente con el propósito de evitar una desnaturalización de la acción de protección como garantía constitucional, se entiende que la acción procede frente a la vulneración del ‘contenido constitucional’ del derecho, mas no de la dimensión legal del derecho, como podría ser el caso de los derechos estrictamente patrimoniales o de fuente *ex contractu*, ya que para ellos el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto garantías suficientes ante la justicia ordinaria.¹³⁵

Quizás en este punto habría que plantear si esta distinción entre contenidos constitucionales frente a contenidos legales o de fuente *ex contractu* implicaría o no violación del artículo 11, numeral 6 de la Constitución, al que se hizo referencia con anterioridad; así como, si y en qué medida es posible establecer que la afectación de una dimensión legal del derecho de una persona, por ejemplo en su ámbito patrimonial, no pueda llegar en algunos casos afectar su dignidad. Podríamos hablar en

134 En este sentido, véase el numeral 7 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana.

135 Juan Montaña Pinto, “Aproximación a los elementos teóricos de la acción de protección”, *op. cit.*, pp. 108 y 109. Según este autor: “Ello por cuanto, como bien ha demostrado Ferrajoli, todos los derechos tienen varias dimensiones y particularmente la acción de protección ha sido instituida para tutelar aquellos aspectos de los derechos de las personas y de la naturaleza relacionados con su dignidad. Si se trata de una vulneración de otra dimensión legal, particularmente del ámbito patrimonial del derecho, la vía procesal adecuada para resolver el conflicto está definida y desarrollada por el derecho ordinario”.

ese sentido de una afectación que podría guardar conexidad con un derecho constitucional.¹³⁶

Frente a esta duda, tal vez sería aconsejable que la Corte Constitucional se pronunciara por medio de una sentencia interpretativa, para aclarar que los derechos de origen legal, ordinarios o reales no encuentran protección vía acción de protección, ya que para ellos existen los mecanismos adecuados y eficaces en la justicia ordinaria.

En concreto, una vez planteada una demanda de acción de protección, el juez deberá constatar acerca de si el derecho acusado de violación reúne las características, presupuestos o estructura de un derecho constitucional. De lo contrario, procedería un rechazo in limine, debiendo el mismo juez señalar cuál es la vía ordinaria adecuada para satisfacer su pretensión. Esta labor, desde luego, debería ser llevada a cabo con una adecuada argumentación, y no mediante un auto sucinto como establece la LOGJCC.

Este razonamiento permitiría además superar la idea de residualidad, que todavía persiste en varias resoluciones, en tanto que herencia del paradigma jurídico formalista predominante en el Estado liberal de derecho, en el cual el principio de legalidad era el predominante. Ante ello, no puede dejarse de señalar que la causal de improcedencia contenida en el artículo 42, numeral 1, es simplemente no idónea). Además su no idoneidad se demuestra por el hecho de que, en el caso en que se excluyera la interpretación planteada con anterioridad y se consideraran que con ‘derechos constitucionales’ se entendieran todos los derechos, habría entonces que plantearse otra cuestión, esto es que el objeto de la acción de protección vendría a coincidir con esta causa de inadmisión, porque es exactamente tarea del juez mediante la acción de protección establecer si los hechos denunciados por el recurrente violan o no el derecho invocado.

El juez en los fallos en los que deniega la acción resuelve declarar sin lugar la misma, dado que no existe violación a derecho constitucional

136 En Colombia recordemos que el uso de la tesis de la conexidad ha permitido una ampliación de la protección de los derechos. Véase al respecto, entre otros, Arango, Rodolfo. “Justiciabilidad de los derechos fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un iusconstitutionale commune en Latinoamérica”. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un ius-constitutionale commune en América Latina*. Coords. Armin von Bogdandy et al. México, D. F., Heidelberg, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011, pp. 21 y ss.

alguno, motivado en los antecedentes expuestos en la parte expositiva y considerativa de su sentencia. Si esto es así, hay que preguntarse ¿cómo puede el juez al momento de la admisión llevar a cabo tan compleja tarea? Y, sobre todo, ¿cómo hacerlo sin entrar en el fondo?

La confusión antes apuntada provoca, como se verá, otro grave problema ya que induce a los jueces a resolver en sentencia declarando en algunos casos que ‘la acción de protección inadmisibles’ sin ningún tipo de motivación, cuando en realidad lo que debieron haber declarado es la denegación de la violación del derecho.¹³⁷

Por último, debemos resaltar que, ante cualquier interpretación de este supuesto, el juez, para no vulnerar la tutela judicial efectiva, tendrá que entrar a explicar las razones de la improcedencia, por tanto resultaría insuficiente la sucinta motivación a la que hace referencia el último apartado del artículo que se comenta.

El numeral 2 del artículo 42 no plantea mayor problema. De hecho, en caso en que el acto haya sido extinguido o revocado está claro que no podría producir efecto alguno respecto a un derecho constitucional.

En cuanto a la improcedencia para la revisión de asuntos de mera legalidad o constitucionalidad en virtud de una interpretación sistemática de la Constitución, resulta evidente que para cuestiones de mera legalidad que no conlleven vulneraciones de derechos constitucionales, los mecanismos idóneos para atender dichos conflictos son aquellos inherentes a la justicia ordinaria, así como queda establecido en los artículos 177 y siguientes del texto constitucional. En caso de constatarse conflictos de constitucionalidad, serán las acciones públicas de constitucionalidad previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 436 de la Constitución, los mecanismos adecuados para resolver este tipo de conflictos. No obstante, en ambos casos, el juez tendrá que entrar a explicar argumentativamente las razones que determinan la decisión de improcedencia, y por tanto, el mismo no debería cumplir con lo requerido por el último apartado del artículo 42 de la ley.

La improcedencia frente a actos administrativos que puedan ser impugnados en la vía judicial ordinaria, salvo que se demuestre que la vía

137 Entre algunos ejemplos podemos mencionar la resolución emitida por el Juzgado Décimo Tercero de la Niñez y la Adolescencia del Guayas, n.º 2010-0079.

no fuere adecuada ni eficaz, prevista en el numeral 4, plantea un interrogante: ¿Por qué el legislador circunscribe el tema solamente a actos administrativos y no se refiere a los actos de autoridad pública en general, según el texto del artículo 88 de la Constitución?

Al estudio formal y material de esta disposición, entre otras, se ha dedicado Montaña, autor que plantea tres diferentes lecturas formales de la disposición. La primera en consonancia con la definición clásica de acto administrativo que restringiría su aplicación a los actos con efectos particulares y concretos.¹³⁸ La segunda plantea la posible equivalencia entre acto administrativo y acto de la administración cuya consecuencia sería dejar fuera de esta cláusula de improcedencia los actos de los funcionarios y órganos del Estado no pertenecientes al ejecutivo.¹³⁹ La tercera propone “la definición de acto administrativo como manifestación de voluntad de la administración”, siendo esta la más restrictiva ya que “dejaría por fuera del filtro analizado un buen número de situaciones potencialmente violadoras de los derechos constitucionales [...] haciendo inaplicable la disposición frente a las omisiones de los poderes públicos”.¹⁴⁰

No obstante, en la práctica resulta inusitado pensar que el legislador haya implementado una prohibición de procedencia de la acción a una categoría de actos que, posiblemente, es la que genera el mayor número de vulneraciones a derechos constitucionales; y si, por otra parte, la idea hubiese sido la de evitar la yuxtaposición entre la acción de protección y el recurso subjetivo o de plena jurisdicción propio de la jurisdicción contencioso administrativa, este resultado podía ser conseguido con la simple implementación de los filtros previstos en los numerales 1 y 3 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que regulan la improcedencia de la acción respecto de asuntos de mera legalidad que no conlleven vulneraciones a derechos constitucionales.

Resulta claro que, como afirma Montaña, esta previsión reintroduce el concepto de subsidiariedad o residualidad de la acción y, por tanto,

138 Montaña Pinto, Juan. “Aproximación a los elementos teóricos de la acción de protección”. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 112.

139 *Ibid.*, p. 113.

140 *Ibid.*

desde este punto de vista la disposición legal, plantea un evidente conflicto con los artículos 86 y 88 de la Constitución, razón por la que debería considerarse anticonstitucional.¹⁴¹

Sin embargo, atendiendo a una interpretación de la ley conforme con la Constitución, y a un criterio de eficiencia de la acción de protección, sería posible proponer una solución a la anticonstitucionalidad antes planteada. En efecto, si se toma en consideración que la voluntad del constituyente fue la de crear un instrumento que garantizara eficazmente una respuesta frente a la violaciones de derechos vinculados a la dignidad de las personas, y no una simple instancia adicional a las vías ordinarias de protección de los derechos, y se entiende que el legislador quiso con esta disposición establecer un cauce para evitar abusos frente a esta garantía, entonces podría vislumbrarse una posible solución al problema.

De hecho, si se vuelve a la distinción antes planteada entre contenido del derecho vinculado a la dignidad de las personas y contenido del derecho vinculado al ámbito patrimonial; y de ella se excluye la interpretación de estos 'contenidos' por medio de la que se llega a fundamentar la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales; en tanto que, esta última no estaría conforme con el artículo 11, numeral 6 de la Constitución, según el cual los derechos gozan de igual jerarquía, podría plantearse que la vulneración de un mismo derecho por un mismo acto puede provocar diferentes afectaciones a las personas y, más concretamente, puede vulnerar en algunos casos el contenido del derecho vinculado con la dignidad y en otros su contenido patrimonial.

En ese sentido, el juez debería entrar a interpretar los términos 'adecuado y eficaz' en relación con la gravedad de la afectación respecto de la dignidad de las personas. Ello debido a que, por ejemplo, la falta de pago del alquiler de una vivienda no afecta de igual manera el derecho a una vida digna de un jubilado que vive de dicho alquiler que el de una persona que cuenta con la renta de diez departamentos; así como la expulsión de un niño de un colegio público tendrá diferente repercusión en su derecho a la educación en relación con la capacidad de la familia de costear o no un colegio privado. Es evidente que en estos casos podría fácilmente establecer un discrimen acerca del tipo de recurso más adecuado y eficaz. Así

141 *Ibid.*

entendido, el requisito establecido por el numeral 4 no solo sería constitucionalmente legítimo, sino que además constituiría un elemento esencial para evitar el abuso frente a la acción de protección.

Lo único que se merece subrayar es que, según la interpretación antes propuesta en caso de declarar la improcedencia, el juez tendrá, insoslayablemente, que exponer las razones que justifican la consideración de la vía ordinaria como la más adecuada y eficaz.

Por lo que concierne a la improcedencia de la acción de protección en los casos en que el accionante pretenda la declaración de un derecho, causal contemplada en el artículo 42, numeral 5, se trata de un enunciado que no amerita ningún comentario en tanto que todos los derechos protegidos por la acción de protección se encuentran declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, y la labor del juez es exactamente la de garantizar estos derechos.

En cuanto a la improcedencia respecto a providencias judiciales, artículo 42 numeral 6, se sabe que la vía constitucionalmente diseñada para el control de las providencias judiciales es la acción extraordinaria de protección prevista en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República.

Finalmente, la improcedencia ante actos u omisiones emanados del Consejo Nacional Electoral que solo puedan ser impugnados ante el Tribunal Contencioso Electoral, se trata de una prohibición directa que plantea varias cuestiones, entre ellas, cuáles son los casos que no pueden ser impugnados ante el Tribunal Contencioso Electoral y para los cuales podría plantearse una acción de protección. En la jurisprudencia no hay claridad al respecto, lo cual inexorablemente plantea la existencia de una forma de residualidad en el ámbito electoral. Además, hay que señalar que las decisiones adoptadas por el Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales tampoco pueden ser revisadas por la Corte Constitucional vía acción extraordinaria de protección, con lo cual no existiría en la práctica forma de acceder a las garantías de derechos constitucionales cuando la vulneración provenga de una decisión de la Función Electoral.

Es evidente que esta decisión del legislador afecta el espíritu de la Constitución, ya que con ella se desconoce a la Corte Constitucional como máximo órgano de control del respeto de las normas fundamentales,

vulnerando indirectamente el principio de supremacía constitucional garantizado por dicho órgano y declara, al mismo tiempo, la intangibilidad de las decisiones del poder electoral, una declaración que no solo se configura como inconstitucional, sino que niega la esencia misma del Estado constitucional de derechos.

Todas las prevenciones hasta aquí esbozadas teóricamente han encontrado sustento en el estudio empírico cuantitativo y en el análisis cualitativo.

Al efecto, las resoluciones analizadas en primera instancia se clasificaron en dos diferentes tipos dependiendo de la naturaleza del acto procesal que configura la resolución final, es decir, en autos definitivos y sentencias con las que ‘se inadmite’.

En Cuenca, los autos definitivos representan el 13 % y las sentencias el 87 %. En Guayaquil, los autos definitivos constituyen el 17 % y las sentencias el 83 % de las resoluciones analizadas. Esto significa que las 2.116 resoluciones que constituyen el universo estudiado (en primera instancia) se desglosan en:

<p>Resoluciones 2116 (primera instancia):</p> <p>a) 325 son autos definitivos (98 Cuenca + 227 Guayaquil, respectivamente).</p> <p>b) 1.791 son sentencias (655 en Cuenca + 1.136 de Guayaquil). Sentencias mediante las cuales se inadmite: 856.</p>
<p>Total de autos y sentencias mediante los cuales se inadmite:</p> <p>1.181 (55,8 % aprox.).</p>

Es notoria la diferencia existente entre autos definitivos y sentencias, aunque para profundizar la imagen que ofrecen estos datos, es necesario remitirse a la LOGJCC, que establece que dentro del proceso de acción de protección el juez o jueza debe *calificar la demanda*, en cuyo caso aceptará el trámite de la misma o definirá su inadmisión o improcedencia a través de auto definitivo (art. 13). De otro lado, el artículo 15 de la LOGJCC establece que el proceso podrá terminar mediante auto definitivo que declare el desistimiento o apruebe el allanamiento, o mediante sentencia, no haciendo referencia a los autos de inadmisión o improcedencia ya que dichos autos no suponen la apertura de la acción de protección.

Sin embargo, y a pesar de esta distinción, hay que insistir en que las inadmisiones no son solo las dictadas en los 325 autos definitivos, ya que a ese número deben sumarse 856 sentencias que inadmiten o declaran improcedente la acción de protección, ascendiendo a un total de 1.181 *inadmisiones* sobre un total de 2.116 acciones de protección estudiadas. Esto significa que en la práctica las inadmisiones representan aproximadamente el 55,8 % del total de resoluciones estudiadas.

En principio, podría parecer insólito que exista una tendencia mayoritaria de los jueces a dictar *inadmisiones a través de sentencia* en lugar de utilizar autos en la etapa inicial. Sin embargo, si se atiende a cuanto se ha expresado con anterioridad y a las causales o supuestos jurídicos que los jueces utilizan para inadmitir la acción de protección mediante sentencia, puede llegarse a entender esta peculiaridad.

Vale subrayar que el estudio cuantitativo de este aspecto se realizó utilizando como parámetros las disposiciones que sirven o sirvieron de fundamento para declarar la improcedencia en sentencia, establecidas en la LOGJCC.

Al efecto, las sentencias se dividieron en cuatro bloques:

En primer lugar, las de inadmisiones que se fundamentan en disposiciones contenidas en la resolución de la Corte Constitucional sobre las *reglas para su ejercicio en el período de transición* y que reúnen 104 casos.¹⁴²

En segundo lugar, aquellas que fundamentan la inadmisión en los artículos 40, 41 y 42 de la LOGJCC y que ascienden a 599 sentencias.

En tercer lugar, aquellas que se fundamentan en otras disposiciones, un total de 79 sentencias.

Por último, se encuentran también aquellas sentencias que no especifican ninguna fundamentación para la inadmisión de 74 sentencias.

Las causales de inadmisión que este grupo de sentencias (total 104) refleja en aplicación de las *reglas para el ejercicio de la Corte Constitucional en el período de transición* se anotan en la Tabla n.º 5.

¹⁴² Aunque la aplicación de dicha Resolución emitida por la Corte Constitucional debió registrarse en casos que se hayan resuelto en el período anterior a la vigencia de la LOGJCC, se han encontrado 12 sentencias que se fundamentan en la Resolución de la Corte y cuya demanda es presentada posteriormente a la entrada en vigor de la LOGJCC.

Tabla n.º 5

Disposiciones normativas que fundamentan las inadmisiones Reglas de la Corte Constitucional		Número de resoluciones Total: 104
Art. 43. Principios de aplicación de las garantías jurisdiccionales.-	3.No subsidiariedad.- No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.	12
Art. 50. Improcedencia de la acción.- La acción de protección no procede:	Menciones de forma general sin especificar numeral.	34
	a) Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa;	56
	d) En caso de duda respecto al agotamiento o no de las acciones ordinarias, se admitirá a trámite la demanda de protección, sin perjuicio de las eventuales sanciones por la interposición abusiva o temeraria de la acción; y	1
	e) Cuando se trate de providencias judiciales.	1

Fuente: Elaboración propia, 2013.

En cuanto al grupo de sentencias que se fundamentan en disposiciones de la LOGJCC, además de los artículos 40 y 41, el referente más fuerte fue el artículo 42 en los numerales 1, 3, 4 y 5. Sin embargo, hay que apuntar que en el marco del estudio cuantitativo ha resultado difícil identificar con exactitud la causal de la declaración de inadmisión de la acción protección, en tanto que un considerable número de resoluciones hacen alusión a más de una. Sin embargo, es posible ofrecer datos numéricos que reflejen las citas normativas que realizan las sentencias, que inadmiten las acciones de protección.

Tabla n.º 6

Disposiciones normativas que fundamentan las inadmisiones en la LOGJCC		Número de resoluciones Total: 499
Art. 40. Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:	Menciones de forma general sin especificar numeral.	8
	1. Violación de un derecho constitucional.	4
	2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente.	2
	3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.	13
Art. 41. Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra:	Menciones de forma general sin especificar numeral.	4
	1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.	2
	2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.	0
	3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.	0
	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.	2
	5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.	0

Art. 42 Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:	Menciones de forma general sin especificar numeral.	20
	1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.	106
	2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.	15
	3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.	72
	4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.	192
	5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.	46
	6. Cuando se trate de providencias judiciales.	12
	7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral público que viole los derechos y garantías.	1

Fuente: Elaboración propia, 2013.

Por último, hay que considerar aquellas sentencias que fundamentan la inadmisión en otras disposiciones normativas; estas constituyen un número menor en comparación con los otros grupos, pues son casos individualizados que muestran el uso de otras disposiciones normativas. Sin embargo, resulta interesante y de forma ejemplificativa, mencionar algunas disposiciones que sirven para las inadmisiones, para lo cual se recomienda seguir el texto de las diferentes normas, encontrándose aquellas de la misma LOGJCC como los artículos 3, 4 (numeral 14), 8 (numeral 6), 10 (numeral 6), 13 (numeral 1), 15 (numeral 3), 23, 24, 31, 39 y 75. También se identifican inadmisiones fundamentadas en la Constitución, concretamente en los artículos 76 (numeral 7), 86 (numerales 2 y 3), 88, 89, 94, 160, 173, 349, 436 (numerales 2 y 4). Y además se halla un pequeño subgrupo de sentencias que fundamentan las inadmisiones en resoluciones o sentencias de la Corte —e incluso del ex Tribunal

Constitucional—, así como en normas pertenecientes a otros ámbitos jurídicos como el Código Penal, Código Tributario, Código de Trabajo, Ley de Contratación Pública y la Ley Orgánica de Servicio Público.

Al elevado número de inadmisiones relevado en el análisis cuantitativo (55,8 % del total de las resoluciones estudiadas —325 autos y 856 sentencias de inadmisión— que fueron 2.116 en primera instancia) hay que añadir la consideración que tanto en el caso de las sentencias, como de los autos, las causales más utilizadas por parte de los jueces son las previstas en el artículo 42 de la LOGJCC. De un total 1.181, exactamente 464 sentencias y 270 (734, es decir 62,1 % del total) resoluciones de inadmisión utilizan una o varias de las causales previstas en este artículo.

Entrando en el detalle, lo más sorprendente no es que la mayoría de las sentencias de inadmisión sean dictadas utilizando los numerales 1, 3 y 4 del artículo 42, ya que como se vio todos ellos desde nuestro punto de vista ameritan unas consideraciones de fondo para ser evaluados; sino son las *sentencias* que como cláusula de inadmisión invocan los numerales 2, 5, 6 y 7, que aun no siendo muchas suman un total de 74 (el 14 % de 499), pues, como se demostró, estos numerales no necesitarían de ningún tipo de aclaración más que la pura constatación de su existencia.

En lo que se refiere a los resultados del *análisis cualitativo*, las 141 sentencias de inadmisión de primera instancia arrojan indicios aún más pesimistas.

En el día a día los jueces han optado por aplicar las restricciones contempladas en la LOGJCC, absteniéndose de aplicar directamente la Constitución, probablemente por temor a una eventual sanción. Esto evidentemente conlleva un reforzamiento del principio de legalidad, pues en materia de inadmisiones la herramienta utilizada por los jueces —como es lógico— es el texto literal de la ley y no la norma constitucional. La consecuencia de ello es que a la acción de protección se le está dando una naturaleza residual que no guarda relación alguna con un Estado constitucional de derechos y justicia.

Las resoluciones estudiadas tienden a dibujar a un juez reactivo, que se limita a aplicar la norma legal, privilegiando la restricción a las acciones de protección vía inadmisión de todas aquellas que no hayan agotado previamente las vías judiciales o administrativas, o que puedan eventualmente ser conocidas y tratadas en ellas. Todo esto parece operar bajo el

prejuicio que con esta actitud se va a evitar un torrente de causas, sin importar, aparentemente, las graves consecuencias que de ello se derivan desde una perspectiva garantista, permitiendo afirmar que en materia de inadmisiones la función del juez constitucional se limita cumplir con la regla residual.¹⁴³

En muchos casos, a pesar de arrojar indicios fuertes de violaciones constitucionales manifiestas, las acciones de protección son declaradas improcedentes en base a restricciones normativas. Además, las cláusulas de improcedencia se utilizan mal y se confunden. Así, por ejemplo, en muchas ocasiones el juez utiliza el supuesto previsto en el artículo 42, numeral 1 de la LOGJCC, sin tomar en cuenta que el accionante podría presentar una acción de tipo contencioso administrativa ante los tribunales competentes, lo que evidencia que el acto administrativo podía ser impugnado en la vía judicial en forma adecuada y eficaz.

La acción de protección se desnaturaliza, tanto si se la utiliza ante cualquier conflicto que bien podría ser solucionado ante la justicia ordinaria, como si siempre se rechaza con argumentos como la inexistencia del derecho violado, la existencia de otras vías judiciales o administrativas para el caso, la improcedencia por tratarse de declaración de un derecho, cuestiones de mera legalidad, etc., sin la debida motivación y argumentación constitucional, como está ocurriendo en la práctica, en la que sobre la base a una subsunción —digamos que muy limitada— se resuelven los conflictos del modo más elemental y sobre todo menos conveniente para la tutela de los derechos, es decir, declarando improcedencias e inadmisiones.

143 Así, por ejemplo, en la Sentencia n.º 2009-2244 del Juzgado Cuarto de Trabajo del Guayas, el juez en su resolución de forma expresa indica que no consta de autos que se “hayan agotado los trámites judiciales ordinarios o administrativos, ya sea ante los juzgados de Trabajo o antes los tribunales de lo Contencioso administrativo o haya siquiera presentado su reclamación en el Ministerio de Relaciones Laborales [...]”, considerando la acción de protección como acción residual que requiere el agotamiento de las vías ordinarias. En sentido similar, en otros casos se considera que “la parte accionante no ha agotado las etapas ordinarias del reclamo, administrativas o judiciales de un tema de mera legalidad”, como en la Sentencia n.º 2009-6367 del Juzgado Duodécimo de la Niñez y la Adolescencia del Guayas. Véase también el Fallo n.º 2010-1568 del Juzgado Décimo Cuarto de la Niñez y la Adolescencia del Guayas, donde en la parte que interesa al punto se expresa: “El accionante no ha agotado la vía administrativa, mediante la Ley Orgánica de lo Contencioso Administrativo, haciendo esto inadmisibile el recurso [...]”.

Finalmente, hay que volver sobre el tema de la diferencia entre improcedencia e inadmisibilidad. En primer término, el acto procesal deberá ser declarado inadmisibile cuando carece de un requisito de forma o este se ha cumplido defectuosamente, siempre que resulte factible de ser subsanado, a diferencia de la improcedencia, que opera cuando la omisión o defecto que se advierte en el acto procesal, es de un requisito de fondo y, por ende, no brinda margen a la parte para que pueda subsanarlo. El juez constitucional ecuatoriano maneja improcedencia o inadmisión, que regula el artículo 42 de la LOGJCC, de manera indistinta a consecuencia de la propia confusión que genera el legislador en dicha disposición normativa.

Por lo que respecta a la *segunda instancia*, del total de resoluciones estudiadas, es decir 1.525, las apelaciones que recaen sobre autos de desistimiento se configuran en un 0,4 %; las apelaciones de autos de inadmisión de primera instancia representan un 4,7%, y los que apelan sentencias, ya sean estas de concesión, denegación o inadmisión, son un aproximado de 94,9 %.

Tabla n.º 7

Total de resoluciones analizadas: 1.525 (100 %)			
Total apelaciones a sentencias y autos: 754 (49,44 %)			
Apelación de sentencias: 1.448 (94,9 %)		Apelación de autos definitivos	
Apelaciones a inadmisión sentencias: 682 (44,7 %)		Autos de inadmisión: 72 (4,7 %) Otros autos: 5 (0,5 %) ¹⁴⁴	
Confirmaciones: 505 (74 %)	Revocatorias y otros: 177 (26 %)	Autos inadmisión confirmados: 64 (aprox. 4,19 %)	Autos inadmisión revocados: 8 (aprox. 0,5 %)

Si se toman en cuenta los datos de primera instancia respecto de los autos de inadmisión y las resoluciones de segunda instancia sobre apelaciones de los mismos, se puede observar que en Cuenca se registran 63 apelaciones frente a 98 autos de inadmisión registrados en primera instancia; y

144 Se refiere a resoluciones judiciales en las que se declara la nulidad de todo lo actuado; como consecuencia, se determina la devolución de la causa a primera instancia y el inicio de trámite nuevamente.

en el caso de Guayaquil, solo 9 apelaciones de los 227 autos de inadmisión de primera instancia. Esta relación de datos no refleja la correspondencia de casos de primera instancia y su respectiva apelación, simplemente se ofrecen cifras que permiten contrastar el porcentaje de inadmisiones y las apelaciones a estas.

Así mismo, se debe hacer alusión a las apelaciones de autos de desistimiento, que si bien representan un número mínimo (5) y aparentemente reflejan incoherencia del recurrente, se originan de las interpretaciones por parte del juez de desistimientos tácitos ante la demora o retraso de accionantes en comparecencia a la audiencia pública, situación que en algunos casos no implica el desistimiento propiamente de la acción de protección.

Por otra parte, el estudio de las resoluciones de segunda instancia de Guayaquil permite afirmar que las apelaciones representan el 46,2 %, y en el caso de Cuenca las mismas apelaciones se configuran en un 48,7 %. De estas apelaciones que suman 94,9 % de 1525), es decir aproximadamente 1.448, se muestra que algo más del 47 % de estas se registran como apelaciones a sentencias que inadmiten acciones de protección. Esto significa que un número aproximado de 682 correspondientes a impugnaciones sobre las inadmisiones, y si a este dato se incluyen los casos en los que se apelan autos de inadmisión (72), se alcanza un total de 754 apelaciones solo contra inadmisiones.

Así, de las 1.525 resoluciones estudiadas de segunda instancia, estas 754 representan el 49,44 % como apelaciones contra inadmisiones por auto o sentencia. Y si se confrontan los resultados de ambas instancias, y se toma en cuenta que el análisis de la primera instancia demostró que el 55,8 % de resoluciones eran de inadmisión de la acción de protección, es posible afirmar que la mayoría de inadmisiones pronunciadas por los jueces y juezas son apeladas ante las Cortes Provinciales de Guayas y Azuay.

Una revisión de las 682 apelaciones a sentencias de inadmisión demuestra que aproximadamente el 74 % son confirmadas por la Corte Provincial, y apenas el 23 % son revocadas. El 3 % restante corresponde a aquellas resoluciones que no revocan ni confirman las inadmisiones, sino más bien devuelven los actuados para que el juez *a quo* dé inicio al trámite de la acción de protección debido a la declaración de nulidad de obrados.

Además de considerar ese 74 % de sentencias de segunda instancia que confirman las inadmisiones, cuya representación alcanza a 505 sentencias de las 682 apeladas, se deben añadir aquellas sentencias de segunda instancia que revocan la sentencia del juez *a quo*, ya sea aquella que concedía o denegaba la tutela, para declarar su inadmisión. Estas corresponden a 151 que se extraen de aquel subtotal de 94,9 % de resoluciones analizadas de segunda instancia que ofrecen apelaciones de sentencias (1.448), ya sean estas de inadmisión, concesión o denegación; y representan casi un 10 % de sus 1.525 resoluciones. Esto significa que a las referidas 505 sentencias de segunda instancia que confirma la inadmisión se deben sumar unas 151 sentencias en las que la Corte Provincial revoca la sentencia del juez *a quo* para declarar su inadmisión. En referencia a los autos, el 89 % de los 72, esto es 64, son confirmados.

En conclusión, de 1.525 resoluciones de segunda instancia estudiadas aproximadamente 720 sentencias declaran definitivamente la inadmisión de la acción de protección (505 sentencias que confirman inadmisión, 151 que inadmiten revocando concesión y 64 que inadmiten sobre autos). Es decir, el 47,2 % de las apelaciones tienen como resultado la declaración de inadmisión de la acción de protección.

Tabla n.º 8

Resultados finales de inadmisiones en segunda instancia ¹⁴⁵		
Inadmisiones confirmadas	505	
Revoca concesión de tutela e inadmite	142	
Revoca denegación de tutela e inadmite	9	
Autos inadmisión confirmados	64	
Total inadmisiones	720	47,21 % del total de sentencias

Fuente: Elaboración propia, 2013.

Antes de ingresar en el análisis de las causales de inadmisión, hay que referirse a los sujetos sobre los que recaen las mismas, para concluir que de las 720 inadmisiones 45 % son contra particulares, 37 % servidores

¹⁴⁵ Resultados compuestos por las determinaciones finales en resolución de todas las apelaciones.

públicos, 9 % alcanza a grupos de ciudadanos, 7,8 % a personas jurídicas, 0,55 % colectivos, y tan solo una inadmisión presentada por el defensor del pueblo (aprox. 0,15 %). Solo 3 no se pueden identificar con precisión (aprox. 0,43 %). Además, pudo observarse unas 18 apelaciones que fueron presentadas sin patrocinio de abogado, de las cuales la mitad (9) se inadmitieron.

Con relación a las causales de inadmisión, se verificó que las Salas provinciales encuentran los fundamentos que justifican su decisión en diversos cuerpos normativos, esto es en la Constitución, principalmente en los artículos 88 y 173; en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional, artículos 40 al 43, más precisamente el 57 % de inadmisiones se fundamenta en los diferentes numerales del artículo 42, ello significa que 410 inadmisiones del total de 720 utilizan dichas causales. Y de manera residual en el Código Orgánico de la Función Judicial y en la Ley Orgánica del Servicio Público.

Así mismo, se han encontrado resoluciones que declaran la inadmisión sin llegar a identificar la disposición que fundamenta dicha decisión. Este fenómeno afecta a 216 resoluciones, que representa el 30 % del total de inadmisiones estudiadas de segunda instancia, sin duda un dato que llama la atención.

El análisis cualitativo de las sentencias que revocan o confirman inadmisión y desistimiento no arrojan nuevos elementos en relación con las conclusiones a las que se llegó en el análisis de la primera instancia, cuyos resultados pueden sintetizarse utilizando algunas resoluciones de forma ejemplificativa.

Así, los fallos 404-2010 (Cód. 2172), 303-2011 (Cód. 2481), resueltos por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y otros, y la Primera Sala Penal y Tránsito del Guayas, respectivamente, así como los n.ºs 01131-2010-0421 (Cód. 3764) y 01131-2011-0368 (Cód. 3850), resueltos por la Sala especializada de lo Laboral y Niñez del Azuay, se refieren a la confirmación del auto que declara el desistimiento tácito. El razonamiento es coherente aunque mínimo, lo cual es comprensible dada la naturaleza del asunto. El grado básico de razonamiento está basado en la subsunción de normas. Se aplica la subsunción a los hechos con base en los artículos 14 y 15, numeral 1, de la LOGJCC y se invoca el artículo 88 de la Constitución. La referencia a invocación, como en el caso de la norma

constitucional mencionada, se hace en el sentido de que la norma es meramente referida o mencionada¹⁴⁶ y muchas veces transcrita en el texto del fallo, mas no analizada a fondo.

De forma similar se motiva mínimamente la resolución que rechaza en el Azuay un juicio de daños y perjuicios por haberse determinado que se intentaba con este petitorio suplir la no ejecución de la sentencia original (Caso n.º 01112-2011-0066). En la valoración de las pruebas se emplea un razonamiento legalista invocando principios propios del derecho civil, bajo el presupuesto de que se resuelve sobre un juicio de daños y perjuicios. La mención de este caso resulta relevante en la medida que permite plantear la interrogante acerca de ¿bajo qué paradigma procesal debería deducirse el juicio de daños y perjuicios que permite realizar la reparación? Si atendemos a la finalidad, debería emplearse una serie de principios constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos, más informales y garantistas, si vamos a la naturaleza del juicio, los principios serán los del derecho civil formales e impulsados por las partes fundamentalmente bajo el principio dispositivo. Hay pues que tener en cuenta la necesidad de profundizar en un aspecto que redunda sin duda en la efectividad de la reparación.

Las conclusiones a las que se llega son prácticamente idénticas a las anteriormente planteadas para la primera instancia; no obstante, lo que parece más grave es que el juez resuelve los conflictos —también en este caso— sin la debida motivación y argumentación constitucional y sobre la base a una simple subsunción legalista, del modo más sencillo pero menos conveniente para la tutela de los derechos, demostrando una evidente insensibilidad frente a los mandatos constitucionales que imponen la realización de un Estado constitucional de derechos y justicia.

2.3.2. *Legitimación activa y pasiva*

Otro asunto relevante dentro de la acción de protección es la legitimación activa, esto es, la capacidad para actuar en un proceso. En este sentido hay que recordar que Constitución de 1998 y la normativa infraconstitucional

146 Invocar en el sentido de ‘mencionar algo’. Véase Espasa-Calpe. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, versión digital en <http://www.elmundo.es/diccionarios/>. Acceso: 12 septiembre 2012.

derogada, estaba construida sobre una visión de los derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples. Bajo esta consideración, el interés difuso no constituía una categoría jurídica específica, ya que el interés simple consiste en ese interés vago, impreciso, o perteneciente a cualquier sujeto integrante del pueblo (*quivis ex populo*), no constituyendo un interés personal, particular o directo, determinante de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, únicas prerrogativas individuales idóneas para legitimar el ejercicio de una acción ante la autoridad judicial. Desde esta perspectiva, bien se podía afirmar que no es reclamable todo aquello que se encuentre fuera de la órbita del derecho subjetivo. El titular del derecho afectado ilegítimamente por el acto impugnado era quien de forma única podía activar la jurisdicción constitucional, para tal efecto, se debía demostrar la relación del acto con el sujeto que impugnaba.

El ensanchamiento de la legitimación activa, previsto por el artículo 86 de la Constitución de la República, se demuestra en el tenor literal del mismo que establece:

Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1.- Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer acciones previstas en la Constitución [...].

Esta regulación responde al modelo amplio de reconocimiento material e igualitario de los derechos constitucionales justiciables, como son los derechos del buen vivir o *sumak kawsay* (derechos económicos, sociales y culturales) y los derechos de la naturaleza, para lo cual fue necesario reconocer la *legitimatío ad causam* a cualquier persona para promover la acción de protección, porque toda persona podría estar potencialmente afectada frente a un acto lesivo relacionado con un derecho de tipo social, por ejemplo.

La interpretación que el legislador ha hecho de esta disposición constitucional plantea algunas dudas, en tanto que el artículo 9 de la LOGJCC al referirse a la legitimación activa establece que cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo ‘vulnerada o amenazada en sus derechos constitucionales’ puede solicitar la protección, tanto actuando personalmente como por medio de un apoderado o representante.

Por una parte, si se interpretara como requisito necesario la exigencia de apoderado del artículo 9 de la LOGJCC para interponer una acción

constitucional, esta podría ser entendida como una limitación al contenido de la disposición prevista en el artículo 86, numeral 1 de la Constitución,¹⁴⁷ y por tanto contraria al artículo 11, numeral 3 de la de la misma que establece que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén expresamente previstos en la Constitución. Por otra parte, la redacción del referido artículo de la LOGJCC induciría a creer que en él se mantiene la noción clásica de legitimación activa desde una visión de los derechos subjetivos que, por cuanto anteriormente hemos afirmado, sería injustificable. Lamentablemente, el estudio de los datos empíricos no logra esclarecer de manera más precisa este último punto, ya que en la totalidad de las sentencias estudiadas se reivindicaban derechos subjetivos.

Antes de ingresar a evaluar los resultados del análisis sobre los accionantes y accionados en las acciones de protección, es pertinente referirse al universo objeto de estudio, ya que antes de extraer la información sobre estos actores procesales, como primer paso, se determinó si era posible identificar las partes procesales a partir de la sentencia.

El resultado de este análisis demostró que de las 2.116 resoluciones de primera instancia revisadas, 44 no permiten identificar claramente a alguna o ambas de las partes en litigio, siendo que 7 corresponden a Cuenca y 37 a Guayaquil. Por consiguiente, la población de análisis para la revisión de accionantes y accionados se redujo en este aspecto a 2.072 resoluciones.

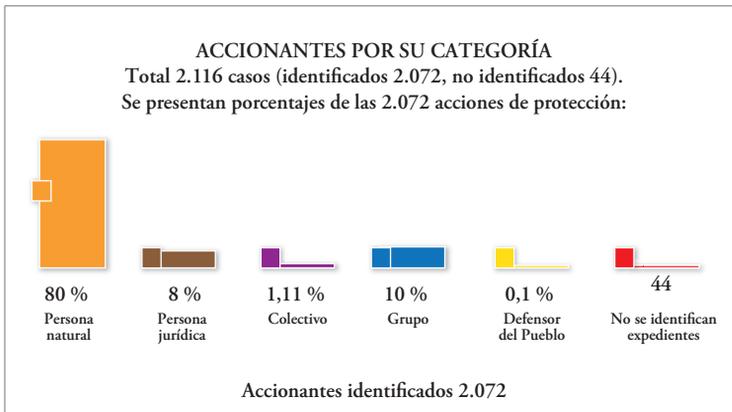
Siguiendo el dictado normativo, el análisis de las resoluciones tuvo como primer objetivo registrar los accionantes y accionados por persona natural, persona jurídica, colectivo, grupo y defensor del pueblo. Los *grupos* se definieron en relación con un conjunto de personas con los mismos intereses y derechos vulnerados, cuyos efectos de la sentencia alcanzan solamente a estos, y su actuación por lo general se canaliza por intermedio de un representante. En cambio, con la denominación de accionantes o accionados *colectivos* se identificaron aquellos conjuntos de personas que demandan derechos colectivos; en estos casos el contenido de la acción de

147 Cuyo tenor literal es el siguiente: “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones prevista en la Constitución”.

protección difiere en diversos aspectos, como la naturaleza de los derechos exigidos, los alcances de los efectos de la sentencia, la no exigencia de personería jurídica, entre otros.

Si ensayamos ahora un *retrato sobre los accionantes* de primera instancia, del grupo de 2.072 casos podemos destacar que las acciones presentadas por el Defensor del Pueblo no alcanzan ni el 0,1 % de representación; los grupos se configuran aproximadamente en el 10 %; los colectivos representan un aproximando de 1,11 %; las acciones de personas jurídicas figuran cerca del 8 % del total; y por último, las personas naturales representan el 80 %.

Gráfico n.º 1



Fuente: Elaboración propia, 2013.

Esto evidencia que al momento las acciones de protección se activan de modo muy reducido para la protección de colectivos o grupos, lo cual refleja una falta de reivindicación en relación con las vulneraciones de derechos colectivos, además en un panorama en el que tan solo en 7 de las 23 acciones presentadas por colectivos el juez declara la vulneración de derechos. Entre los colectivos pueden identificarse juntas vecinales, cooperativas de vivienda, comunas, comuneros, estudiantes universitarios, afectados por minería como los pueblos Shuar y Saraguro, entre otros.

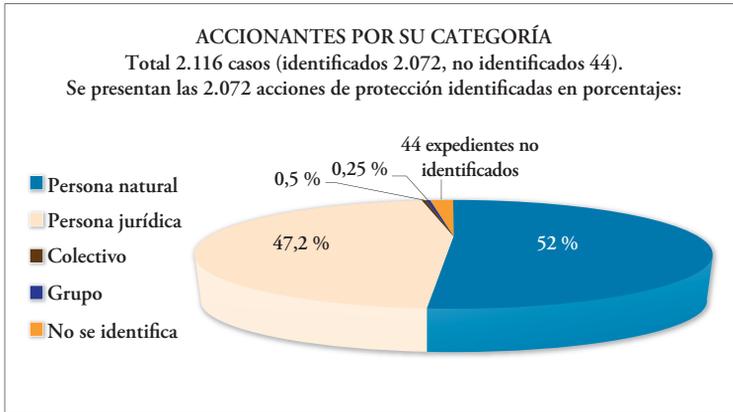
Por otra parte, los accionantes definidos como personas naturales son clasificados, en primer lugar, como particulares y servidores públicos. Los primeros se constituyen en el 41 %, y los segundos representan el 39 %, ambos de la totalidad de las acciones revisadas.

Los accionantes que se figuran un gran grupo de *servidores públicos*, a su vez se clasificaron en obreros del sector público, cargos electivos y funcionarios públicos. Esta subclasificación si toma como referencia la naturaleza jurídica de la relación de trabajo. Los obreros del sector público son aquellas personas que se emplean en el Estado cuyo contrato sigue la normativa general en materia laboral, y los funcionarios públicos son aquellos servidores públicos que se regulan bajo la Ley Orgánica de Servicio Público, así como los cargos electivos que se regulan además por otras normas específicas. Bajo esta clasificación los obreros del sector público significan casi el 10 % del total de los accionantes; los funcionarios públicos conforman casi el 29 % del total de los accionantes; y el cargo electivo apenas representa una acción de protección.

Por último, resta atender el número de personas jurídicas que actúan como accionantes dentro de los procesos. Como ya se mencionó, estas representan el 8 % del total de los accionantes, de las cuales apenas 10 pertenecen al sector público y 156 al sector privado.

En relación con los *accionados*, estos responden a las mismas categorías utilizadas para los accionantes, en este caso los *grupos* como accionados representa casi el 0,5 %; los colectivos cuentan apenas con el 0,25 %; las personas jurídicas que son accionadas y por tanto denunciadas por la vulneración de derechos constituye el 47,2 % y las personas naturales representan la mayoría con el 52 %. Estos dos últimos tipos de accionados representan conjuntamente el 99,2 % del total. Pero además, entre las personas jurídicas denunciadas, se detecta que casi el 42 % del total de las acciones son presentadas contra personas jurídicas del sector público; las del sector privado representan casi el 4,8 % de la totalidad; por último, apenas el 0,4 % representan empresas mixtas que son denunciadas mediante la acción de protección.

Gráfico n.º 2



Fuente: Elaboración propia, 2013.

Estos datos reflejan que las acciones de protección son interpuestas en mayor medida contra el *sector público*. Esto se confirma a la vez que adquiere mayor relevancia si se observa que entre las personas naturales son los funcionarios públicos de nivel jerárquico responsables de la dirección de instituciones o instancias públicas, contra los que más se interpone la acción de protección, ya que estos representan el 50 % del total de 52 % de personas naturales del conjunto de 2.072 demandas (100 %).

Esto significa que del total de las sentencias analizadas, el sector público reúne aproximadamente el 92,4 % de las acciones de protección como accionado, si allí además se incluyen las empresas mixtas demandadas, lo cual aconsejó dar seguimiento a estos procesos contra el Estado para poder establecer el resultado de los mismos.

Luego, del análisis de 2.072 sentencias de primera instancia se ha podido establecer que 1.915 (92,4 %) acciones de protección fueron interpuestas contra actos u omisiones provenientes del sector público. Si desglosamos estos 1.915 casos en porcentajes, encontramos lo siguiente: el 33,55 % (31 % del total general de 2.072) fueron declaradas procedentes, y en ellas se estableció la vulneración de derechos; casi el 10,8 % denegaron la protección de los derechos que se alegaban como vulnerados (esto baja a un 10 % si se contrasta con las 2.072); el 41,2 % de las 1.915 acciones presentadas contra el sector público fueron inadmitidas en sentencia (es

decir un 38 % del total); y aproximadamente el 14,4 % fueron inadmitidas en la etapa inicial mediante auto definitivo (si se contrasta con el total, decrece el porcentaje a 13,4 %). Hay que destacar que, si se suman los dos últimos datos que representan inadmisiones, contrastados con el total de acciones que son formuladas contra el Estado, estos representan el 55,6 % y el 51,4 % del total general de 2.072 procesos.

Los resultados de las acciones contra el *sector privado* muestran una realidad casi similar. Se suman 157 acciones presentadas contra sujetos del sector privado, que representan, recordemos, casi el 7,6 % del total de 2.072. Desglosado este grupo de casos en porcentajes, tenemos que 30 % de los 157 (el 2,32% del total de 2.072) declara la vulneración de derechos; el 11 % son denegados y por tanto no declaran la vulneración de derechos (esto es apenas el 0,8 % del total); el 43,5 % (asciende a 3,32 % de 2.072) representan aquellas acciones que fueron inadmitidas en sentencia y el 15,3 % (1,15 % del total) son igualmente inadmisiones aunque declarados mediante autos definitivos.

Tabla n.º 9

Accionados divididos entre sector público y privado						
Total de expedientes: 2.072	Acciones contra el sector público: 1.915 (92,4 %)			Acciones contra el sector privado: 157 (7,6 %)		
Resultado	Porcentaje del total general (2.072 es 100 %)	Porcentaje del total específico (1.915 es 100 %)	Número	Porcentaje del total general (2.072 es 100 %)	Porcentaje del total específico (157 son 7,6 %)	Número
Concesión	31 %	33,55 %	642	2,32 %	30 %	48
Denegación	10 %	10,8 %	208	0,8 %	11 %	16
Inadmisión por sentencia	38 %	41,2 %	788	3,32 %	43,5 %	68
Inadmisión por auto	13,4 %	14,4 %	276	1,15 %	15,3	24
Totales	92,4 %	99,95 % (Variación 0,05 %)	1.914 (Variación 1)	7,59 % (Variación 0,01 %)	99,8 % (Variación 0,2 %)	156 (Variación 1)

Fuente: Elaboración propia, 2013.

Con relación al procedimiento de *segunda instancia*, se pudo constatar que quienes recurren en mayor grado en apelación son los accionantes. Y, no podría ser de otra manera, ya que las decisiones judiciales apeladas con mayor frecuencia serían aquellas resoluciones que declaran la inadmisión de la acción de protección.

Se registran en la ciudad de Guayaquil 473 recursos apelados por accionantes de un total de 783 apelaciones (un aproximado de 60,4 %). De ellos, 96 recursos apelan la no declaración de la vulneración, 353 apelaciones corresponden a las inadmisiones pronunciadas en primera instancia, 6 apelan el desistimiento tácito impuesto por el juez y 19 se presentan contra la declaración de vulneración de derechos.

Con relación a Cuenca, se registran en total 742 sentencias apeladas, las cuales se distribuyen casi por igual entre accionantes (51,8 %) y accionados (48,2 %). Las apelaciones por parte de accionantes se presentan así: 281 contra inadmisiones, 93 contra la denegación de la tutela, 6 apelan autos de desistimientos declarados por el juez y declaración de nulidades de obrados, y 5 apelaciones contra la concesión de tutela.

2.4. Derecho a no sufrir indefensiones

2.4.1. La configuración del derecho a no sufrir indefensión

El derecho a la defensa se erige en uno de los principios más importantes del debido proceso ya que “concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo el derecho a la defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas”.¹⁴⁸

La prohibición de indefensión contenida en el artículo 75 de la Constitución de la República supone la prohibición de toda privación o limitación del derecho a la defensa, con lo cual la relación existente

¹⁴⁸ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 368.

entre la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión debe ser considerada inescindible llegando a configurarse en un único derecho: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

La *indefensión* consiste en la privación del ejercicio del derecho de defensa que se expresa en la parcialidad del órgano judicial, “es decir de una ruptura de la forma específica de operar de la igualdad constitucional en el ejercicio de la función jurisdiccional [...]”.¹⁴⁹

El *derecho a la defensa* es, entonces, una garantía principal de las del debido proceso; consiste de forma general en el derecho a ser oído, a proponer sus propias razones o argumentos, a contar con los medios adecuados para la preparación de una defensa, a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, a un proceso público, a una asistencia técnica libremente escogida, el derecho a un traductor en caso de necesitarlo, el derecho a presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida, a controvertir, contradecir y objetar las pruebas aportadas y de solicitar la práctica de las mismas que se estimen favorables, así como ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.¹⁵⁰

La Corte Constitucional ecuatoriana respecto de este derecho ha entendido que:

[...] este derecho es una constante dentro del proceso, por lo que impedir el ejercicio del mismo es vulnerar los derechos fundamentales del procesado. Efectivamente, evitar el ejercicio de este derecho produce indefensión de las personas cuando se les coarta la posibilidad de acceder al aparato judicial o cuando se les dificulta realizar las actividades encaminadas a propiciar su defensa dentro de un proceso. En el mismo sentido, cuando existen límites injustificados que restrinjan el acceso a los diversos niveles en la administración de justicia, a través de la interposición de recursos, ya que las partes poseen el derecho de recurrir en el fallo conforme lo dispone el art. 76, numeral 7, literales h y m [...]. Su importancia en el contexto de las garantías procesales radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la

149 Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 7.ª ed., 2000, p. 497.

150 Sánchez Carrión, José Luis. “Significado actual e incidencia en el proceso de la indefensión jurídico-constitucional”. *Revista del poder judicial*, 45 (1997): 294.

verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado [...].¹⁵¹

En ese sentido, el derecho de defensa, como parte integral del debido proceso, debe ser garantizado al interior de todas actuaciones judiciales o administrativas. No obstante, el ejercicio de este derecho adquiere una especial relevancia en dos campos, el del derecho penal y del derecho constitucional, máxime si se tiene en cuenta los bienes jurídicos o derechos que se encuentran en juego en uno y otro caso.

El derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales está encaminado a evitar la arbitrariedad, propiciando una activa participación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten en relación al ejercicio de sus derechos. Así, las causas de la indefensión constituyen cualquier acción u omisión del órgano a cuyo cargo se encuentre el proceso, que comporte una vulneración propia del debido proceso y cuando esta afectación prive o limite el derecho a la defensa de una de las partes sometidas a un proceso.

La indefensión se verificará cuando exista la concurrencia de un elemento subjetivo, una acción u omisión del órgano; y un elemento objetivo que consistirá en la vulneración de una norma del debido proceso, siendo lo determinante para concluir si existe o no indefensión, el resultado de la privación del ejercicio real del derecho a la defensa.¹⁵²

En el ámbito jurisdiccional “la parcialidad del juez, su desviación de lo que la igualdad constitucional exige en el ejercicio de la función jurisdiccional tiene que tener una intensidad suficiente como para que se note en el resultado. Si la desviación ha existido pero no ha tenido entidad suficiente como para influir en el resultado, la conducta del órgano jurisdiccional habrá sido incorrecta pero no habrá producido indefensión”,¹⁵³ es decir, dicha indefensión para los casos en concreto deberá ser demostrada.

151 Sentencia n.º 024-10-SCN-CC de la Corte Constitucional de Ecuador. Véase también la Sentencia n.º 041-10-SEP-CC.

152 Para un análisis del carácter anfibológico del término “indefensión” y sus múltiples contenidos, véase Carroca Pérez, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. J. M. Bosch, 1997; también Serrano Hoyo, Gregorio. *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*. Granada, Comares, 1997.

153 Javier Pérez Royo, *op. cit.*, p. 497.

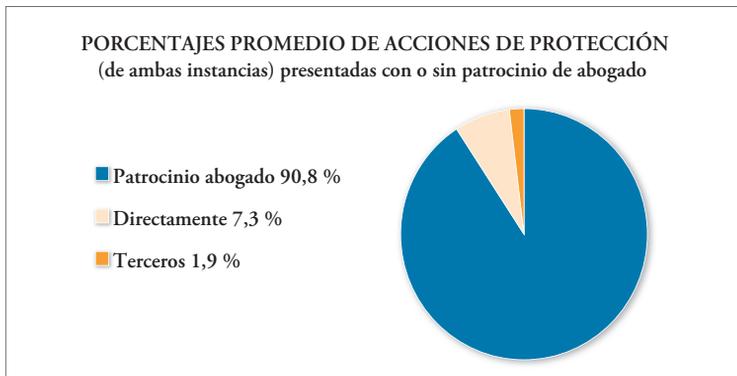
Tanto la Constitución de la República en el artículo 86, numerales 1 y 2, literal c; así como la LOGJCC en el artículo 8, numeral 7, determinan que no se requerirá el patrocinio de una abogada o abogado para proponer la acción ni para poder apelar a esta y de ser necesario cuando la persona lo solicite, la jueza y el juez deberá asignar al accionante o persona afectada en defensor público.

2.4.2. *El derecho a no sufrir indefensión en la praxis judicial*

Los datos recabados del estudio empírico demuestran la escasa operatividad de la antes referida norma, cuya importante finalidad era simplificar y acercar a los ciudadanos la acción de protección. En primera instancia, de las 2.116 acciones presentadas, 2.015 (95,2 %) lo han sido con patrocinio del abogado contra las 73 presentadas directamente por el demandante, a las que hay que añadir 28 que han sido presentadas por terceros. En segunda instancia, la situación es aún peor en tanto que de las 1.525 acciones presentadas tan solo 18 lo han sido sin patrocinio del abogado. También en este caso habrá que añadir a estas últimas 25 presentadas por terceros.

Estas tendencias pueden apreciarse mejor en porcentajes promedio de ambas instancias en la tabla siguiente.

Gráfico n.º 3



Fuente: Elaboración propia, 2013.

Estos resultados se deben a que si bien las disposiciones constitucionales dibujan un marco normativo de acceso a la acción de protección flexible e inspirado en el principio de informalidad en cuanto a la interposición de las demandas; dicha informalidad y flexibilidad parece ser puesta en entredicho por el artículo 10 de la LOGJCC. Esta disposición obliga a que, cuanto menos se cumplan formalmente todos los requisitos ahí establecidos, entre ellos, que se cumpla con la exigencia del numeral 8 que demanda la especificación de los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, salvo los casos en los que se invierta la carga de la prueba.

Ese tecnicismo jurídico implementado por la ley requiere de una comprensión a nivel de defensa técnica, lo cual afecta el espíritu garantista de la Constitución que instituye la garantía constitucional de la acción de protección como un mecanismo informal, breve y expedito de tutela de los derechos constitucionales.

Podrían presentarse en estos casos los siguientes supuestos. Por un lado, cuando un ciudadano sin defensa técnica tuviera que enfrentarse dentro de un proceso ante quien ha vulnerado por acción u omisión un derecho constitucional (lo cual ha sido previsto formalmente al poder interponer una garantía sin necesidad de abogado patrocinador, procurando la efectividad de las garantías en relación con la protección de los derechos) podría encontrarse frente a un problema, en primer lugar, cuando la defensa técnica se vuelve necesaria al momento en que deba enfrentar los argumentos presentados por el demandado, estos sí fundados con la asistencia de una defensa técnica, que dejan sin respuesta a la potencial víctima de la vulneración de derechos, consumando una violación constitucional que afecta el derecho a la defensa de forma directa. En segundo lugar, cuando al no existir defensa técnica y estando el juez en el deber de garantizar el derecho de igualdad de armas, este podría suplir dicha deficiencia pero afectando al principio de imparcialidad. Estos supuestos ponen en evidencia la necesidad de una organización institucional, mediante la cual pueda eventualmente suplirse las carencias fácticas de una defensa técnica.

Esa disposición constitucional que prevé el acceso universal a las garantías jurisdiccionales sin mayores formalismos debe ser entendida

dentro del marco del derecho al debido proceso, posibilitando el ejercicio de los derechos a la defensa técnica y a la imparcialidad judicial, lo cual no estaría definido de forma clara en la legislación secundaria que si bien tiene la obligación de garantizar el acceso sin defensa técnica debería, sin embargo, asegurarla durante el desarrollo posterior del proceso dadas las posibles vulneraciones a los derechos que se podrían generar dentro del mismo, así como de una institucionalidad suficiente que soporte esto.

Pasando a analizar más de cerca el *derecho a la prueba*, hay que empezar diciendo que probar, generalmente hace referencia a la comprobación de un hecho o la verdad de una afirmación.¹⁵⁴ Si bien, la teoría general de la prueba se muestra como necesaria dentro de los diferentes procesos puestos a conocimiento de los órganos jurisdiccionales, obligando a probar a quien afirma algo; en materia constitucional (concretamente en lo que a la acción de protección se refiere), la misma reviste una especial relevancia como un derecho fundamental de contenido procesal.¹⁵⁵

La Constitución de la República en el artículo 86, numeral 3, contenido en las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales, autoriza al juez para que en cualquier momento del proceso pueda ordenar la práctica de pruebas, así como designar comisiones para recabarlas, dejando atrás el clásico principio dispositivo que regía a la actividad jurisdiccional, por la cual el juez tenía un papel pasivo sometido a los requerimientos de las partes en lo que a la prueba se refiere. El constituyente ha otorgado de esta manera un papel proactivo a los jueces que conocen las garantías jurisdiccionales en aras de satisfacer de forma efectiva una tutela a los derechos constitucionales vulnerados, pero siempre dentro del marco del debido proceso asegurando la neutralidad e imparcialidad en sus actuaciones.

También desde esta óptica garantista cobra sentido la previsión constitucional de la inversión de la carga de la prueba, en tanto que la potencial víctima de una violación constitucional, al encontrarse generalmente en un estado de subordinación frente al poder, necesita un equilibrio en relación con la consideración y valoración que deben cobrar sus argumentos

154 Véase Porras Velasco, Angélica. "La prueba en los procesos constitucionales". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 1.ª reimp., 2012, p. 40.

155 *Ibid.*, p. 49.

expuestos ante los órganos jurisdiccionales con la finalidad de evitar la arbitrariedad, la discriminación y la posible vulneración a los derechos.

Adicionalmente, hay que entender que esta misma disposición constitucional al establecer que se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante, cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información, lo que quería conseguir era dotar de un grado de verosimilitud a los argumentos expuestos por la potencial víctima de violación de un derecho constitucional; como consecuencia de aquello se ha invertido la carga de la prueba a cargo del accionado cuando el demandado es una entidad pública o un particular, cuando se trate de hecho discriminatorio o de violación a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

Por su parte, y pesar de que la redacción del artículo 16 de la LOGJCC, que se refiere a la práctica de pruebas dentro de los procesos de garantías jurisdiccionales de los derechos, no es la más afortunada en tanto que lo que en la Constitución se presenta como norma general en un parafraseo del legislador aparece como excepción;¹⁵⁶ sin embargo, en un ejercicio de interpretación sistemática y más que nada a la luz de lo establecido en la norma fundamental, se puede colegir que la inversión de la carga de la prueba constituye la norma general de aplicación.

El estudio empírico de la *valoración de la prueba* ha demostrado que la regla, tanto en Guayaquil como en Cuenca, es que no se invierte la carga de la prueba y solo de forma excepcional se cumple con este cometido.¹⁵⁷ En este sentido la regla —inversión de la carga de la prueba— no se cumple a cabalidad dentro de los procesos constitucionales de acción de protección.

En los casos analizados, se observa que la parte actora adjunta la prueba a la demanda o la introduce en la audiencia, y sobre esa base se realiza

156 Concretamente, el mencionado artículo establece “Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza”.

157 Véase, por ejemplo, Juzgado Cuarto de lo Civil de Cuenca, 2010-0922, que invierte la carga de la prueba en el sentido de afirmar que la parte accionada debe contradecir lo sostenido por la recurrente, respecto de la violación del debido proceso expresada en una acción de personal inmotivada mediante la cual se la separa de la función pública.

la valoración y admisión de la misma. En este punto, se puede afirmar que la presentación de las pruebas y su valoración se desarrollan prácticamente como en los procesos ordinarios, mostrándose como una debilidad institucional de los operadores de justicia a la hora de enfrentarse al nuevo esquema introducido por la Constitución. Solo en algunos casos, excepcionales, los jueces de protección han considerado positivamente en favor de los recurrentes el contenido de la disposición constitucional que traslada la carga de la prueba a la parte demandada tratándose de autoridades públicas accionadas y han resuelto dar pleno valor a los argumentos expuestos por los solicitantes en fundamento de la norma constitucional contenida en el artículo 86 de la Constitución de la República. Sin embargo, en casos inexplicables, bajo una consideración estrictamente civilista y formal, algunos jueces han declarado sin lugar las acciones de protección considerando que los recurrentes no han justificado los argumentos descritos en el libelo de su demanda de protección, contrariando de forma abierta el mandato constitucional contenido en el artículo 86, numeral 3 de la Constitución que traslada la carga de la prueba a la parte accionada.¹⁵⁸

Más en general, con relación a las pruebas, como una parte esencial de todo proceso, el estudio evidencia que en más del 90 % de los casos analizados, las juezas y jueces resuelven las acciones de protección sin ordenar la práctica de pruebas adicionales a las ya aportadas por las partes en su petitorio inicial de demanda, en consecuencia, los órganos jurisdiccionales resuelven los casos simplemente basados en los argumentos expuestos y documentación aparejada a la demanda inicial de protección, como a la documentación y prueba que se pueda aportar en la diligencia de audiencia pública. Esta práctica es aún más intensa en la instancia de apelación. Además, aunque en casos excepcionales el propio órgano jurisdiccional ha dispuesto la práctica de pruebas o se han solicitado pruebas adicionales,

158 En este sentido véanse, por ejemplo entre muchas otras, Juzgado Sexto de Tránsito de Guayaquil, 2010-0172 donde el juez afirma que la parte accionante no ha probado la vulneración de su derecho al trabajo por cambio de puesto; la acción deducida en el Juzgado Cuarto de Garantías Penales en Materia de Tránsito de Guayaquil, Causa n.º 167-2010 donde se usa un argumento similar en el sentido de que no se ha probado lo afirmado en la demanda en materia de derechos políticos, o la acción interpuesta ante el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, Causa n.º 01651-2010-0623 donde tampoco se invierte la carga probatoria y se espera que la accionante pruebe sus derechos al trabajo y a la remuneración vulnerados.

las mismas pasan ‘desapercibidas’ en la relación del conocimiento y tramitación de las causas.

En efecto, en la segunda instancia como tendencia general se valoran las pruebas presentadas por las partes en primera instancia; en pocos casos la valoración se inclina a un mayor examen de la prueba del accionante. Esto es especialmente notorio en los casos de reclamos por derechos a la estabilidad laboral en contra de entidades públicas. En contados casos se invoca la disposición mediante la cual se presumen ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o bien no proporcione la información solicitada (art. 86, numeral 3 de la Constitución, y art. 16 de la LOGJCC, inciso final).

No se ordena la práctica de pruebas adicionales a aquellas presentadas por las partes en el proceso en primera instancia. La única excepción a destacar, se refiere a un caso entre particulares por destrucción de propiedad de la accionante (pared medianera y daños ambientales).¹⁵⁹ En este caso se ordena una inspección ocular la cual se practica parcialmente por obstaculización de parte de la accionante, lo cual sirve para determinar que no se han probado los daños, por lo que se confirma el fallo que deniega la acción de protección.

En suma, en cuanto a la valoración de pruebas, esta puede calificarse como escasamente eficiente de acuerdo con las definiciones dadas anteriormente,¹⁶⁰ pues como tendencia se puede afirmar que el proceso de valoración está frecuentemente afectado por el hecho de no ordenar pruebas en la segunda instancia, y por desarrollar un procedimiento en muchos de los casos de corte formalista y desapegado de los principios garantistas propios del procedimiento constitucional ecuatoriano, además de una tendencia menor pero relevante a no respetar la inversión en la carga de la prueba de parte de algunos jueces y salas.

159 Expediente n.º 01112-2009-0672 ante la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte del Azuay.

160 Véase *infra*. 1.3.3.

2.5. Derecho a la motivación

2.5.1. *El deber de motivar*

Como es sabido, las diversas tendencias acerca de la definición de la naturaleza de las decisiones del órgano encargado de la jurisdicción se deben a las diferencias existentes entre control jurídico y control político.¹⁶¹

El *control político* se define por su carácter material y subjetivo, y por su ejercicio voluntario por el órgano que goza de superioridad jerárquica; por el contrario, el *control jurídico* se caracteriza por su objetividad, es decir, por estar basado en fundamentaciones lógico-jurídicas tendencialmente formales, y por ser ejercido por un órgano independiente e imparcial dotado de competencia para resolver cuestiones de derecho.

No obstante, la frontera entre política y derecho no puede definirse como la que separa la decisión de la deducción metódica, sino como la que distingue los modos de fundamentación y argumentación de las decisiones. Ambas decisiones, por tanto, son susceptibles de una argumentación racional, pero la racionalidad difiere en cada una de ellas. Lo que identifica una decisión política es que se argumenta y es argumentable desde los fines que persigue, de manera que dicha decisión es defendible a partir de datos empíricos y de las consecuencias que, previsiblemente,

161 Una discusión que arranca desde los mismos orígenes de la construcción kelseniana. Baste con pensar que en la descripción de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* (*Justicia Constitucional*), este autor trae inspiración de la misma linealidad del esquema utilizado por representar la politización de la justicia: para conseguir un Tribunal depositario de 'la legalidad', se trata de liberar la razón de su precaria convivencia con la voluntad, con el fin de conseguir que la interpretación de la Constitución pueda ser controlada exclusivamente por la primera. Se trata de extender lo más posible la esfera de dominio de la razón y de reducir al mínimo el ámbito de la voluntad. La función de los órganos jurisdiccionales es la de conocer y no la de evaluar; no pueden imponer su voluntad —ya que en este caso se realizaría un intolerable desplazamiento de poderes desde el Parlamento al juez—; debe tan solo reconducir la voluntad del Parlamento, es decir, la política, dentro de los límites de la razón. Los jueces no crean normas en positivo; su acción debe limitarse a un *contrarius actus* ya que esta última no puede oponerse al Parlamento en el plano de la voluntad, sino solo en el de la razón, y solo con la fuerza de la razón no es posible extraer de la Constitución, por vía interpretativa, la norma justa. La persecución de la idea de justicia pertenece a la esfera de la política legislativa de la voluntad y de los juicios de valores y, por tanto, a la esfera de competencias reservada al Parlamento. Véase Hans Kelsen, "La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)", *op. cit.*, pp. 173 ss; también del mismo autor *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, p. 256.

puede tener. No ocurre lo mismo con la decisión jurídica o judicial, que solo puede alcanzar legitimación si se basa en unas premisas que, a su vez, gozan de aceptación porque del juez se exige que resuelva todos los casos iguales del mismo modo, imparcialmente, y que justifique cualquier tratamiento diferenciado. Esta exigencia de fundamentación en criterios de aceptación general (integrados en una comunidad de saber jurídico) se cumple por medio de una regla estable de aplicación de las disposiciones normativas, es decir, por medio del criterio que utiliza el juez para justificar su decisión en el marco de las posibilidades que el texto permite. De esta forma, la decisión jurídica encuentra su legitimidad si la adopción de la misma no obedece al criterio particular del juez, sino a reglas generales de aplicación, es decir, a reglas aceptadas por la sociedad y consideradas jurídicamente como válidas.

La objetivación del parámetro consiste en individuar las características de los enunciados que constituyen además de la ley, la Norma fundamental a la luz de la cual el juez deberá interpretar las normas que sustentan su decisión y diferenciar los efectos que cada uno de ellos puede tener en el proceso de aplicación de esta última.

2.5.2. Reglas, principios, valores

Aunque el objeto de esta exposición no es estudiar la problemática y todavía debatida distinción entre reglas, principios, valores resulta necesaria una breve referencia a ella para clarificar en qué sentido se utilizará dichos términos.

Hay que destacar, en primer lugar, que en algunas ocasiones el término ‘norma’ se utiliza como sinónimo de ‘regla’. Esta equiparación debe, probablemente, ponerse en relación con la duda existente respecto de la idoneidad de las normas de principio y de los valores para operar como verdaderas normas jurídicas. No obstante, aunque formulada con el fin de defender el carácter normativo de todas las disposiciones constitucionales, dicha equiparación ha de rechazarse.

En segundo lugar, es necesario hacer mención a la diferencia entre principios y valores. Sin entrar a fondo en la cuestión, podría decirse que los criterios de distinción que han sido utilizados por la doctrina se mueven en ámbitos muy heterogéneos. Si, por una parte, se diferencia entre

el carácter axiológico o teleológico de los valores y el carácter deontológico de los principios, es decir, lo que en un modelo de valores es lo mejor o más recomendable,¹⁶² en el modelo de los principios es lo debido, o se distingue entre la eficacia puramente interpretativa de los valores y la proyección normativa de los principios, por otra parte, o se evidencia el contenido político de los principios frente al ético de los valores, o se ordenan en virtud de su menor o mayor concreción,¹⁶³ de tal manera que los valores serían normas de segundo grado respecto de los principios y de tercer grado respecto de las reglas.

Esta falta de homogeneidad en la individuación doctrinal de los elementos diferenciadores de las normas constitucionales y la dificultad para llegar a formular una distinción tajante entre principios y valores demuestra que la naturaleza de estos conceptos no necesariamente sería cualitativamente distinta y que, por tanto, puede utilizarse el término ‘principio’ en un sentido amplio y comprensivo de ambos.

Finalmente, hay que hacer mención a las que se definen como normas constitucionales programáticas. Estas normas se suelen distinguir de los principios —aunque las líneas de demarcación no sean tan claras ya que cada principio tiene una eficacia que podría definirse, genéricamente, como programática— porque su aplicación implica un determinado desarrollo del ordenamiento, del mismo modo que, por otra parte, cada programa implica la asunción de un determinado criterio como principio de acción.¹⁶⁴

Por esto, hablar de normas programáticas o directrices políticas sería, de alguna manera, como hacer referencia a normas que podrían entenderse como principios o como valores. Buena prueba de ello es, por una parte, el hecho de que generalmente en la doctrina suele hablarse al mismo tiempo de valores y normas programáticas y, por otra, que la distinción entre normas programáticas y de principio podría ser reducida a

162 Sobre el modelo de valores resulta interesante entre otros la visión que aporta Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt, Surkamp, 1994, pp. 310 ss.

163 Véase lo expuesto por Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93 ss. Ver también Storini, Claudia. “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”. *Foro. Revista de derecho* (Quito), 7 (2007): 159 ss.

164 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984, p. 93.

una distinción interna dentro de estos últimos, entre las directrices que marcan objetivos o metas —‘principios programáticos’— y los principios *stricto sensu*, que tienen un sentido relacionado con la justicia, la equidad o la moral positiva.¹⁶⁵

No obstante, esta discusión debe ser contextualizada en el marco del sistema constitucional ecuatoriano, en tanto que la Norma fundamental en este caso, por decirlo de alguna forma, ‘modula’ esta distinción al establecer que los derechos y garantías son directamente aplicables (art. 11, numeral 3, CRE). En la sección siguiente abordaremos este punto.

2.5.3. Aplicación directa de la Constitución

La fuerza normativa de la Constitución debe ser evaluada en relación con las diferentes categorías en las que se pueden dividir las normas constitucionales. Si bien todas pueden ser entendidas como normas vinculantes o preceptivas, respecto de su eficacia negativa, más allá de este aspecto negativo la distinción entre normas de eficacia directa y eficacia indirecta sería válida porque es consecuencia de una diferente calidad normativa.¹⁶⁶

En particular, las normas con *eficacia directa* son todas aquellas que son idóneas por sí mismas para regular determinados casos; en cambio, las normas con *eficacia indirecta* son aquellas que necesitan ser concretadas por medio de una ulterior actividad normativa.

165 Así Carrió, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 52; Prieto Sanchís, Luis. “Diez argumentos a propósito de los principios”. *Jueces para la democracia*, n.º 26, julio 1996, pp. 43-44. En el mismo sentido, ver Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 86, quien habla de ‘mandatos de optimización’.

166 Zagrebelsky, Gustavo. *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*. Turín, EGEC, 1984, p. 104. Alejandro Nieto (“Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de administración pública*, n.º 100-102, V. I, 1983) defiende a este respecto que: “La tesis de que la Constitución es una norma, es importante desde luego; pero con tal afirmación nos quedamos a la mitad del camino, ya que todavía resulta necesario precisar las peculiaridades de su naturaleza y efectos. La Constitución es algo más que una norma jurídica ordinaria, o si se quiere, es una norma muy peculiar [...]”. En el complejo normativo que forman los diversos preceptos de la Constitución hay normas ‘completas’ y normas ‘incompletas’, normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas de reenvío a otras normas del ordenamiento, y, por supuesto, principios expresos, o no expresos pero que cabe inferir. Y ello porque “la Constitución es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide kelseniana) es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho”, respectivamente pp. 395 y 399.

Allí donde la disposición constitucional disciplina concretamente un determinado supuesto como para poder valer como regla con el fin de solucionar casos concretos, dicha norma podrá ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico. La Constitución, por tanto, es fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento en todos los tipos de relaciones en los que aquellos pueden entrar.

A diferencia de las Constituciones del siglo XIX que, al no promover la realización de un particular modelo de la sociedad por medio del derecho y sobre todo al no ofrecer modelos transformadores de ciertos aspectos de la realidad social, se basaban meramente en el reconocimiento de la sociedad burguesa como presupuesto de la propia Constitución, las Constituciones vigentes en la actualidad, así como el ordenamiento jurídico en general, intervienen directamente en las relaciones sociales para estructurarlas.

Las Constituciones liberales del siglo XIX garantizaban un ámbito de libertad individual respecto del Estado o del poder público y operaban, por tanto, como limitación de este último frente a la libertad de la sociedad civil. Por esto, los verdaderos destinatarios de las normas constitucionales eran los poderes del Estado, y los derechos constitucionales se entendían como autolimitación del Estado respecto de los ciudadanos. Hoy la Constitución se dirige directamente a las relaciones entre los particulares y a las relaciones sociales, ya no opera tan solo verticalmente en la relación 'libertad-autoridad', sino también horizontalmente en la relación entre sujetos sociales. Las normas constitucionales, por tanto, allí donde sea posible, es decir, allí donde se configuren como reglas, pueden ser invocadas directamente.¹⁶⁷

En la categoría de las normas constitucionales de eficacia indirecta se incluyen todas aquellas que cuentan con una estructura incompleta o no suficientemente completa como para regular casos concretos. Estas normas suelen ser identificadas como normas de eficacia diferida, normas constitucionales de principio, o bien, normas programáticas, o valores.

167 Las diferentes articulaciones técnicas del valor normativo directo y general reconocido a las normas constitucionales han sido analizadas, entre otros, por Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 65 ss. Sobre el principio de la eficacia directa de la Constitución en las relaciones sociales, véase Elia, Leopoldo. "I diritti umani nella politica. Una politica per i diritti umani". *Diritti umani e politica*. Padua, Cedam, 1983, pp. 109 ss.

En la categoría de las normas de eficacia diferida entran todas aquellas normas de organización que necesitan, para ser efectivas, una ulterior disciplina normativa.¹⁶⁸

Muchas normas constitucionales contienen principios jurídicos. La distinción entre reglas y principios resulta relevante con el fin de comprender la diferente función que unas y otras tienen en ellas. Mientras las reglas establecen lo que es obligatorio hacer o no hacer en una concreta situación jurídica determinada por ellas mismas, los principios establecen orientaciones generales que deben ser atendidas en una serie indefinida de aplicaciones que pueden verificarse sin estar predeterminadas por el principio.¹⁶⁹ El principio goza, por tanto, de una capacidad expansiva mayor que la regla, pero, a diferencia de esta, necesita de una ulterior actividad de concreción que lo ponga en relación con los casos específicos. El principio en estos supuestos sirve para unificar las diferentes elecciones legislativas particulares, desarrollando una función sistemática. Esta actividad de concreción debe ser, en primer lugar, una tarea del legislador que debe

168 Contrariamente a esta opinión, Eduardo García de Enterría (1985: 79) defiende la aplicación directa de toda la parte orgánica de la Constitución aunque admitiendo que “Los órganos constitucionales son los construidos o definidos por la Constitución. Muchos de ellos no precisan de desarrollo normativo ulterior sobre la regulación constitucional; otros sí requieren ese desarrollo para su plena efectividad y para su funcionamiento; a veces, en fin, hay una simple previsión genérica de un órgano y de su misión y la remisión íntegra de su organización y funcionamiento a una Ley Orgánica”.

169 Los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios son numerosos. El de generalidad es el que más frecuentemente se utiliza. Como otros criterios de distinción, se discuten la ‘determinabilidad de los casos de aplicación’; la distinción entre normas ‘creadas’ y ‘desarrolladas’; el carácter explícito del contenido valorativo; según que sean fundamentos de reglas o reglas ellos mismos, o según se trate de normas de argumentación o de comportamiento. Sobre la base de estos criterios, se han formulado tesis totalmente diferentes en torno a la distinción entre reglas y principios. En primer lugar, la que rechaza todo tipo de diferenciación en relación con la pluralidad de criterios de distinción existentes; en segundo lugar, la que considera que las normas pueden dividirse tan solo entre reglas y principios siendo, no obstante, esta distinción únicamente *de grado*; y por último, la que defiende que las normas pueden dividirse en reglas y principios, y que entre ellos existe no solo una diferencia gradual sino cualitativa. Esta última es la tesis defendida, entre otros, por Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 82 ss. Según Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, op. cit., p. 111, a las reglas ‘se obedece’ mientras a los principios ‘se le presta atención’. Véanse también, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 93 ss.; Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*, op. cit., pp. 141 ss.; Atienza, Manuel y José María Ruiz Manero. “Sobre principios y reglas”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 10, 1991, pp. 101-120; Storini, Claudia. “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”. *Foro. Revista de derecho* (Quito), 9 (2008): 35-61.

desarrollar la potencialidad del principio en relación con casos específicos.¹⁷⁰ No obstante, esta afirmación no excluye que la concreción del principio pueda ser realizada directamente por el intérprete, es decir, el juez y en particular el juez constitucional.

La sustitución del legislador por el juez puede ser admitida en todos aquellos casos en los que el desarrollo del principio conduce a resultados obligados, en un contexto operativo ya definido —por ejemplo, en el ámbito procesal penal— y regulado por la legislación vigente en esta materia. Podría ocurrir que en el cumplimiento de determinadas actividades procesales se descuiden algunos aspectos del derecho de defensa; dicha laguna podría ser subsanada gracias a la concreción directa del principio constitucional, estableciendo por vía judicial lo que resulte necesario para su efectividad.

En todos estos casos las normas constitucionales de principio pueden y deben tener eficacia directa.¹⁷¹ No obstante, en algunos casos, a falta de una ley, no existirá un contexto suficientemente definido en el que el principio pueda hacerse valer, ya que la concreción del mismo requiere, antes que nada, su determinación en sede legislativa, como expresión de determinadas elecciones en el amplio ámbito de las que son discrecionalmente posibles de acuerdo con una correcta fundamentación. La interpretación en estos casos sustituiría a la labor del legislador. A pesar de esto, la línea de demarcación entre estas dos hipótesis no siempre resulta bien definida y allí donde no se mantiene este criterio de repartición de funciones entre poder legislativo y poder jurisdiccional, se abre la posibilidad de atribución al intérprete de una función de libre creación del derecho que llega a borrar la distinción entre función creadora y función interpretativa del derecho.

170 Según Robert Alexy “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...] En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”. Véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 86.

171 Véase Eduardo García de Enterría, *op. cit.*, pp. 63 ss.

2.5.4. Juez constitucional y motivación

La problemática de llevar a la práctica esta distinción demuestra cómo la existencia de normas constitucionales de principios, que deben ser consideradas como normas a todos los efectos —y en ello insiste la Constitución ecuatoriana— y que, por tanto, deben tener una eficacia directa sobre los casos concretos, ha venido alterando y ampliando la función de los jueces en relación con la ley, porque la ‘sumisión al imperio de la ley’ asume un diferente significado respecto del que tenía en el pasado, cuando las normas constitucionales se consideraban dirigidas esencialmente al legislador y la actividad de los jueces estaba vinculada a la ley y no a los principios constitucionales de justicia material.

La peculiaridad de las normas de principio conlleva una ulterior característica, que no es otra sino la necesidad de un recíproco ensamblaje entre las mismas. De hecho, si el conflicto entre reglas se concreta en una antinomia, es decir, en una situación de incompatibilidad que puede ser solucionada o bien declarando inválida una de las dos reglas, o bien introduciendo en una de ella una cláusula de excepción, los conflictos de principios deben ser solucionados de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en conflicto, ha de haber uno que cede en beneficio del otro, lo cual no significa declarar la invalidez del principio que queda desplazado ni que en este último se haya de introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede en estos casos es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios se antepone al otro, sin perjuicio de que, en otros supuestos, la cuestión de precedencia pueda ser solucionada de manera inversa.¹⁷²

En dichas circunstancias, la objetivación del parámetro resulta muy compleja. Tanto es así que se ha llegado a defender que el concepto de ponderación no constituye un método que permita un control racional de la utilización del mismo, pues nunca podría hablarse de ponderación correcta o falsa. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación y, por tanto, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de los intérpretes.¹⁷³ Estas objeciones son válidas tan solo si se defiende que la

172 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 87 ss.

173 La crítica más articulada a las normas programáticas ha sido planteada por Ernst Forsthoff, en la recopilación de sus ensayos; ver Forsthoff, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milán, Giuffrè, 1973, pp. 29 ss. y 287 ss.

ponderación no es un procedimiento que conduce en cada caso a un mismo resultado, pero dejan de serlo si son utilizadas para afirmar que la ponderación no es un procedimiento racional. Si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de determinación de una regla respecto a otra, sin seguir criterios uniformes, se trataría de un procedimiento irracional, ya que quien pondera seguiría exclusivamente sus concepciones subjetivas prescindiendo de todo tipo de parámetros fijos. No obstante, al modelo de decisión pura y simple hay que contraponerle el modelo de fundamentación o argumentación, es decir, de justificación de la ponderación realizada, al que el juez está vinculado.

Una ponderación es racional cuando el enunciado de preferencia al que conduce puede ser (ius)fundamentado racionalmente.¹⁷⁴ El procedimiento de ponderación puede, por tanto, ser racional pero a pesar de esto no es un procedimiento que en cada supuesto conduzca a una solución unívoca, sino a una solución razonable, es decir, justificada en derecho. En este sentido, la ponderación es un procedimiento abierto que conduce también a una apertura del sistema normativo determinado por la Constitución; no obstante, debería no implicar el libre arbitrio del intérprete.¹⁷⁵

Todo lo cual indica que el valor concreto de los principios constitucionales es una entidad que no puede llegar a ser definida; la Constitución establece tan solo las líneas esenciales, dejando al libre proceso político espacios para afirmar jerarquías de valores que pueden ser renovadas en cada momento.¹⁷⁶ En un contexto tan flexible como el que hasta aquí se ha descrito, la decisión del juez encuentra su justificación última únicamente en la racionalidad del discurso jurídico que está en la base de la fijación y alcance de estos principios de índole valorativa y meta jurídica;

174 Cfr. la noción de Robert Alexy de *korrekte grundrechtliche Begründung* traducida como “fundamentación ius-fundamentalmente correcta” y expuesta en *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., caps. 2 y 3.

175 Cfr. Tomás y Valiente, Francisco. “La resistencia constitucional y los valores”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 15-16, p. 642, puso de relieve que la recta utilización de los valores favorece la resistencia constitucional en cuanto adaptabilidad o apertura a nuevas exigencias éticas concretas; de esta manera, la Constitución puede alcanzar vigencia efectiva y duración prolongada, sin necesidad de reformas agravadas.

176 Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., pp. 11-112; véase también Storini, Claudia. “Sobre quién reposa la tortuga?: a vueltas con los límites de la interpretación constitucional”. *Perspectivas constitucionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, pp. 1-41.

es decir, un discurso que no entre en contradicción con la letra de la Constitución y que se fundamente en criterios interpretativos estables.

La Constitución se concreta por medio de la interpretación; por este motivo se ve potenciada aun más la importancia de la motivación de la decisión jurisdiccional, porque, en cuanto relación entre argumentación y decisión, será el único instrumento que permita establecer si el parámetro de control es o no objetivable en la medida en que esta concreción lo sea.

Por tanto, la misma condición jurídica o política del control dependerá tan solo de la existencia de criterios de valoración predeterminados a los que quede sometida la interpretación de este conjunto de normas con características tan peculiares.¹⁷⁷

Por eso, la *motivación* o fundamentación razonada de los pronunciamientos judiciales tiene un significado para la democracia institucional, en el sentido de legitimar la intervención judicial en un régimen constitucional.

Con esta finalidad, las razones del fallo son las que justifican el poder y la autoridad judicial.¹⁷⁸

La motivación de las sentencias, resoluciones y demás actuaciones de los poderes públicos constituye la fuente principal del control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional cuya finalidad es suministrar una garantía y evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad, así como también evitar que el razonamiento carezca de todo fundamento o bien sea erróneo.¹⁷⁹

Por tanto, la motivación “no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes en el proceso, sino que se refiere a que en los proveídos judiciales se exterioricen los razonamientos que cimientan y sustentan la decisión, que debe ser lo suficientemente clara para que sea

177 Pérez Luño, Antonio Enrique. “La interpretación de la Constitución”. *Revista de las Cortes Generales*, 1 (1984): 95.

178 Claudia Storini, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 170.

179 Storini, Claudia. “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”. *Foro. Revista de derecho* (Quito), 9 (2008): 37 ss. Véase también Espinosa Cueva, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito, TCE/ CNJ, 2010, p. 51.

comprendida y, de esta manera, se elimine la arbitrariedad [...] no hay duda de que la motivación, a más de ser un deber para el poder público, es un derecho exigible jurisdiccionalmente, conforme con un Estado constitucional de derechos y justicia”.¹⁸⁰

La Constitución en el artículo 76, numeral 7, literal l consagra el derecho a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, recalcando que no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se fundan tales decisiones y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

La Corte Constitucional ha entendido que “el deber de motivar las decisiones de las autoridades públicas constituye una garantía esencial dentro del derecho al debido proceso, por lo que, la Corte Constitucional debe reparar tal afección cuando aquellas decisiones incurran en falta de motivación”,¹⁸¹ de ahí que el derecho de motivación debe observar la explicación de la pertinencia de las normas o preceptos jurídicos a los hechos de forma concordante y coherente con la finalidad de concluir si el mismo ha sido debidamente asegurado.¹⁸²

La motivación, adicionalmente, no es un simple requisito formal o un simple dato explicativo de algún expediente; todo lo contrario, constituye una verdadera garantía de defensa y requisito indispensable mediante el cual los administrados pueden conocer las razones que justifican el actuar del poder público; por lo que, fundamentar una decisión es diferente a explicarla. Como ha señalado Espinosa:

Mientras que para fundamentar es necesario justificar los motivos que conducen a un razonamiento, mediante el examen de los presupuestos fácticos y normativos; para explicar se requiere solo de una simple indicación de los motivos o antecedentes causales de una acción, esto es, señalar el *iterlógico* que le ha permitido al juez o tribunal llegar a la decisión, sin mayores connotaciones intelectivas (énfasis añadido).¹⁸³

180 Carla Espinosa Cueva, *op. cit.*, p. 53.

181 Sentencia n.º 004-11-CEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador.

182 Sentencia n.º 011-10-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador. Véase además las Sentencias 004-10-CEP-CC y 022-10-CEP-CC.

183 Carla Espinosa Cueva, *op. cit.*, p. 50.

La falta de motivación en las decisiones judiciales los transformarían entonces en meros actos de voluntad, pero de ninguna manera actos que provengan de una razón controlable, es decir, se trataría de decisiones políticas carentes de justificación y no jurídicas; de ahí su carácter de inexcusable y constitutivo del derecho de una tutela judicial efectiva.¹⁸⁴

La motivación en definitiva constituye la necesaria justificación de la actividad jurisdiccional que no necesariamente se conforma con criterios pormenorizados o exhaustivos, sino con aquellas argumentaciones esenciales que soportan la toma de una decisión que encuentre pertinencia con la aplicación de normas vigentes e individualizadas.

2.5.5. Motivación en la acción de protección

El resultado del estudio cualitativo en este punto ha demostrado que la falta de coherencia, la debilidad en los argumentos, el aplicar derechos sin dotarles de contenidos constitucionales, la falta del dominio de técnicas y métodos de interpretación constitucional sitúan a la motivación como uno de los elementos más débiles en relación al análisis de sentencias de acción de protección.

Antes de entrar a tratar estos aspectos, es preciso recordar que para este análisis se entendió la *motivación* como un procedimiento por el cual el juez, sobre la base de algunas premisas derivadas de los antecedentes del caso, de los fundamentos de hecho y derecho y de la normativa invocada como aplicable, vincula estos elementos de forma argumentada a efectos de resolver. Tal ejercicio razonado se plasma, tanto en la parte motiva como en la resolutive del fallo. De esa forma y principalmente en materia constitucional, la motivación se convierte en un *principio procesal fundamental* para la eficacia, eficiencia y sobre todo la efectividad de la acción de protección.¹⁸⁵

Como ha subrayado Manuel Atienza, decidir ‘no es argumentar’, razonar correctamente permite cimentar la decisión. Existen para las

184 Claudia Storini, “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 59.

185 La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso (art. 4, numeral 9 de la LOGJCC).

decisiones dos tipos de razones: las explicativas y las justificativas, las últimas apuntan no a dar cuenta del porqué se tomó la decisión, sino de que esta resulte aceptable o correcta.¹⁸⁶

En tal sentido, la motivación se compone de razones, cuyos antecedentes son tomados por el juez en el proceso y luego son sistematizados en orden a justificar su decisión. Según Atienza, estos razonamientos deben ser al efecto ‘relevantes’ y ‘de peso’. Bien subraya el citado autor, que el razonamiento jurídico es uno de tipo práctico. Entre otros criterios para el ejercicio de un razonamiento práctico, Atienza propone el de relevancia, relativo a la aplicabilidad de las normas a un caso y la consideración de la validez de estas respecto del mismo. Así mismo, propone el criterio de peso que tiene que ver con el grado de pertinencia de cada premisa respecto del caso. Unas premisas tendrán una mayor pertinencia y otras una menor. Además del razonamiento práctico como elemento de una adecuada motivación, el autor subraya la necesidad de un ejercicio lógico formal que permita la coherencia entre las premisas y la conclusión.¹⁸⁷ El grado del razonamiento que aquí se examina tiene que ver entonces, expresado en términos operacionales, con la posibilidad de vincular ciertas razones de forma lógica (racional, coherente) y a la vez, examinar la relevancia y grado de pertinencia de las mismas con relación al resultado en el caso.¹⁸⁸

En relación con los tipos de razonamiento que pueden ser adecuados para llevar a cabo el procedimiento lógico de justificación de la decisión, como se indicó al exponer sobre la metodología de este estudio, existen tres categorías básicas que deben ser consideradas: el razonamiento sub-suntivo, el de adecuación (o finalista) y el de ponderación.¹⁸⁹ Los dos primeros se aplican en el caso de reglas. En el primer caso comprobando si

186 En efecto “los razonamientos, los argumentos, no son las decisiones, sino las razones —o cierto tipo de razones— que pueden darse en favor de las decisiones”, dice el autor Manuel Atienza, *Derecho y argumentación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 32.

187 El razonamiento práctico se asocia a una justificación externa mientras que el ejercicio lógico a una justificación interna en el proceso de motivación. Véase Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona, Ariel, 2007, pp. 67-68, 182, 213 a 227.

188 Para ampliar el tratamiento sobre estos criterios, véase Manuel Atienza, 2007, *op. cit.* Para una visión más amplia de los aspectos inherentes a la motivación vista desde la perspectiva procedural, pueden entre otros consultarse Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008; Toulmin, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Barcelona, Península, 2007.

189 Manuel Atienza, *op. cit.*, pp. 163 ss.

una situación particular —la del caso— puede ser comprendida dentro de un presupuesto genérico de tipo normativo, es decir, si las circunstancias satisfacen y se corresponden con el presupuesto. En el segundo caso, se trata de decir si en razón de un determinado fin de la norma procede una determinada solución del caso que sea más adecuada a tal fin. En cambio, como ya se apuntó, si se trata de principios constitucionales como lo son las normas de derecho fundamental, será necesario ponderar.¹⁹⁰ Ponderar implica contrastar y balancear dos principios de ‘derecho fundamental’ en colisión de la manera más razonable. Esta forma de interpretación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*.¹⁹¹

Sobre la base de estas consideraciones, el razonamiento será suficiente si cumple los estándares básicos antes referidos, de lógica (razonamientos son coherentes, están concatenados entre sí con proyección al resultado), de relevancia (aplicabilidad) y grado de pertinencia respecto del caso. Es por tanto en este sentido, que se ha utilizado el criterio de suficiencia como parámetro operacional para el análisis de las sentencias, destacando en todo caso aquellos fallos con un más alto grado de coherencia, pertinencia y relevancia. A continuación la descripción de las tendencias halladas en los fallos de primera y segunda instancia.

En relación al tipo de interpretación, se puede evidenciar que existe una extensa variedad de argumentos y ‘justificaciones’ utilizadas por los órganos jurisdiccionales a efectos de pretender legitimar sus sentencias sin conseguir tal objetivo.

Más allá de una minoría de resoluciones, cuya motivación muestra un alto grado de coherencia, pertinencia y relevancia,¹⁹² todas las demás

190 Robert Alexy es uno de los autores que ofrecen una clara distinción entre reglas y principios de derecho fundamental. Como bien indicamos antes, ambas forman parte de la estructura de una norma de derecho fundamental, pero las reglas son mandatos concretos que contienen en su interior una hipótesis concreta de cumplimiento, mientras que los principios son conceptos más abstractos y abiertos, son ‘mandatos de optimización’ que requieren para cumplirse en la mayor medida posible, de una interpretación más compleja en razón de colisiones o conflictos que estos puedan tener con otros principios o reglas. Ver Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.^a ed., 2008, pp. 66 ss.

191 Véase Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 53.

192 Así, por ejemplo, Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, Sentencia n.º 2010-0204; Juzgado Segundo de Tránsito de Cuenca, Sentencia n.º 2010-0139; Juez Sexto de Tránsito del Guayas, Sentencia n.º 015-2009; Juez Cuarto de lo Civil de Cuenca, Sentencia n.º 2010-0922; Juez Cuarto de lo Civil de Cuenca, Sentencia n.º 2009-0795 y Juez Quinto de Tránsito del Guayas, Sentencia n.º 1982-2009.

podrían describirse como de ‘legalistas’, ‘descriptivas’ y hasta en algunos casos ‘subjetivas’.¹⁹³

En algunas de las decisiones hay lo que podrían denominarse ‘rasgos de ponderación’, es decir, se describen los criterios de la colisión de derechos de forma doctrinaria, sin embargo, no existe ni se justifica un verdadero ejercicio de ponderación de derechos en relación con el caso concreto, lo cual vuelve toda la argumentación superficial y descriptiva.¹⁹⁴

La práctica más común es la subsunción legal o constitucional en la medida en la que los órganos jurisdiccionales aplican las normas legales o constitucionales de forma subsuntiva interpretándolas literalmente sin mayor justificación o análisis.¹⁹⁵

En ese sentido, la mayoría de las interpretaciones son de tipo legalista en la medida en que no desarrollan el contenido de los derechos invocados por los actores y resuelven el conflicto basadas en métodos de interpretación que pueden definirse como estrictamente inherentes al derecho ordinario, más que al derecho constitucional.¹⁹⁶ En muchos casos el juez no llega ni siquiera a determinar cuáles son los derechos que se consideran efectivamente vulnerados limitándose a declarar en su motivación que “el

193 Véase, entre otras, Juzgado Tercero de Garantías Penales de Cuenca, Sentencia n.º 2009-1035; Juzgado Vigésimo Octavo de lo Civil de Guayaquil, Sentencia n.º 2010-669; Juzgado Quinto de Inquilinato y Relaciones Vecinales, Sentencia n.º 2010-0359; Juzgado Segundo de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Guayaquil, Sentencia n.º 2010-0276.

194 Así, por ejemplo, en la Sentencia n.º 2010-0074 del Juzgado Quinto de Tránsito del Guayas, se citan varios autores en relación con el principio de ponderación solo de forma enunciativa para luego utilizar un método literal y resolver mediante la subsunción. También hay rasgos de ponderación que podrían ser definidos no concluyentes en tanto que se trata de una mera enunciación, por ejemplo, en las sentencias del Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, n.º 2011-0057; Juzgado Primero de Inquilinato y Relaciones Vecinales, n.º 2010-0128; Juzgado Vigésimo Primero de lo Civil de Cuenca, n.º 2009-0116.

195 Véase, por ejemplo entre muchas otras, Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cuenca, Sentencia n.º 2011-0059; Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, Sentencia n.º 2010-0623; Juzgado Cuarto de Garantías Penales en materia de Tránsito de Guayaquil, Sentencia n.º 167-2010; Juzgado Segundo de Inquilinato de Guayaquil, Sentencia n.º 078-2010; Juzgado Tercero de Trabajo de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Sentencia n.º 0183-2011; Juzgado Cuarto de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Guayaquil, Sentencia n.º 2011-0414; Juzgado Segundo de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Guayaquil, Sentencia n.º 2010-0276.

196 Así, por ejemplo, en la Sentencia n.º 2010-0468 del Juzgado Sexto de Tránsito del Guayas, el juez resuelve sin entrar a desarrollar el contenido de los derechos constitucionales que se consideran vulnerados por el recurrente. En este mismo sentido, entre muchas otras, véase Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca, Sentencia n.º 2008-0813; Juzgado Noveno de la Niñez y la Adolescencia del Guayas, Sentencia n.º 2011-0563; Juzgado Vigésimo de lo Civil de Cuenca, Sentencia n.º 2011-0186.

resultado de la acción de protección es la declaración de un derecho constitucional y la correspondiente reparación; de la revisión de la presente acción se vislumbra la vulneración de derechos constitucionales que requieren reparación [...]”, y sobre esta base concede la acción de protección.¹⁹⁷

Hay además que evidenciar que la motivación de las sentencias dictadas en acciones de protección debe considerarse, en la mayoría de los casos, no suficientemente razonada, esto es, sin fundamento,¹⁹⁸ o basada en enunciaciones vagas o transcripciones innecesarias de las normas constitucionales,¹⁹⁹ o bien incoherente en tanto que no existe ninguna relación entre las pretensiones, los argumentos, la valoración de las pruebas y la valoración del juez.²⁰⁰

En aquellos casos en donde se puede apreciar una argumentación e interpretación que hace referencia a disposiciones constitucionales, en muchos de ellos existe o bien una manifiesta incoherencia entre la parte expositiva y motiva del fallo que se muestra garantista, protectora de los derechos con su parte resolutive que resulta ser restrictiva, legalista y subsuntiva de los hechos a las normas, sin mayor valoración o argumentos (someten el caso a argumentos de naturaleza legal y no constitucional);²⁰¹ o se aplican doctrinas de manera incoherente o automática como por ejemplo la que se refiere a la distinción entre derechos ‘patrimoniales’ y ‘fundamentales’, distinción que además es ajena al constitucionalismo ecuatoriano.²⁰²

197 Juzgado Cuarto de Garantías Penales del Guayas, Sentencia n.º 2010-0049.

198 Véase, por ejemplo, la Sentencia n.º 061-2010 del Juzgado Quinto de Tránsito del Guayas, en la que el juez concede la acción sin justificar la identidad objetiva y subjetiva que le permiten aplicar el principio *non bis in idem*; así como, Juzgado Séptimo de Garantías Penales del Guayas, Sentencia n.º 01270-2010; Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia del Guayas, Sentencia n.º 1291-2010.

199 Así, por ejemplo, Juzgado Cuarto de Tránsito del Guayas, Sentencia n.º 504-2011.

200 Véase, por ejemplo, Juzgado Quinto de Tránsito del Guayas, Sentencia n.º 0169-2010; Juzgado Quinto de Garantías Penales de Tránsito de Guayaquil, Sentencia n.º 018-2009; Juzgado Tercero de Trabajo de la Corte Provincial de Guayas, Sentencia n.º 861-2010.

201 Entre otras, Juzgado Séptimo de lo Civil del Guayas, Sentencia n.º 2009-0277; Juzgado Trigésimo Primero de lo Civil del Guayas, Sentencia n.º 09331-2009.

202 Ejemplos de aplicación descontextualizada y no fundamentada de la distinción entre derechos constitucionales y patrimoniales los encontramos en el Caso n.º 01111-2009-0505 atendido por la Primera Sala Civil y Mercantil del Azuay, se revoca la resolución que había concedido la acción por violación del artículo 323 de la Constitución en un caso de indemnización por expropiación, alegando que se trata de un asunto patrimonial, reconociendo la competencia del Municipio de Cuenca para expropiar. La misma Sala, en el Caso n.º 01111-2009-0520 por violaciones supuestas al debido proceso y el derecho defensa, separa entre derechos ‘fundamentales’ y ‘patrimoniales’, y considera que estos últimos no pueden vindicarse mediante acción de protección, a pesar de que el derecho reclamado es debido proceso y solo la consecuencia de la violación (multa) tendría un carácter patrimonial, existiendo una grave falta de coherencia en esta consideración. A la

Otra constante es que a pesar de que en varias ocasiones el juez fundamenta su resolución en que el asunto puesto a su conocimiento es de ‘mera legalidad’ en ningún caso se justifica dicha expresión o fundamento en la medida en la que ni se define lo que se entiende por ‘asuntos de mera legalidad’ ni se hace referencia a jurisprudencia o doctrina elaborada en relación con dicho concepto.^{203, 204} Tampoco se cumple con la obligación de exponer las razones del porqué se entiende que la vía judicial ordinaria es la más adecuada y eficaz para la tutela de los derechos invocados, llegando así a descartar la necesidad de la tutela constitucional y, consecuentemente, inadmitiendo la acción.²⁰⁵ No obstante, lo más grave parece sustanciarse en aquellas resoluciones, que tampoco son aisladas, en donde el juez de manera desproporcionada e injustificada traslada la obligación de justificar las razones por las que considera que la vía judicial ordinaria no sea adecuada y eficaz a la parte recurrente tergiversando y desvirtuando de esta manera el dictado constitucional.²⁰⁶

vez, la Sala evade usando esta falaz argumentación el tratamiento del derecho invocado, centrándose en la consecuencia patrimonial del acto impugnado. Finalmente, esta citada Sala de la Corte azuaya procede de forma similar en el Caso n.º 01111-2010-0318.

- 203 Entre otras resoluciones: Juzgado Décimo Cuarto de la Niñez y Adolescencia del Guayas, Sentencia n.º 2011-0468; Juzgado Primero de Garantías Penales del Guayas, Sentencia n.º 021-010; Juzgado Vigésimo Tercero de lo Civil del Guayas, Sentencia n.º 09323-2009-0372; Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia del Guayas, Sentencia n.º 2011-0569; Juzgado Primero de Tránsito del Guayas, Sentencia n.º 2009-347; Juzgado Primero de Tránsito del Guayas, Sentencia n.º 2009-347; o el proceso n.º 01112-2009-0041 resuelto por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil del Azuay.
- 204 Existen escasas excepciones donde los jueces evocan meramente algún párrafo de la doctrina referida al amparo constitucional o alguna resolución del ex Tribunal Constitucional para justificar su actitud evasiva sobre lo fundamental del caso. Un ejemplo es el Caso n.º 01131-2010-0351 conocido por la Sala Especializada en materia Laboral, Niñez y Adolescencia del Azuay, en donde se invoca la doctrina española respecto del amparo sin contextualizar las diferencias que esta garantía del derecho de ese país tiene con nuestra acción de protección. Otro Caso es el n.º 512-2009 en el que la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil del Guayas se fundamenta en jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de la falta de competencia de los intendentes o gobernadores para ordenar desalojos (Caso ‘análogo’ 914-2007-RA) sin llegar a pronunciarse sobre el derecho a la vivienda de los accionantes.
- 205 Véase, por ejemplo, Juzgado Vigésimo Noveno de lo Civil del Guayas, Sentencia n.º 2010-0631; Juzgado Vigésimo de Garantías Penales del Guayas, Sentencia n.º 2010-1748.
- 206 Entre otras, véase: Juzgado Tercero de Inquilinato y Relaciones Vecinales del Guayas, Sentencia n.º 2011-0117; Juzgado Tercero de lo Civil del Guayas, Sentencias n.ºs 2010-0223; Juzgado Séptimo de la Niñez y la Adolescencia del Guayas, Sentencia n.º 2011-0785; Juzgado Décimo Primero de lo Civil del Guayas, Sentencia n.º 2011-0366.

Además de las particularidades antes mencionadas, el contenido de las resoluciones en la mayoría de los casos analizados cualitativamente, demuestra que los órganos jurisdiccionales llegan a dictar su fallo sin más justificación, motivación o sustento que no sea lo expuesto dentro de los propios antecedentes, es decir, en la parte expositiva de su sentencia.²⁰⁷

2.6. Derecho a la ejecución

2.6.1. *El derecho a la ejecución en sentido estricto y la reparación integral*

El derecho a la ejecución de las sentencias, tal como se indicó anteriormente, resulta una consecuencia lógica del derecho a la tutela judicial efectiva.²⁰⁸ Exige que un determinado fallo se cumpla y que el recurrente sea reparado en su derecho en virtud del daño sufrido.

En sentido general, las decisiones judiciales firmes deben ser cumplidas en sus propios términos sin que sea constitucionalmente admisible su modificación dada la invariabilidad e intangibilidad que caracteriza a las resoluciones firmes. De la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, puede hacerse derivar la regla de que en el trámite de aclaración de sentencia no cabe alterar el sentido ni el contenido del fallo. Así como, por idénticas razones el ordenamiento prevé el derecho a que las resoluciones judiciales firmes sean ejecutadas incluso contra la voluntad de la parte condenada. “Las sentencias entrañan, en principio, un mandato

207 Véase Sentencia n.º 01121-2009-0633, expedida por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte del Azuay en la que se revoca el auto de inadmisión de acción de protección interpuesta por una persona pública contra otra (CFN contra el Concejo Cantonal de Cuenca). La Sala establece, de un breve análisis del artículo 88 de la CRE (que define a la AP), que el juez es competente para conocer la acción de protección por lo que procede a revocar la providencia de inadmisión. Se aplica interpretación literal de la norma constitucional frente al caso por subsunción, sin más razonamiento que lo indicado. El fallo es de una página y el razonamiento automático. Aun así, dada la naturaleza del asunto, el razonamiento podría considerarse mínimamente suficiente, coherente y pertinente, aunque pudo haber habido mayor motivación. En el Caso n.º 647-2009-A, por ejemplo, no se razona la denegación de la acción, salvo argumentos propios de un juicio laboral o administrativo contencioso. La Sala del Guayas formula un análisis de tipo ‘administrativista’, se centra en las normas de la LOSCA que definen la calidad de servidor ocasional del accionante en su demanda contra la agencia Agrocalidad, análisis que resulta en que a juicio de la Sala no se genera el derecho de estabilidad.

208 Véase la Sentencia Corte Constitucional n.º 023-09-SEP-CC, de 24 septiembre 2009.

imperativo y trascendente, de ineludible cumplimiento, y ese carácter y el respeto debido a sus dictados debe impedir toda tergiversación o interpretación que anule o mediatice su sentido y efectos [...]”.²⁰⁹

La Corte Constitucional, al referirse al objeto de la acción extraordinaria de protección como una garantía jurisdiccional de defensa de los derechos constitucionales y del debido proceso ha manifestado que “no es posible utilizar esta vía constitucional para suspender la ejecución de la sentencia en la vía ordinaria, equiparándola a un recurso ordinario aplicable solo en sede judicial o convirtiéndola en una cuarta instancia [...]”²¹⁰ con lo cual, y a pesar de que el derecho de ejecución de las sentencias encuentra un grado de relativización en tutela de los derechos constitucionales como valores superiores del ordenamiento jurídico, queda claro que el derecho a la ejecución de las sentencias comprende una real ejecución y el cumplimiento de la misma.

Así mismo, la Corte Constitucional cuando se ha pronunciado en acción de incumplimiento de sentencias, ha considerado que lo trascendental del cumplimiento de una sentencia es la materialización de una reparación integral que comprende medidas positivas o negativas materiales o inmateriales, tendientes a reconstruir el derecho constitucional vulnerado.²¹¹ En este sentido, y estando fuera del alcance de este estudio el seguimiento de la ejecución de las sentencias dictadas en resolución de las acciones de protección, bajo este epígrafe se estudiará la reparación integral en tanto que, como la misma Corte Constitucional indica, se configura como presupuesto y contenido de la ejecución de la sentencia.

2.6.2. La reparación integral en la Constitución y en el ordenamiento internacional

La *reparación integral* puede ser concebida como un mandato de optimización para las garantías constitucionales,²¹² en razón de que profundiza su alcance y maximiza la protección de derechos que poseen trascendencia tanto en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos como en el del derecho constitucional. La relevancia que adquiere en el

209 Esperanza Leibar, Iñaki. *El principio del debido proceso*. Barcelona, Bosch Editor, 1995, p. 227.

210 Sentencia n.º 001-10-SCN-CC, de 24 febrero 2010.

211 Sentencia n.º 005-09-SIS-CC, de 1 septiembre 2009.

212 En el sentido de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 119.

campo de las garantías eleva a este acto jurídico al rango de principio²¹³ y, por consiguiente, adquiere la función orientadora para el deber ser de la justicia restaurativa.

La reparación integral es introducida en el ordenamiento ecuatoriano conforme al modelo garantista de la Constitución de 2008 y bajo las luces de la doctrina y jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A diferencia de otros países, en los que la reparación integral figura únicamente como sugerencia de órganos internacionales o *soft law* y es implícitamente asumida por el ordenamiento en el que no se garantiza la efectividad de su realización material, en la Constitución ecuatoriana esta figura jurídica ha sido incorporada expresamente y se configura como uno de los aspectos más innovadores.

La Constitución de 2008 la establece taxativamente en el artículo 86, por tanto, adquiere directa aplicabilidad dentro del ordenamiento ecuatoriano al convertirse en un mandato constitucional que expresa el deber de las autoridades judiciales de establecer las medidas de reparación.

En ese sentido, la reparación integral es el fin último del proceso constitucional que implica la perfección de la garantía de derechos.

Sin duda alguna, la previsión de dicha reparación ha significado una evolución jurídica ante la vulneración de los derechos, en razón de que con ella no solo se contempla enmendar a la víctima afectada en su derecho, a través de la proporción de un monto económico; pues esta implica un alcance más profundo, al referirse a la integralidad, que de manera global concierne al estado psicológico de la víctima, el daño moral y social ocasionado, y pretende reconstruir además el proyecto de vida. Incluso, a pesar de que la reparación integral, es un derecho del cual son titulares las víctimas de violaciones, no puede descartarse su dimensión social en cuanto esta tiene como finalidad general promover la justicia.²¹⁴

213 Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 septiembre 2004, párr. 223.

214 Véase Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 75-87; y sobre todo, la referencia que hace la autora al n.º 15 de los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones" que trata específicamente sobre la vinculación entre la justicia y la reparación. Véase este documento aprobado en 2005 por la Asamblea General de la ONU. Internet. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/45/PDF/N0549645.pdf?OpenElement>. Acceso: 12 mayo 2013.

Es por esas razones que la reparación integral se configura como algo más que una institución del ordenamiento jurídico convirtiéndose en un principio del derecho, que debe estar presente en toda resolución judicial referente a la vulneración de derechos. Este principio de la reparación integral respalda y brinda materialidad a las garantías jurisdiccionales. Y ello, en tanto que a la declaración y reconocimiento de que el derecho ha sido quebrantado, añade el desagravio y el resarcimiento del derecho transgredido, situación que refleja la responsabilidad asumida por el agresor sobre al acto antijurídico y revela la intención por parte del aparato estatal de satisfacer completamente a la víctima.

El establecimiento de medidas de reparación integral constituye, por tanto, una actuación judicial fundamental que ofrece un sentido más amplio a la protección de derechos fundamentales. Por esta razón, esta debe ser expresada con singular énfasis en las resoluciones de acciones de protección que tienen por objeto garantizar el goce de los derechos.

Al constituirse en principio constitucional de garantías jurisdiccionales, su respeto conforma un parámetro de análisis obligatorio en las resoluciones judiciales, por lo que es importante aclarar las bases conceptuales que orientan este estudio.

El artículo constitucional 86, que encabeza las disposiciones comunes inherentes a las garantías jurisdiccionales, en el numeral 3 establece que:

[...] La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Además, este principio se extiende a la materia penal en la que la reparación de las víctimas siempre deberá hacerse en forma integral, así lo dispone el artículo 78 de la Constitución:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que

incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado [...].

Si a las citadas disposiciones constitucionales se añade lo previsto en el artículo constitucional 57, en relación con la reparación integral a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, es posible afirmar que el constituyente ecuatoriano, en materia de reparación integral se alinea con la mayoría de los conceptos y categorías elaborados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Pretendiendo con esto alcanzar la más cercana equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de modo que este pueda conseguir con la reparación, una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. En consecuencia, toda violación a un derecho constitucional o derecho humano, reconocido en un tratado o instrumento internacional, genera en el ordenamiento ecuatoriano la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento.²¹⁵

Respecto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el artículo 6 establece que “Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación”. A

215 Siguiendo esta lógica, el Estado ecuatoriano tendría entonces en materia de derechos las obligaciones siguientes:

1. La obligación de investigar las violaciones de derechos en forma seria y responsable para establecer fehacientemente la verdad.
2. La obligación de procesar y de sancionar a los responsables.
3. Obligación de reparar integralmente los daños ocasionados con la violación al derecho o los derechos.
4. Obligación de depurar el servicio público, separando a aquellos servidores públicos a quienes hayan cometido, ordenado, encubierto, o tolerado estos abusos en contra de las personas en general. Y así lo dispone la Constitución al determinar en el artículo 86, numeral 4, que si una sentencia en materia de garantías constitucionales, no se cumple por parte de servidoras y servidores públicos, la jueza o juez podrá ordenar su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales.
5. Obligación de garantizar que tales violaciones no se vuelvan a repetir.

lo cual hay que añadir la previsión contenida en el artículo 17, numeral 4 según el cual:

La sentencia deberá contener al menos: [...] 4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

La citada Ley Orgánica no se limita a estas previsiones genéricas sino entra a determinar, en el artículo 18, los elementos que constituyen la reparación integral. Así, según esta disposición en caso de declararse la vulneración de derechos el juez deberá ordenar la reparación integral tanto por el daño material como por el inmaterial. La reparación integral procurará que los titulares del derecho violado vuelvan a gozar del derecho de la manera más adecuada posible, restableciendo la situación anterior a la violación. Dicha reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. Más precisamente, la reparación por daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. Mientras, la reparación por daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.²¹⁶

La necesaria adecuación de la reparación integral de cada caso concreto, y por tanto la obligación del juez de motivarla, justifica la previsión del último inciso del referido artículo 18 en que se establece que el titular

216 Ver artículo 18 de la LOGJCC, incisos 1 y 2.

del derecho violado deberá ser necesariamente escuchado, de ser posible en la misma audiencia, para determinar la reparación. Pero en el caso que el juez lo considere pertinente, podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación.

El análisis de las disposiciones constitucionales y legales invocadas no deja dudas acerca de que en la configuración de las garantías constitucionales en general, en especial en la acción de protección, la reparación integral constituye *conditio sine qua non* para lograr una efectiva protección de los derechos.

No obstante, el artículo 19 de la LOGJCC introduce un elemento bastante discutible al establecer que:

Quando 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.

Esta norma desatiende el sentido de la Constitución, así como el de la doctrina interamericana,²¹⁷ en tanto que introduce un procedimiento que se configura como una limitante al derecho a la reparación integral y también al de tutela judicial efectiva,²¹⁸ puesto que prevé que la reparación económica

217 La doctrina de la Corte Interamericana es clara acerca de la importancia de la dimensión procesal de la reparación integral, asociada al artículo 25 de la CADH, en el sentido sobre todo de la necesidad de suprimir complejidades y cargas procesales excesivas. Véanse los fallos: H. Portugal vs. Panamá, del 12 agosto 2008, párr. 158, y sobre todo el del Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, del 11 mayo 2007, párr. 198.

218 Véase como establece el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos humanos (CADH) la Protección Judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

se tramite de forma diferente “lo que en la práctica se ha convertido en una verdadera camisa de fuerza para obtener la reparación integral del daño”,²¹⁹ ya que obliga a los jueces a no cuantificar los daños económicos y a los afectados a promover un juicio independiente que admitirá, por tanto, todos los recursos e instancias contra la *nueva decisión* acerca de la determinación del monto de reparación. Esto, sin lugar a dudas, violenta el espíritu de la Constitución, ya que en un Estado garantista esbozado por el constituyente el monto de reparación debería ser resuelto con un procedimiento sumarísimo en el que se tomen en cuenta los principios de inmediación, contradicción, concentración y dispositivo, pero que no sacrifiquen de modo alguno la justicia. Además esta previsión provocará que “los afectados, ante la necesidad de promover un nuevo y largo proceso para obtener la reparación económica, se conformen con las medidas de reparación no económicas dictadas en la sentencia de garantías jurisdiccionales”,²²⁰ volviendo ineficaz la reparación integral del daño consagrada en la Constitución.

En ese sentido, hay que coincidir con lo ya expresado en la doctrina al defender que “esta disposición encierra una concepción anacrónica de la indemnización de daños y perjuicios”,²²¹ ya que olvida que en el caso de las garantías constitucionales lo que directamente genera la obligación de reparar el daño económicamente es exactamente la declaración de la violación del derecho.²²² Además, si también cabe plantear la implícita contradicción de esta disposición con cuanto se manda en el último inciso del artículo 18 de la misma ley, en tanto que al prever la posibilidad del juez de convocar a nueva audiencia, que deberá realizarse dentro del término de ocho días, para tratar exclusivamente sobre la reparación le está de alguna manera otorgando todos los recursos procesales para llegar a determinar también la cuantía del daño económico en un plazo que no perjudique la rapidez de la garantía.

También hay que evidenciar que el artículo 21 de la LOGJCC no se limita a establecer la simple obligación del juez de emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, sino además le otorga la facultad de “expedir

219 Ver Polo Cabezas, María Fernanda. “La reparación integral en la justicia constitucional”. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, *op. cit.*, p. 78.

220 *Ibid.*

221 *Ibid.*

222 *Ibid.*, p. 79.

autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrá modificar las medidas”. Entonces habrá que preguntarse ¿cuál medida de reparación ameritará este seguimiento?, y si la contestación es ‘todas’ ¿cuál será el juez encargado en caso de reparación económica? Cuestiones todas ellas a la que, probablemente, deberá dar respuesta la Corte Constitucional.

Las disposiciones antes transcritas no permiten dudas acerca de que en el sistema ecuatoriano la reparación integral se constituye como *elemento esencial* para el cumplimiento de la finalidad de la acción de protección, y que por esta razón el constituyente quiso hacer expresa referencia a ella, detallando sus requisitos esenciales.

En ese sentido, hay que evidenciar que el intento de establecer el contenido y las medidas de reparación llevado a cabo por el legislador por medio del artículo 18 de la LOGJCC podría ser insuficiente, en tanto que solo realiza una escueta referencia a la *restitutio in integrum*. Dicha carencia podría llegar a incidir negativamente en la efectividad de las medidas de reparación en tanto exige al juez un alto grado de pericia en temas de justicia restaurativa. Esta misma situación se presenta con las demás medidas previstas por la ley que habla de rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, obligación de investigar y sancionar, medidas de reconocimiento, disculpas públicas, prestación de servicios públicos, atención de salud, de una general sin mayor especificación.

Aunque se considere que para que tenga sentido la reparación integral constitucionalmente admitida es necesario relacionar la misma con el derecho de motivación, ya que el juzgador deberá siempre motivar su decisión en lo que a la determinación de remedios jurídicos se refiere, dicha suposición no excluye la necesidad de una mayor especificación de los supuestos de referencia; laguna esta que podría ser superada o bien utilizando el artículo 10 de la Constitución que permite al juez aplicar los derechos garantizados en ordenamiento internacional, o bien por medio de una reforma de la ley que adecue el contenido de la misma a los estándares internacionales.²²³

223 El carácter fáctico del contenido de la reparación integral es evidenciado por Juan Montaña Pinto, “Aproximación a los elementos teóricos de la acción de protección” en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2, *op. cit.*, p. 125.

Si es incuestionable que en materia de garantías constitucionales la reparación deberá ser integral, habrá que entrar a estudiar el alcance del término 'integral'. Al respecto, Claudio Nash Rojas dice que:

[...] la integralidad debe ser entendida como una respuesta amplia y comprensiva, que se inserte como parte de un proceso global de reparaciones (procesos penales, reformas institucionales, entre otros). En este sentido, es fundamental que las medidas de reparación tengan una lógica y coherencia evidentes para los involucrados, pero que también puedan ser percibidas por la sociedad.²²⁴

En el Derecho Internacional, como es sabido, la reparación como concepto autónomo tiene como punto de partida la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, toda vez que el artículo 8 establece que:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

A pesar de que poco a poco varios tratados reconocieron este derecho,²²⁵ el desarrollo del concepto de reparación integral se debe fundamentalmente a la jurisprudencia dictada dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Además, en la actualidad también hay que hacer referencia a los ya referidos *principios y directrices* aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2005.²²⁶ Así, el antes mencionado principio n.º 15 de la sección IX de este documento establece que:

224 Nash Rojas, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile, Universidad de Chile/ Centro de Derechos Humanos, 2.ª ed., Chile, 2009.

225 Precepto que posteriormente será recogido también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que establece que “toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. Tanto el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos en el artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como el Sistema Africano, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, al referirse a la compensación adecuada en el caso de expropiación de pueblos, de algún modo también reconocieron este principio.

226 Este documento es el resultado de dos estudios: el Informe del señor M. Cherif Bassiouni, presentado de conformidad con la resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos. Documento ONU E/CN.4/1999/65. Y, por otra parte, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos encargó la

Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido [...].²²⁷

Luego, este instrumento entra a definir el concepto de reparación en los puntos que van del 19 al 23 según las líneas que por su relevancia se describirán a continuación.²²⁸

En relación con la *restitución*, siempre que sea posible, se debe devolver a la víctima a la situación anterior a la violación. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

La indemnización deberá concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como: el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

La *rehabilitación* debe incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales. La *satisfacción* debe incluir, cuando sea

elaboración de un informe a Louis Joinet sobre la impunidad de los autores de las violaciones de derechos humanos (derechos civiles y políticos). El informe final recogió un conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos e incluyó un capítulo especial en el cual se recogen algunas de las directrices elaboradas por Theo van Boven sobre las reparaciones en el derecho internacional. Documento de la Comisión de Derechos Humanos de 2 de octubre de 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

227 Organización de las Naciones Unidas. "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones". Resolución n.º 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, *op. cit.*

228 *Ibid.*

pertinente y procedente, la totalidad o parte de las siguientes medidas: medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; conmemoraciones y homenajes a las víctimas; la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

Finalmente, las *garantías de no repetición* deberán incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes: el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; la promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los

medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

La precisión con la que se define cada uno de los supuestos integrantes del concepto de reparación integral es un buen ejemplo para entender cuál debería haber sido el referente del legislador a la hora de redactar el artículo 18 de la LOGJCC.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reiterado en su jurisprudencia que las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos, tanto material como inmaterial.²²⁹

Esta definición es coherente con la base legal en la materia, esto es, con el artículo 63, numeral 1 de la CADH, según el cual:

Quando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Aunque las formas de reparación integral no se encuentran exhaustivamente descritas en la Convención, la CIDH ha desarrollado este concepto desde lo expresado en los casos Velásquez Rodríguez contra Honduras,²³⁰ como sentencia primigenia en asunto de reparaciones, y

229 Ver CIDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 febrero 2006, Serie C n.º 144, párr. 175.

230 CIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y costas: “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*) lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral”.

posteriormente sobre todo en los casos Garrido y Baigorria contra la República Argentina y Suárez Rosero contra Ecuador en las que empieza a determinar las formas diferentes formas de reparación además de la indemnización.

Según la Corte:

[...] La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras) [...].²³¹

La jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre las diferentes formas de reparación, puede ser sistematizada de la siguiente forma: por una parte, por restablecimiento pleno o restitución integral hay que entender bien la posibilidad de restablecimiento de la víctima a la situación anterior de la producción del daño, o bien la acción de retrotraer los efectos de los actos vulneratorios, es también denominada *restitutio in integrum* y constituye la forma ideal de reparación. Aunque resulte imposible borrar el acto antijurídico, sus efectos restituyen a la víctima en la totalidad de su derecho y le permite el goce y el pleno uso del mismo. No obstante, esta reparación es posible tan solo cuando la vulneración del derecho no destruyó totalmente el núcleo del bien jurídico tutelado, como en el caso, por ejemplo, de destitución de trabajadores que comporta una violación del derecho al trabajo, pero no su aniquilamiento, por lo que el reintegro a los respectivos puestos de trabajo, constituye una forma de reparación que retrotrae los efectos del acto lesivo, para restablecer a la víctima plenamente en su derecho. Como caso emblemático de aplicación de esta forma de reparación puede citarse el caso Baena vs. Panamá,²³² en el que la Corte Interamericana establece la restitución laboral para 270 trabajadores como forma de *restitutio in integrum*. Por el contrario, este tipo de reparación es inaplicable, por ejemplo, en el caso de fallecimiento de la víctima para el cual habrá que aplicar medidas alternativas que se aproximen lo más posible al fin de la reparación integral.

231 CIDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 20 enero 1999, Serie C n.º 44, párr. 41.

232 CIDH. Caso Baena vs. Panamá, Serie C n.º 72, Sentencia de 2 febrero 2001, párr. 7.

Mientras tanto, entre las *formas alternativas de reparación* pueden citarse, en primer lugar, la *reparación material* que está especialmente relacionada con el ámbito pecuniario, su aplicación será posible cuando el daño puede ser traducido en una suma de dinero que pretende compensar las pérdidas patrimoniales ocasionadas por la vulneración del derecho. Esta forma de reparación se traduce en una indemnización que representa la forma idónea de reparación del daño material, y es el resultado de la evaluación y medición del daño afectado en una suma de dinero que pretende el reembolso de pérdidas causadas por el acto vulneratorio y el resarcimiento de un daño o perjuicio.²³³

La *indemnización* puede estar conformada por dos componentes, por un lado el lucro cesante que se refiere a los ingresos o beneficios que hubiese podido adquirir la víctima en caso de no haberle sido vulnerado su derecho, como también el daño emergente que implica los gastos que pudieron resultar de la afectación del derecho. Así mismo, es también importante reiterar que esta forma de reparación debe ser cuidadosamente evaluada y asignada en virtud de la necesidad fundamental de ser otorgada en la medida y proporción del daño, para así no desnaturalizar su finalidad, pues no se trata de enriquecer a la víctima del agravio mediante grandes sumas de dinero. Porque en ese sentido la indemnización podría llegar a ser concebida por la víctima, incluso como un soborno ante la reclamación de su derecho y convertirse en una nueva ofensa.

También hay que recordar que se debe concebir el concepto de víctima de manera extensiva, abarcando no solo al individuo que sufrió directamente la vulneración, sino también a parientes consanguíneos y de hecho, que son afectados por el acto lesivo.

En segundo lugar, hay que hacer referencia a la *reparación inmaterial* y *garantías de no repetición*, y *actos simbólicos*. Para referirse a este tipo de reparación es importante diferenciar el daño moral del daño psíquico que enfrenta la víctima como consecuencia del agravio de sus derechos fundamentales; en este sentido el daño moral adoptará una connotación de carácter general si se considera que puede llegar a afectar a un grupo o una sociedad entera, mientras el daño psíquico comporta únicamente al impacto psicológico según la subjetividad de la víctima.

233 Consultar en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Internet. www.rae.es.

Ante la dificultad de medición del sufrimiento en cada caso particular y en el intento de encontrar la manera idónea de reparación, la Corte Interamericana ha configurado ulteriores supuestos de reparación como la compensación, entendida como el pago de una suma de dinero, servicios o la otorgación de ciertos beneficios que implican más allá de la significación económica un mensaje de reconocimiento al dolor y elementos psicosociales de la víctima. Así también, las disculpas públicas cuyo significado es exclusivamente simbólico con repercusiones no solo individuales, sino también al entorno social de la víctima. La misma naturaleza simbólica tiene supuestos como el honrar la memoria de las víctimas mediante la creación de monumentos, nombramiento de lugares con sus nombres, o la realización de una ceremonia funeraria, la entrega de restos mortales.

Acerca de las *medidas correctivas* utilizadas por la Corte Interamericana, se establece primordialmente la obligación de los Estados a investigar los hechos y determinar la responsabilidad de los sujetos con la finalidad de ofrecer la garantía del derecho a la verdad y el pronunciamiento de justicia, que de cierta manera satisface subjetivamente a las víctimas.

Así también, la proporción de tratamiento médico y psicológico constituye una de las formas alternativas utilizados por la Corte Interamericana en los casos que se hayan producido menoscabos y la salud física y psíquica, según corresponda para lograr la rehabilitación, por consiguiente, en un sentido más profundo se encuentra la reparación al proyecto de vida que brinda oportunidades a los afectados para permitirles superar el daño ocasionado y, de esta forma, reconducir dignamente su vida, operando a través de la proporción de becas de estudio, oportunidades laborales, apoyo económico para la actualización profesional. Acerca de esta forma de reparación la Corte, en el Caso Loayza Tamayo, estableció que:

Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el 'daño emergente'. Por lo que hace al 'lucro cesante', corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el

denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.²³⁴

2.6.3. Reparación integral y obligaciones del juez

Como ya se apuntó, y a tenor de lo establecido en el artículo 10 de la Constitución, el juez debería a la hora de establecer la reparación integral tener en cuenta, tanto la jurisprudencia elaborada por Corte Interamericana como lo establecido por la Corte Constitucional del Ecuador.

Según la Corte Constitucional:

[...] la reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. 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.²³⁵

El papel del juez en materia de reparación integral ha sido claramente definido por la Corte Constitucional, al señalar que:

Uno de los efectos principales que trae consigo el Estado Constitucional previsto en el artículo 1 de la Constitución de la República y el constitucionalismo contemporáneo, como nueva visión de la ciencia jurídica, es lograr la metamorfosis del papel que debe desempeñar el juez constitucional.

[...] Así, por ejemplo, de ser un juez supeditado a la regla vigente y sometido a métodos de interpretación exclusivamente exegéticos, pasa a ser el guardián de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución, aquellos que

²³⁴ Véase Caso IDH, Loayza Tamayo vs. Perú, párr. 147.

²³⁵ Sentencia n.º 005-11-SIS-CC, de 24 mayo 2011.

propenden alcanzar la justicia material.²³⁶ Es así que con el fin de precautelar dichos contenidos materiales, generalmente plasmados en derechos constitucionales, y con el objetivo de efectuar una adecuada reparación integral en los términos previstos en la Constitución de la República, el juez constitucional debe abandonar aquellas estructuras administrativistas propias del Estado Liberal de Derecho y que se plasmaban generalmente en sentencias típicas estimatorias (aquellas que se limitan a conceder la acción en caso de garantías; y a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad sin efectos modulatorios en el tiempo, espacio o modo). El juez constitucional, como creador de derecho y en armonía con el constitucionalismo contemporáneo y con el Estado Constitucional, debe acoplar sus decisiones a la búsqueda de una auténtica justicia material, la misma que se podrá alcanzar únicamente a través de una adecuada reparación integral, para ello, resultará necesario que el juez constitucional inserte sus fallos en aquella categoría de sentencias atípicas o modulatorias; que eviten la reproducción de vulneraciones a derechos constitucionales en casos futuros o similares (en el caso de garantías), y que finalmente pacifique y no agrave las consecuencias negativas que ya se han podido generar en la práctica.²³⁷

En cuanto a la *aplicación judicial* de la reparación integral, también hay que hacer referencia a que cuando estas medidas son impuestas en segunda instancia pueden derivar una consecuencia más gravosa para la parte condenada, ya que además de confirmar la tutela del derecho llevada a cabo en primera instancia, el juez de segunda instancia puede imponer medidas reparatorias, incluso cuando estas no hubiesen sido solicitadas por las partes, en función del mandato constitucional que expresa el deber del juez de establecer las medidas de reparación hasta allí donde no fueran pedidas. En estos casos hay que entender que el principio de reparación integral prevalece sobre otros principios procesales, tales como el *reformatio in peius*²³⁸ o

236 Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, pp. 127 ss.

237 Sentencia n.º 031-09-SEP-CC, de 24 noviembre 2009.

238 Como es sabido, la *reformatio in peius* es una figura jurídica que tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio escrito de impugnación, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución jurídica impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido, que era precisamente eliminar o aminorar el gravamen sufrido por la resolución recurrida. En este sentido, la *reformatio in peius* es una modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia que tiene lugar

el principio de congruencia,²³⁹ ya que según la Constitución el juez debe reparar integralmente más allá de lo que las partes soliciten.

Por todo ello, en la esfera de las garantías constitucionales, el juez constitucional deberá actuar con equidad, valorar adecuadamente las circunstancias de cada caso, y aplicar el principio de reparación integral con un criterio de proporcionalidad, de modo que, la reparación nunca llegue a tener un carácter sancionatorio para el accionado y pueda respetar límites, como por ejemplo, las razones de tipo económico en caso de los particulares y la sostenibilidad fiscal, en caso del Estado, así como otros vinculados a la propia dignidad de los accionados.²⁴⁰ En ese sentido, la reparación integral procede ante toda vulneración de derechos fundamentales y debe ser determinada en la medida del daño propiciado a la víctima.

Esta proporcionalidad será determinada por la autoridad judicial, quien en atención al caso concreto establecerá las formas y medidas necesarias para resarcir el daño. La resolución del juez por mandato de la propia Constitución y de la LOGJCC deberá ser debidamente motivada, pues es indispensable la expresión formal tanto de los motivos de la resolución en relación con los fundamentos normativos, como los de hecho. Además, en dicha motivación deberán establecerse los estándares de reparación integral aplicables al caso concreto.

Todo ello se ratifica en lo expresado por la Corte Constitucional de Transición en la Sentencia n.º 0012-09-SIS-CC de 8 de octubre de 2009, en la que afirma que:

cuando la situación del recurrente se empeora a consecuencia exclusiva de su propio recurso. Ver Cuadrado Zuloaga, Daniel. "La reformatio in peius". *Actualidad administrativa*, n.º 11, 2012, p. 3; también Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 367 y 368. Véase también Lorca Navarrete, Antonio María. "Sobre la prohibición de la 'reformatio in peius'". *Constitución, derecho y proceso: estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués*. Zaragoza, Instituto 'Fernando El Católico', 1983, pp. 443-486.

239 Sobre el principio de congruencia, véase Salameo Teixidó, Laura. "Principio de congruencia, prohibición de la 'reformatio in peius' y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta". *Revista de administración pública*, 189 (2012): 203-243; Ceretta, Juan C. "El principio de congruencia y el activismo judicial". *Revista uruguaya de derecho de familia*, 22 (2010): 119-126; Alonso Olea, Manuel. "Derechos irrenunciables y principio de congruencia". *Anuario de derecho civil*, vol. 15, n.º 2, 1962, pp. 293-330.

240 Domínguez Aguila, Ramón. "Los límites al principio de reparación integral". *Revista chilena de derecho privado*, 15 (2010): 8-28.

[...] La reparación integral debe ser eficaz, eficiente y rápida; también debe ser proporcional y suficiente. Por este motivo, resulta coherente que el Estado no sólo se vea obligado a garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales, sino que proponga los medios necesarios para que sus dictámenes y reparaciones sean realmente cumplidos. No basta con que los derechos fundamentales se establezcan en las normas constitucionales, ya que de nada serviría la preeminencia de ellas si no son justiciables; al contrario, las garantías constitucionales deben ser entendidas como un derecho vinculado a la tutela efectiva y la reparación de un condicionamiento obligatorio del Estado en búsqueda de su cumplimiento para que sean derechos plenamente justiciables y no meramente programáticos.

La prevalencia del principio de reparación integral frente otros principios procesales reside, principalmente, en la finalidad suprema de la reparación integral en función de otro principio de rango constitucional e internacional, como es el principio *pro homine*. El acto jurídico de reparación tiene como efecto principal la perfección de la garantía de derechos fundamentales, y su reconocimiento es de gran importancia para el constitucionalismo moderno en razón de la doble dimensión que comporta, pues la vulneración de los derechos ya no concierne solo al individuo y su entorno, sino también se configura como algo que puede llegar a afectar a la colectividad en general. La reparación prevista por el ordenamiento ecuatoriano, más que centrar la atención en quien ocasiona la vulneración se preocupa de la persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, cuyos derechos han sido lesionados; jurídicamente esto implica un cambio de paradigma de la Constitución de Montecristi, que pasa de un concepto de responsabilidad subjetiva a uno de responsabilidad objetiva con todas las implicaciones que esto determina.²⁴¹

El panorama hasta aquí descrito obliga, como ya se apuntó, a considerar que si bien la Corte Interamericana ha implementado la práctica de ciertas medidas de reparación integral que deben ser utilizadas como referentes, corresponderá a la creatividad y compromiso de cada funcionario judicial, el ordenar y especificar dichas medidas dentro del marco de las posibilidades establecidas en las disposiciones legales y constitucionales.

241 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, pp. 135 ss.

2.6.4. *Reparación integral y praxis judicial*

Las sentencias de primera instancia que conceden la acción de protección representan el 33,56 % del total de 2072 analizadas.

Por el contrario, en segunda instancia las sentencias que conceden la tutela de derechos se constituye en el 37 % del total de las 1.525 evaluadas. Este porcentaje de sentencias, que en segunda instancia conceden la tutela, a su vez se desglosa así:²⁴² el 68 % confirma la tutela otorgada en primera instancia, el 9 % declara la concesión revocando la sentencia del juez a quo que denegaba la acción de protección y el 22,5 % de las concesiones se realizan revocando las sentencias que inadmiten la interposición de la acción de protección.

En primera instancia, los accionantes beneficiados con la concesión de la acción de protección son servidores públicos en el 49 %, y 32 % son personas particulares. Le siguen en número porcentual los accionantes que se constituyen como grupo, con el 11 %. Las personas jurídicas representan el 7,5 %, donde 2 acciones de estas ofrecen al sector público el beneficio de la concesión de tutela de derechos. El 0,5 % restante lo conforman los colectivos con 7 acciones de protección en las que se declara la concesión de tutela. Hay que destacar además, que apenas se encontró una acción presentada por el defensor del pueblo a la que se concede la acción de protección.

En segunda instancia, haciendo referencia a los sujetos procesales a quienes se les concede la tutela de derechos tenemos que el 61 % corresponde a servidores públicos, y a particulares el 25 %, 8 % a grupos y a las personas jurídicas el 5,9 %. Los colectivos tienen a favor dos acciones que no llegan al 0,1 %. Hay igualmente apenas una acción de protección patrocinada por el defensor del pueblo cuya resolución es la concesión.

A su vez, la mayoría de accionados se constituyen en servidores públicos o personas jurídicas e instituciones del sector público, que engloban en conjunto el 99 % de las acciones que conceden tutela de derechos. Esto deriva directamente a concluir que el Estado se constituye en la única parte accionada cuando se trata de la concesión de la acción de protección.²⁴³

242 Existe una variación del 0,5 %.

243 Solo tres acciones que se conceden se presentan contra particulares y seis contra grupos.

Así mismo, como puede suponerse, al ser la mayoría de beneficiarios servidores públicos, estas acciones se instituyen especialmente en el ámbito laboral, lo cual determina la protección de derechos como el de trabajo, estabilidad laboral, seguridad jurídica, debido proceso en procedimientos administrativos, seguridad social, etc.

En relación con las formas de reparación, se ha verificado de la lectura del universo de sentencias de primera instancia que conceden la acción de protección, que prácticamente el 99,5 % de ellas prevé en alguna manera una reparación, el 0,5 % restante se refiere a fallos que de forma lacónica se limitan a conceder la tutela. Acerca de la segunda instancia, se verifica que solo el 46 % de las resoluciones hace mención expresa de la reparación, las demás resoluciones se limitan a conceder la tutela.

Las formas de reparación pueden ser sistematizadas de la manera siguiente: primero, y siendo que la reparación guarda estrecha relación con los derechos que se invocan y tutelan, la mayoría de reparaciones se configuran en una modalidad elemental que podríamos llamar de *reparación directa de los derechos invocados*, es decir, ordenando sea la cesación de la vulneración o la restitución del derecho. Entre los casos más comunes podemos mencionar: el reintegro al puesto de trabajo, la homologación de contratos, definición de jubilación, liquidación de pensiones, anulación de procedimientos y medidas administrativas, entre otros. Esta modalidad de reparación es la predominante en ambas instancias, en primera instancia se registra en cerca del 89 % del total de resoluciones que conceden la protección y, en segunda, en un 87 % del total respectivo.

La segunda forma de reparación corresponde a la *indemnización de tipo material* que procura el pago en dinero del daño emergente y lucro cesante en caso de daños materiales. Cabe destacar que esta forma, en la mayoría de casos se aplica en conjunto con la primera mencionada, ascendiendo a cerca de un 23 % de los casos en primera instancia y 27 %, en segunda instancia. Entre otras formas de reparación presentes en las resoluciones pueden mencionarse la determinación de los haberes no pagados a un servidor público desde que se produjo la violación o la compensación en casos de haberse establecido daño moral.²⁴⁴

244 A esta submodalidad corresponden solamente 22 casos.

La determinación de este monto suele definirse bien en la misma sentencia, o bien en juicio contencioso administrativo y en juicio verbal sumario. Pero la forma más utilizada es la determinación en cierta medida en la misma sentencia, ya que se configuran con el 69 % del total de esta modalidad, al igual que en segunda instancia en que la totalidad de las reparaciones se define en la misma sentencia. Decimos en cierta medida, pues es importante evidenciar que un número elevado de sentencias no establecen condiciones claras de modo, tiempo y lugar para la garantía de su cumplimiento. Las sentencias que no determinan mecanismos para el seguimiento de su cumplimiento, se constituye en el 92 % del total.

En una tercera categoría, se incluyen *otras medidas de orden inmaterial y restitutivo* como, por ejemplo, la garantía de no repetición, la obligación de investigar y sancionar y la rehabilitación. El porcentaje de presencia de estas medidas no supera en ambas instancias el 1 %.²⁴⁵

El análisis cualitativo de las resoluciones permite profundizar en los aspectos enunciados, arrojando resultados aún más pesimistas, ya que en casi la totalidad de los casos estudiados no se otorga una reparación integral en los términos descritos anteriormente.

Así, se registran casos, en segunda instancia, en los que las resoluciones no hacen referencia alguna a la reparación.²⁴⁶ A pesar de que podría deducirse que las disposiciones de la reparación se hallan en la sentencia de primera instancia, resulta preocupante la alta presencia de estas formas inmotivadas de resolución que se desvían significativamente del estándar resolutivo establecido en las normas pertinentes.

En cuanto a la resolución y lo que el juez entiende por reparación integral, cabe afirmar que en la generalidad de los casos en los que se acepta

245 En 11 casos se registra la no repetición, mientras que la obligación de investigar y sancionar y la rehabilitación corresponden a 2 casos cada una.

246 Véase, por ejemplo, el fallo de la Tercera sala de lo Penal y de Tránsito del Guayas n.º 27-2011, en el proceso seguido por MA y otros (grupo) contra la Armada Nacional por supresión de partidas. La Sala encontró que existió violación del debido proceso y otros derechos invocados por las actoras y confirma el fallo que concede la AP pero no se establece las condiciones de la reparación. Igual cosa sucede en el fallo de la Segunda Sala Penal del Guayas (Caso n.º 659-2010) accionado por BT contra la Espol. Se consideran las pruebas y elementos del caso para determinar que el reglamento de estudiantes de la Espol, aplicado contra el accionante, viola el derecho a la defensa (art. 76, numeral 7, literales m y l, CE). La Sala simplemente acepta la acción sin motivar la sentencia ni especificar las condiciones de la reparación integral.

la demanda el concepto de reparación integral no es entendido en su real dimensión.

En muchos casos la supuesta ‘reparación integral’ se limita a una restitución al estado anterior de la violación, y la reparación económica es generalmente remitida a otro proceso. Precisemos mejor, en la mayoría de los casos el contenido de la reparación se constituye en reintegros laborales lo cual, si bien guarda relación con la ya evidenciada preeminencia de reivindicaciones del ámbito laboral, no puede entenderse bajo ningún concepto como reparación integral.

Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil del Guayas n.º 764-2009 seguido contra el IESS, la parte motiva (considerando quinto) indica:

A efectos de resolver y analizadas las pruebas a la luz de la sana crítica como lo establece el Art. 115 del CPC y a la luz también de la Carta Magna, se determina que el trabajo de servicios ocasionales con duración de tiempo de un año, incumple con las disposiciones legales que exige la fenecida LOSCCA y su reglamento y no solo eso, sino que vulnera el derecho al trabajo que garantiza la Constitución en su Art. 325 y también lo dispuesto en su inciso cuarto de la disposición transitoria primera del Mandato Constituyente No. 8 [...].

Luego de esta conclusión, en la parte resolutive que comienza siempre con la invocación “Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, revoca la sentencia venida en grado y declara con lugar la acción de protección constitucional, planteada por [...]”, el fallo dispone seguidamente que se deje inmediatamente sin efecto jurídico la resolución de la que emana la violación y se dispone que en el término de 8 días a contarse desde la notificación del fallo la accionada reintegre a sus labores habituales a la accionante.

Otro ejemplo es el caso resuelto por la Segunda Sala de lo Penal del Azuay (01122-2011-0147) seguido por I. B. contra el Banco P., en cuyo considerando tercero se precisa que el descuento en la remuneración de la trabajadora del banco de valores por obligaciones pendientes “vulnera expresamente el Art. 326.2 de la Carta Magna, debido a que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles [...]”. En concordancia con esa

conclusión, en la resolución se resuelve declarar procedente el recurso de apelación interpuesto por la accionante y consecuentemente revocar la sentencia impugnada, disponiendo que la accionada dentro de 24 horas proceda a realizar la reliquidación y el pago de los valores retenidos ilegal y arbitrariamente más los intereses legales, depositando en la cuenta de ahorros respectiva de la titular, bajo prevención legal, lo cual es relacionado con los artículos 86, numeral 5, y 83, numeral 1 de la Constitución.

En segundo lugar, en muchos fallos, exclusivamente se reconoce es el estatuto jurídico del accionante de lo cual se derivan consecuencias económicas al futuro. Así, por ejemplo, en el ya citado caso n.º 01121-2010-0188, la Primera Sala de lo Penal del Azuay admite el reclamo de KQ contra la Dinse por el uso arbitrario de contratos laborales sucesivos, disponiendo que se extienda nombramiento a favor de la accionante, sin más. Otro es el Caso n.º 0112-201- 321 en el que la Segunda Sala de la Civil de la misma provincia reconoce a favor de BD su reclamo contra el Consejo de la Judicatura. La Sala revoca la sentencia que denegaba la acción y dispone la restitución de reclamante en su cargo de Notario. La reparación dispone así la confirmación de un estatus jurídico con consecuencias económicas al futuro.

Similar caso es el n.º 01121-2011-0002, en el cual aunque no refiriéndose a reclamos laborales sino a uno contra la Superintendencia de Bancos por cierre de cuentas bancarias, la Sala del Azuay dispone simplemente dejar insubsistentes las medidas tomadas por la superintendencia; es decir, se vuelve las cosas al estado anterior permitiendo operar las cuentas abiertas a la accionante y su cónyuge y habilitándola para abrir nuevas, pero no se remedia los daños y perjuicios causados por la violación.

En tercer término, existe un grupo menor de fallos que contemplan tanto la restitución del derecho como alguna forma de compensación económica o patrimonial. En aquellos que disponen alguna compensación, la material es en todo caso la forma privilegiada, resultando extremadamente rara otro tipo de medida. Paradigmático en este sentido parece ser caso resuelto en el Azuay (01112-2010-0821) en el que establecida una violación al derecho a una igual remuneración (art. 229 de la CRE), se confirma el fallo y se lo reforma en la parte de la liquidación para que se retrotraiga hasta la fecha en que se adquirió el derecho violado (2005). Por tanto, a pesar de no haber referencia a una reparación inmaterial a nuestro

criterio, por la naturaleza del caso, existe una reparación que podría considerarse integral.²⁴⁷ El elemento común en estos fallos es que se reconoce y devuelve un estatus jurídico al accionante y se hace restitución económica retroactiva a la fecha de la violación. Se reconoce lucro cesante, ya que en estos casos se niega la reparación por daño emergente. En estos casos, la reparación se acerca a ser integral tratándose de reclamos en los que la reparación no tiene una dimensión inmaterial, sino más bien se limita a reconocer un estatuto jurídico y sus consecuencias económicas.

Respecto de reparación inmaterial, existen casos aislados en los cuales se ha dispuesto realizar algunas acciones que van más allá de la restitución, pero de todas formas deben considerarse insuficientes.²⁴⁸

247 Véase también, entre otros, el Caso n.º 01121-2009-0141, la Sala del Azuay revoca la sentencia juez inferior y admite la acción de protección, mandando al accionado, una entidad pública, a reconocer igual remuneración de la categoría por todo el tiempo que haya existido esta. Además declara sin lugar la multa impuesta al accionante. Existe en el caso reparación integral material. A pesar de que por la naturaleza del asunto pareciera que este tipo de reparación es suficiente (se repara económicamente con efecto retroactivo además de reconocer un estatus al accionante) consideramos que la Sala debía haber razonado este punto de la suficiencia de su reparación. El Caso n.º 320-2010 por sumario administrativo que viola derechos de protección y laborales, la Sala del Guayas dispone la reparación denominada por estos jueces como integral, consistiendo en la restitución del estatuto jurídico como servidora del BEV de la accionante, además de pago de remuneraciones y otros valores pendientes desde la destitución. El Caso n.º 384-2009, una sala del Guayas revoca la sentencia de primera instancia y concede la acción de protección (AP). La reparación "integral" consiste en la restitución en 8 días del accionante en su cargo y pago de lo que habría debido percibir pudiendo compensar valores con lo pagado por indemnización. Y el Caso n.º 01131-2009-0219 en el que se analiza la situación legal de la accionante, quien solicita que se le aplique una resolución del IESS que le reconoce el cargo de contadora, funciones que se demuestra que viene realizando. Analizando las pruebas incluido el peritaje solicitado a un contador, se concluye que se acepta la AP. La Sala del Azuay confirma la resolución del juez inferior aceptando la AP, reformando la resolución del inferior en el sentido de que se reclasifique a la accionante y que se le paguen remuneraciones desde la fecha de la resolución invocada (no antes por no haber sustento legal). La reparación por la naturaleza del caso se aproxima a ser integral y está motivada.

248 Véase, por ejemplo, los dos casos de Azuay que se refieren a sanciones disciplinarias que violan derechos de los accionantes. En el primer caso se ordena excluir del expediente de personal de los accionantes la documentación referente a sanciones disciplinarias (n.º 01131-2011-489) y, en el segundo (n.º 01131-2011-133), tan solo se formula un apercibimiento a las autoridades encargadas del respeto al derecho a la dignidad y la honra de la accionante. El Caso n.º 144-2010, una Sala de la Corte del Guayas acepta la apelación contra la Federación Ecuatoriana de Fútbol y declara parcialmente con lugar la AP, disponiendo que se mande copia de la sentencia a la FIFA y se requiera confirmación de la recepción. El conocimiento por parte de las instancias pertinentes internacionales podría considerarse que en alguna forma involucra la dimensión inmaterial. Así también, véase Juzgado Quinto de Tránsito del Guayas, Causa n.º 0074-2010.

La generalidad de fallos o no refieren nada acerca de la reparación o se limitan a reparar ‘integralmente’ sin dar ningún contenido a esta afirmación, así por ejemplo, la Primera Sala de Laboral y Niñez del Guayas (463-2009) al declarar con lugar la acción usando una fórmula del todo vaga, manda a reparar ‘integralmente’. Y ello implica establecer que en el término de 15 días el IESS deberá solucionar de forma definitiva la ‘situación legal de la reclamante’, esto es, la situación de una viuda que no recibe los beneficios de la seguridad social luego de la muerte de su cónyuge, a pesar de estarlos tramitando por casi 10 años.

Hay que insistir además en que no puede haber reparación integral sin motivación de la misma, aunque sea solo material. La mayoría de fallos examinados no es motivada ni siquiera detallada en cuanto a los derechos violados y a la consecuente reparación.

En suma, si tan solo se restituye el derecho y no se remedia, precisando la reparación material y menos aún la inmaterial, no se está cumpliendo con los estándares de eficacia, eficiencia y efectividad, requeridos para la acción de protección.

La conclusión general es que la reparación integral desde el enfoque garantista, consagrado en la Constitución y la legislación que la desarrolla, no opera adecuadamente. El problema, según demuestra la presente investigación, radica en que los jueces encargados de administrar justicia constitucional, todavía miran el tema de la reparación desde una perspectiva tradicional patrimonialista o pecuniaria de la responsabilidad.

Resulta evidente que desde esta perspectiva, la falencia reside en gran medida en la práctica jurídica, acerca de cómo debe ser entendida la reparación integral, revelando una paradoja entre el espíritu garantista del texto constitucional y el ejercicio cotidiano de la garantía, que es en donde debería realizarse el proyecto constitucional, pues la garantía de una justicia verdaderamente restaurativa debería ser concomitante al Estado constitucional de derechos y justicia.

2.7. A manera de conclusión:

eficacia, eficiencia y efectividad de la acción de protección

A manera de conclusiones, a continuación presentamos algunas reflexiones que intentarán de manera global recoger los elementos más destacados del análisis desarrollado en este libro.

En primer lugar, hay que recordar que para que las normas que regulan la acción de protección sean eficaces estas deben ser idóneas para alcanzar el fin propuesto, deben estar diseñadas por tanto de forma que puedan tutelar los derechos. De igual forma, debe considerarse que el desarrollo legal que permite aplicar la acción de protección, debe responder a un criterio de eficacia. De la evaluación, hallamos que la LOGJCC por medio de una regulación inadecuada sobre aspectos como la legitimación activa y, sobre todo, la admisibilidad, puede afectar la eficacia. Esto se muestra particularmente cuando una interpretación restrictiva de estas normas se convierte en pretexto para que los jueces inadmitan vía sentencia las acciones ante ellos planteadas. Se requiere generar, por tanto, criterios de interpretación que permitan una mejor aplicación de estas normas.

En los análisis efectuados se muestra que los jueces no parecen diferenciar, en su mayoría, cuándo están ante casos de vulneración de derechos constitucionales y cuándo se trata de temas que compete resolver a la justicia ordinaria. Esto conduce a una interpretación limitada del artículo 41, numeral 1, por ejemplo, que determina la procedencia de la acción ante “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”. Muchos jueces usan esta norma para negar la acción de protección cuando consideran que no se trata de actuaciones u omisiones violatorias de derechos constitucionales, usando para ello razonamientos reducidos y simples. Igual sucede con el artículo 42, especialmente el numeral 4, que dispone negar 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”. Esta norma es la favorita para desarrollar una suerte de actividad evasiva de los jueces hacia el asunto principal que es la violación.

La línea entre la justicia constitucional y la ordinaria no parece estar en otras palabras, bien definida. Se produce una competencia de vías en lugar de una convergencia donde cada una mantenga su razón de ser. Esto se relaciona con la obsolescencia de las normas procesales administrativas y otros aspectos institucionales y de prácticas (cuya caracterización rebasa este estudio) que tienen como resultado que las vías ordinarias, en especial la contencioso administrativa y la laboral no operan adecuadamente.

Es aconsejable ir corrigiendo estas dificultades por vía de reformas legales que apunten hacia una recuperación de la eficacia y efectividad de la jurisdicción ordinaria, así como una mayor coordinación entre los órganos del sistema de justicia ordinaria y de la justicia constitucional, sobre todo con el fin de evitar reforzar una suerte de subsidiariedad de hecho hacia los procedimientos constitucionales.

Así mismo, en cuanto a la eficacia, hay que mencionar que la forma en que se realiza en su mayoría la reparación la afecta fuertemente. Esto se puede evidenciar al no prescribir en la mayoría de fallos disposición alguna al respecto o limitarse las pocas que se establecen a enunciar la reparación o bien a disponer aspectos de restitución o reparación en lo material.

Por otra parte, la *eficiencia* se complementa con la eficacia y se relaciona con si los medios para conseguir los objetivos de la institución jurídica denominada acción de protección son adecuados y si estos se alcanzan con el mínimo costo posible. La relación entre medios y fines de la acción de protección presenta algunos problemas: existe una fuerte tendencia a la invocación de normas sin desarrollar mayormente razonamientos que demuestren que son aplicables al caso. En la mayoría de los casos los jueces se limitan a una mera mención o invocación de la norma, seguida de una conclusión que no tiene necesariamente relación lógica con tal invocación. La mayoría de fallos demuestra un grado de aplicación deficiente de los razonamientos y bases normativas. En pocos casos se presenta un verdadero análisis donde cada precepto (los contenidos del derecho en particular) es, por así decirlo ‘desmenuzado’ y correctamente relacionado con los presupuestos del caso, con rasgos de métodos propios del derecho constitucional como la ponderación o su combinación con el ‘test’ de proporcionalidad.

El método de interpretación reinante es la subsunción combinada con una interpretación literal de las normas. En ocasiones se ha advertido un uso ineficiente de doctrina y jurisprudencia, por tratarse de fuentes de contraste que hacen referencia a realidades distintas de tiempo o de lugar, como en los casos en los que se hace referencia al desaparecido antiguo recurso de amparo ecuatoriano, o a instituciones extranjeras como el amparo español o la tutela colombiana, sin precisar las diferencias de estas garantías con la acción de protección. Se requiere de una

mayor preparación respecto de competencias de razonamiento y argumentación, labor que debe ser coordinada con las instancias de la justicia ordinaria, en el sentido de que los jueces que conocen la acción de protección tengan un soporte permanente de capacitación y actualización sobre temáticas constitucionales.

En cuanto a la valoración de pruebas, esta puede calificarse como moderadamente eficiente, caracterizándose por el hecho de no ordenar pruebas en la segunda instancia y hacerse una valoración en muchos de los casos de corte formalista y desapegada de los principios garantistas propios del procedimiento constitucional ecuatoriano, a pesar de lo cual, este proceso se hace de forma pormenorizada en una gran parte de expedientes, destacando los elementos fundamentales de cada caso. El dato más preocupante es que en un número relevante de casos no se respeta la inversión de la carga de la prueba de parte de jueces y salas. Lo referido aquí plantea la necesidad también de capacitar a los jueces de jurisdicción constitucional y al personal de sus despachos que colabora en los procesos, en un uso más eficaz de los dispositivos procesales a su alcance para que puedan cumplir con su cometido de tutelar derechos.

Acerca de la reparación, es sin duda otro de los aspectos críticos visto esta vez desde la eficiencia, ya que existen marcados rasgos de ineficiencia debido a la ausencia de disposiciones claras y suficientes. Es decir, no se emplean los medios suficientes para lograr una reparación integral.

La *efectividad* es el tercer criterio que permite aglutinar el análisis. Esta responde al grado de vinculación de los órganos jurisdiccionales a la acción de protección a la hora de resolver los casos y a su cumplimiento por parte de los destinatarios. En otras palabras, “se relaciona con la capacidad ‘global’ diríamos, de realización de las normas a través de la actividad de sus aplicadores y el acatamiento de sus destinatarios”.²⁴⁹ En este estudio se enfatiza en el primer factor, es decir la realización de la institución mediante la actividad de los jueces. A la vez, cabe recordar que la efectividad debe ser comprendida como el resultado del *equilibrio* entre la eficacia y la eficiencia, lo cual redundará en la elaboración de un razonamiento jurídico de

249 Véase Navas Alvear, Marco. “Justicia constitucional, legitimidad y ejercicio de las garantías”. *Crítica jurídica en América Latina*. Orgs. Oscar Correas y C. A. Wolkmer. México, Florianópolis, Editora México/ UFSC, 2013 (en prensa).

calidad con los medios adecuados. En este sentido, destacamos algunos aspectos:

Como se evidenció, en un altísimo grado las acciones de protección cuentan con patrocinio jurídico lo cual relativiza la premisa de que puede darse un acceso directo de la víctima al sistema. Más allá de reforzar las formas de acceso directo, por ejemplo, de capacitación a la ciudadanía y especialmente a ciertos sujetos sociales, que como se demostró, prácticamente no utilizan las garantías, es necesario reforzar el rol institucional de entidades que pueden dar a las ciudadanos y ciudadanas un soporte de verdadera defensa técnica cuando así se lo requiera, como pueden ser la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública.

La acción de protección no podrá llegar a ser efectiva si los jueces no desarrollan mejores razonamientos dejando de incurrir en la mera descripción del recorrido lógico que lleva a la decisión mediante una argumentación lineal, automática y débilmente sustentada. Se precisa de una mejor calidad de la argumentación, el uso pertinente de la jurisprudencia y el análisis de las normas de acuerdo con métodos más complejos en los casos que amerite hacerlo. Una gran parte de los fallos examinados demuestra un desconocimiento de estos métodos y de los mismos principios constitucionales, por lo que insistimos, resulta urgente mejorar el conocimiento de los métodos de interpretación de la Constitución y de la doctrina constitucional por parte de los operadores de justicia, ya sean jueces o patrocinadores y de la ciudadanía en general.

Para finalizar, si nos preguntaran acerca del significado que tiene esta investigación para nosotros, sin dudar contestaríamos: el mismo que tienen 'las Itacas' en el famoso poema de Kaváfis dedicado a la patria legendaria de Ulises.

Fue un viaje hermoso, en que no solo pudimos estudiar y comprobar la real incidencia en la realidad ecuatoriana de un instrumento tan importante como la Acción de Protección sino, y mucho más allá de ello, pudimos experimentar el verdadero significado de palabras como compromiso, generosidad intelectual y espíritu de grupo, que sin duda es el que marcó la diferencia a la hora de trabajar con nuestro equipo de investigación.

En este trabajo, directa o indirectamente han colaborado numerosas personas e instituciones, pero sin duda alguna a quien primeramente

debemos expresar nuestro reconocimiento es a Gustavo Medinaceli, Valeria Rojas, Sebastián López, Jhoel Escudero y Eduardo Calero, amigos, antes que compañeros, que de distinta manera y en diferentes medidas hicieron que este resultado fuera posible.

En nombre de todos ellos, además del nuestro, podemos decir con seguridad que el objetivo perseguido desde el principio con el trabajo que aquí se publica es el de aportar nuestro granito de arena a un viaje mucho más importante, que nos deberá conducir hacia el Estado de derechos y justicia por el que el constituyente apostó.



Bibliografía

Bibliografía

1. Teoría del derecho y de la Constitución

- Alberti, Enoch. “El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (Debate sobre el derecho dúctil, de Gustavo Zagrebelsky)”. *Anuario de filosofía del derecho*, 1997.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales* (2001 Trad. E. Garzón V. y 2008 Trad. Carlos Bernal Pulido). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 y 2008.
- _____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Abya-Yala/ Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho* (1958 y 1960). Traducción castellana de Eduardo Roza Acuña. Madrid, Debate, 1991.
- _____. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milán, Comunitá, 1988.
- _____. *El positivismo jurídico*. Madrid, Debate, 1993.
- Carbonell, Miguel, comp. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.
- Carrió, Genaro. *Dworkin y el positivismo jurídico*. México, UNAM, 1981.
- Comanducci, Paolo. “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”. *Isonomia: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 16 (2002): 89-112.
- Dogliani, Massimo. “Potere costituente e revisione costituzionale”. *Quaderni costituzionali*, 1 (1995): 7-32.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Aírel, 1984.
- Escudero, Jhoel. “Transformación y resistencia al cambio del derecho constitucional: el caso ecuatoriano”. *Perspectivas constitucionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- _____. “Los nuevos saberes del constitucionalismo ecuatoriano”. *Foro. Revista de derecho*, 12 (Quito) Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional (2009).

- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985.
- _____. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Civitas, 1999.
- Guastini, Riccardo. “La Constitución como límite a la actividad legislativa”. *Derechos y libertades*. Trad. A. Greppi, (2000): 241-252.
- Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. E. Mikunda. Madrid, Tecnos, 2000.
- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt, Surkamp, 1994 (Facticidad y validez, trad. M. J. Redondo. Madrid, Trotta, 1998).
- _____. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”. *Sistema*, 36 (1979): 32-47.
- _____. *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires, Depalma, 1962.
- Hart, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.
- Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. P. Cruz Villalón. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Hoerster, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, Gedisa, 1982.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. México, D. F., Vernengo, UNAM, 1986.
- _____. *La giustizia costituzionale*. Milán, Giuffrè, 1981.
- _____. *Estudios sobre la democracia y el socialismo*. Madrid, Debate, 1988.
- _____. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos, 1995.
- Jiménez Campo, Javier. “Contra la Constitución material”. *Estudios de derecho público: Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Madrid, Tecnos, 1997.
- Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Buenos Aires, Siglo Veinte, 1964.
- Luciani, Massimo. “L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”. *Rivista di diritto costituzionale*, 1 (1996).

- Nino, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona, Ariel Derecho, 1994.
- Onida, Valerio. “La Costituzione e i principi fondamentali”. *Manuale di Diritto Pubblico*. G. Amato, A. Barbera. Bolonia, Il Mulino, 1994.
- Peces-Barba, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid, Debate, 1983.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 7.^a ed., 2000.
- Pozzolo, Susanna. *Neocostituzionalismo e positivismo jurídico*. Turín, Giappichelli, 2001.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Trota, 2005.
- _____. *Constitucionalismo y positivismo*. México, Fontamara, 2.^a ed., 1999.
- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.
- _____. “Concepto de validez y el conflicto entre el positivismo y el derecho natural”. Academia. *Revista sobre enseñanza del derecho*, año 6. 12 (2008): 199-220.
- _____. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994. Edición original de 1953.
- Santi, Romano. *L’Ordinamento Giuridico*. Bologna, Sansoni, 1977.
- Sastre Ariza, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid, CEC, 1985.
- Soriano, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*. Barcelona, Ariel, 1993.
- Spadaro, Antonio. “Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientia e iuris (Notarellasul método “relacionista” nel diritto costituzionale). *Il método nella scienza del Diritto costituzionale*. Messina, Cedam, 1997.
- Storini, Claudia y José Francisco Alenza García, dirs. *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Pamplona, Aranzadi, 2012.

2. Interpretación

- Arango, Rodolfo. “Justiciabilidad de los derechos fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica”. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. Coords. Armin von Bogdandy *et al.* México, Heidelberg, Max-Planck- institut für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional/ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona, Ariel, 2007.
- _____. *Derecho y argumentación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- _____. “Sobre principios y reglas”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 10 (1991): 101-120.
- Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Díaz Revorio, F. J. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid, CEC, 1997.
- Dogliani, Mario. *Interpretazione della Costituzione*. Milán, Cedam, 1982.
- Escudero, Jhoel. “El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional”. *Las nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, Inredh, 2009.
- Esperanza Leibar, Iñaki. *El principio del debido proceso*. Barcelona, Bosch Editor, 1995.
- Espinosa Cueva, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito, TCE/ CNJ, 2010.
- Fernández, T. R. *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Civitas, 1998.
- _____. “Discrecionalidad”. *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II. Dir. A. Montoya Melgar. Madrid, Civitas, 1995.
- _____. “Interdicción de la arbitrariedad”. *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II. Dir. A. Montoya Melgar. Madrid, Civitas, 1995.

- Prieto Sanchís, Luis. “Diez argumentos a propósito de los principios”. *Jueces para la democracia*, 26, 1996.
- _____. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Guastini, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milán, Giuffrè, 1993.
- _____. *Dalle fonti alle norme*. Turín, Giapichelli, 1992.
- _____. “Disposizione vs. Norma”. *Giurisprudenza costituzionale*, 1989.
- _____. “Sui principi del diritto”. *Diritto e Società*, 1 (1986).
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo. “Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la justicia constitucional (I y II)”. *Revista de derecho público*, 16 (1982): 39-64 y 17 (1983): 177-201.
- Rojó Sanz, José María. “En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)”. *Anuario de filosofía del derecho*, 1986.
- Storini, Claudia. *La interpretación constitucional y el Estado de las autonomías*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- _____. “¿Sobre quién reposa la tortuga?: a vueltas con los límites de la interpretación constitucional”. *Perspectivas constitucionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- _____. “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”. *Foro. Revista de derecho*, 9 (Quito) Universidad Andina Simón Bolívar (200): 35-61.
- _____. “Justicia constitucional e interpretación de la Constitución”. *Revista Boliviana de Derecho*, 1 (2006).
- _____. “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”. *Foro. Revista de derecho*, 7 (Quito) Universidad Andina Simón Bolívar (2007): 159-186.
- Toulmin, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Barcelona, Península, 2007.

3. Garantías constitucionales

- Ávila Linzán, Luis Fernando. “La constitucionalización de la administración de justicia”. *Constitución de 2008 en el contexto andino*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional, 2008.
- . “Las garantías jurisdiccionales: la exigibilidad de los derechos al buen vivir”. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 1.ª reimp., 2012.
- Carocca Pérez, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona, Bosch, 1998.
- Díez-Picazo, Luis M. “Constitución, ley, juez”. *Revista española de derecho constitucional*, 15 (1985): 9-23.
- Escudero, Jhoel. “Sentencias constitucionales”. *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, t. II. Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, Inredh, 2010.
- García Morillo, Joaquín. *El amparo judicial de los derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 1985.
- García Roca, Javier y Pablo Santolaya, coords. *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, CEPC, 2005.
- González Álvarez, Roberto. “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: el mito de una serendipia procesal”. *Revista iberoamericana de derecho procesal garantista*. Lince, Egacal, Anuario 2008. Internet. http://legacal.e-educativa.com/upload/2008_GonzalezRoberto.pdf. Acceso: 25 enero 2013.
- Montaña Pinto, Juan, ed. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 1 y t. 3. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.
- Montaña Pinto, Juan y Angélica Porras Velasco, eds. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.
- Navas Alvear, Marco. “Justicia constitucional, legitimidad y ejercicio de las garantías”. *Crítica jurídica na América Latina*. Ogs. Oscar Correas y C. A. Wolkmer. México, Florianópolis, Editora México, UFSC, 2013 (en prensa).

- Silva Portero, Carolina. “Las garantías de los derechos: ¿invención o reconstrucción?”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Storini, Claudia y Jhoel Escudero. “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista general de derecho público comparado*, IUSTEL, 2011. Internet. http://www.iustel.com/v2/revistas/detallerevista.asp?id_noticia=410621&d=1. Acceso: 25 febrero 2013.
- Storini, Claudia. “Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador”. *Foro. Revista de derecho* (Quito), 14 UASB-Ecuador/CEN, (2010): 103-138.
- _____. “Las garantías constitucionales de los derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2009.
- _____. “Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Dirs. Claudia Storini y José Francisco Alenza García. Pamplona, Aranzadi, 2012.
- _____. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA”. *Civitas Europa, Presses Universitaires de Nancy*, 20, Número Especial sobre Dialogues et inspirations dans les jurisprudences (2008): 330-345.
- Vigoriti, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del proceso civile*. Milán, Giuffrè, 1973.

4. Eficacia, efectividad, eficiencia

- Bobbio, Norberto. *Derecho y lógica*. México, D. F., UNAM, 1965.
- Calsamiglia, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. México, Fontamara, 1997.
- Capella Juan Ramón. *El derecho como lenguaje*. Barcelona, Ariel, 1968.

- Da Silva, Reinaldo O. *Teorías de la administración*. México, D. F., Editorial Thomson, 2002.
- Elster, Jon. *El cemento de la sociedad: las paradojas del orden social*. Barcelona, Gedisa, 1991.
- Drucker, Peter. *Management: tasks, responsibilities, practices*. New York, Harper & Row, 1974.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Trotta, 2001.
- Koontz, Harold y Heinz Weihrich. “Introducción y fundamentos de la teoría y práctica de la administración global”. *Administración, una perspectiva global*. Editorial McGraw-Hill, 11.ª ed., 1999.
- Parejo Alfonso, Luciano. *Eficacia y administración*. Madrid, MAP, 1995.
- Pareto, Vilfredo. *Manuale di Economia Politica*. Pordenone, Edizioni Studio Tesi, 1994.
- Ponce Solé, Julio. *Deber de buena administración y procedimiento administrativo debido*. Valladolid, Lex Nova, 2001.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Trota, 2005.
- _____. “Aproximación al concepto de derecho: nociones fundamentales”. *Lecciones de teoría del derecho*. AA. VV. Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Guimares Ribeiro, Darci. “A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (México, D. F.) (julio-diciembre 2007): 219-240.
- Robbins, Stephen P. and Mary Coulter. *Administración*. México, D. F., Pearson Educación, 10.ª ed., 2010.

5. Tutela judicial efectiva y debido proceso

- Aguirre Guzmán, Vanesa. “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”. *Foro. Revista de derecho*, 14 (Quito)(2010): 5-43.
- Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I. Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941.

- Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”. *Derecho procesal: XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima, Universidad de Lima, 2008.
- Álvarez Sacristán, Isidoro. *La justicia y su eficacia: de la Constitución al proceso*. Madrid, Colex, 1999.
- Bacre, Aldo. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.
- Beladiez Rojo, Margarita. “El derecho a la tutela judicial efectiva y garantías constitucionales del proceso”. *Las libertades de información y de expresión: actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid, CEPC, 2002.
- _____. *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Pamplona, Aranzadi, 1992.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Carocca Pérez, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona, J. M. Bosch, 1998.
- Chamorro Bernal, Francisco. *La tutela judicial efectiva, derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona, J. M. Bosch, 1994.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, 4.ª ed., 2001.
- Díez-Picazo Giménez, Ignacio. “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”. *Cuadernos de derecho público*, n.º 10, 2000.
- Díez-Picazo, Luis y Ponce de León. “Aproximación a la tutela judicial efectiva”. *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*. Coord. Ana Salinas de Frías. Málaga, Universidad de Málaga, , 2001.
- Domínguez Aguila, Ramón. “Los límites al principio de reparación integral”. *Revista chilena de derecho privado*, 15 (2010): 8-28.
- Durán López, Federico. “El derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso debido en el orden social”. *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Coords. Fernando Elorza Guerrero y Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez. Sevilla, Trotta/ Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2001.

- García Ramírez, Sergio. “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección a derechos humanos”. *El sistema Interamericano de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, t. I. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.
- Gil Botero, Enrique. “El principio de reparación integral en Colombia a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho Público*, t. VI. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/ Temis, 2010.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid, Civitas, 1981.
- _____. *Constitución y proceso*. Madrid, Tecnos, 1988.
- Gozáñi, Osvaldo. *Derecho procesal constitucional: el debido proceso*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2004.
- Guimarães Ribeiro, Darci. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona, J. M. Bosch, 2004.
- González Rivas, Juan José. “Algunas reflexiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva: consideraciones doctrinales y jurisprudenciales”. *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II). XIII Jornadas de Estudio*. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. 1, 1993.
- Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil*, t. I. Madrid, Civitas, 1998.
- Guimarães Ribeiro, Darci. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona, J. M. Bosch, 2004.
- Hurtado Reyes, Martín. *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Lima, Palestra, 2006.
- Morello, Augusto. *El proceso justo*. Buenos Aires, LexisNexis/ Abeledo Perrot, 2005.
- Henao Pérez, Juan Carlos. *El daño*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La reparación: un acto jurídico y simbólico*. San José de Costa Rica, 2007.
- Jiménez de Parga, Manuel. “La tutela judicial efectiva: luces y sombras”. *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1999.

- Loinianno, Adelina. “Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, t. IX. Derechos humanos y tribunales internacionales. Coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldivar Lelo de Larrea. México, D.F., Instituto de Investigaciones jurídicas, 2008.
- Montaña Pinto, Juan. “Aproximación a los elementos teóricos de la acción de protección”. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.
- Moreno Catena, Víctor y Valentín Cortés Domínguez. *Introducción al derecho procesal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Nash Rojas, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile, Universidad de Chile/ Centro de Derechos Humanos, 2.^a ed., 2009.
- Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, J. M. Bosch, 3.^a reimp., 2002.
- Projusticia. *Debido proceso y razonamiento judicial*. Quito, Convenio BIRF-4066-EC/ Editorial Javier Simancas, 1998.
- Ramos Méndez, Fernando. *Derecho y proceso*. Barcelona, J. M. Bosch, 1978.
- Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.
- Rodríguez, Gisela. *Responsabilidad y reparación: un enfoque de derechos humanos*. México, D. F., Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/ Universidad Iberoamericana/ Fundar/ Centro de Análisis de Investigación, 2007.
- Rodríguez Rey, Fernando. “El derecho a la tutela judicial efectiva”. *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*. Coord. Juan Carlos Gavara de Cara. Barcelona, J. M. Bosch, 2004.
- Salamero Teixidó, Laura. “Principio de congruencia, prohibición de la «reformatio in peius» y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta”. *Revista de administración pública*, 189 (2012): 203-243.

- Salvioli, Fabián. “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones”. *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. III. Dir. Pablo Luis Manili. Buenos Aires, Editorial La ley, 2010.
- Vallepín Pérez, David. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías*. Barcelona, Atelier, 2002.
- Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá, Temis, 1999.

6. Otros ámbitos

- Navas Alvear, Marco. “Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano”. *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, María Paz Ávila y Gustavo Gómez Germano. Quito, Unesco/ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.
- Pástor, Santos. *Cifrar y descifrar: manual para generar, recopilar, difundir y homologar estadísticas e indicadores judiciales*, vol. I. Santiago de Chile, CEJA, 2004.
- Storini, Claudia. “Comentarios en torno a la Constitución colombiana de 1991”. *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*. Medellín, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

Claudia Storini

Doctora en Derecho, Universidad de Valencia; licenciada en Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo; licenciada en Derecho y en Ciencia Política, Universidad de Roma 'La Sapienza'.

Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad Pública de Navarra; profesora invitada de diversas universidades de Iberoamérica e Italia. Es autora de varios libros, así como de más de sesenta artículos publicados en revistas y libros colectivos españoles y extranjeros. Coordinadora y profesora del Doctorado en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Ha obtenido el reconocimiento por la Unión Europea de Investigador del Programa I3.

Marco Navas Alvear

Doctor en jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador y PhD en Ciencias Políticas, Freie Universität Berlin. Desde los años noventa ha enseñado en varias universidades del Ecuador y ha sido docente invitado en otras de América Latina y Europa.

Ha ejercido la abogacía en los ámbitos público y privado, especialmente en materia constitucional. Actualmente es profesor de planta en el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y coordina los programas de Maestría y Especialización en Derecho Constitucional.

Es autor de cuatro libros, una veintena de artículos y coautor de diecisiete publicaciones sobre temas de constitucionalismo, democracia y derechos humanos, publicados en España, Austria, Alemania, Argentina, México, Venezuela y Ecuador.

Patricio Pazmiño Freire

Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad de Valencia, España.

Ha ejercido la docencia en Programas de Maestría en Derecho Constitucional, cátedra Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador y Bolivia y en la Universidad Estatal de Guayaquil.

Fue presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador (2007-2008); presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición (2008-2012). En la actualidad, presidente de la primera Corte Constitucional del Ecuador.

Wendy Molina Andrade

Abogada, Universidad Internacional del Ecuador; especialista superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; doctora, Universidad Internacional del Ecuador.

Profesora universitaria de posgrado en la Universidad Regional Autónoma de los Andes y Universidad Estatal de Guayaquil; en pregrado Universidad Central del Ecuador y Universidad Estatal de Bolívar; profesora invitada en la Universidad de Pisa, Italia. Se ha desempeñado como asesora de la Procuraduría General del Estado, Corte Constitucional y en el ámbito privado. En la actualidad, vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador.

Entre los premios y reconocimientos recibidos, se destacan de la Asociación de Justicia Constitucional, Fiscalía General del Estado y de la Universidad Regional Autónoma de los Andes.

Antonio José Gagliardo Loor

Máster en Ciencias Penales y Criminológicas; Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Instituto Superior Criminología y Ciencias Penales 'Dr. Jorge Zavala Baquerizo' de Guayaquil. Doctor en Jurisprudencia y abogado de los juzgados y tribunales de la República.

Se ha desempeñado como presidente del Consejo Nacional de Rehabilitación Social; fiscal de lo Penal del Guayas; ministro fiscal distrital del Guayas, Galápagos y Santa Elena; miembro de la Junta de Beneficencia de Guayaquil.

Es profesor en varias universidades del país; así como conferencista y expositor en eventos nacionales e internacionales en materia penal y procesal penal. Ha recibido varias condecoraciones por su trayectoria profesional.

Fabián Marcelo Jaramillo Villa

Abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Magíster, Universidad Andina Simón Bolívar.

Se ha desempeñado como asesor parlamentario, consultor especializado, además de profesor universitario a nivel de posgrado en legislación de trabajo y derecho administrativo y empresa pública.

Es autor y coautor de varias publicaciones y producción intelectual. Entre los premios y reconocimientos recibidos se destacan el de la Universidad Miguel de Cervantes (mejor ensayo) y de la Secretaría de Desarrollo Social Estado de Puebla (presentación de ponencias).

María del Carmen Maldonado Sánchez

Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; magíster en Cooperación Internacional, Universidad Complutense de Madrid.

Ha sido profesora universitaria en la Universidad de las Américas, Universidad SEK, Universidad Del Pacífico. Se ha desempeñado como asesora jurídica en varias instituciones; también como procuradora general en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; abogada en la Procuraduría General del Estado; subprocuradora en el Municipio Metropolitano de Quito.

Es autora de varias publicaciones; además ha recibido diversos premios y reconocimientos por su trayectoria estudiantil y profesional.

Patricia Tatiana Ordeñana Sierra

Abogada, doctora y especialista, Universidad de Guayaquil. Se ha desempeñado como consejera principal del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; directora técnica del CONAMU; coordinadora técnica de Proyectos Intervida; consultora privada.

Ha sido docente universitaria a nivel de posgrado en construcción de equidad, además en organismos de control en Ecuador. Es autora de varias publicaciones y producción intelectual.

Entre los premios y reconocimientos recibidos, se destacan del Centro de Mediación Judicial de Guayaquil y del Programa Muchacho Trabajador.

Alfredo Ruiz Guzmán

Abogado, magíster y especialista en Procedimientos Constitucionales, Universidad de Guayaquil.

Ha sido director de la Escuela de Derecho; decano de la Facultad de Jurisprudencia y profesor en la Universidad de Guayaquil. Entre sus

publicaciones y producción intelectual, se destacan *De la presentación democrática a la participación ciudadana*; *Avances en el régimen político* (coautor).

Ha recibido premios y reconocimientos del Colegio de Abogados del Guayas: Abogado más destacado; también de la Asociación de Profesores de la Universidad de Guayaquil: Mención de honor, 35 años de servicio.

Ruth Seni Pinoargote

Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad ‘Vicente Rocafuerte’ de Portoviejo y Guayaquil. Estudios de posgrado, Universidad Andina ‘Simón Bolívar’, Sede Ecuador.

Se ha desempeñado como jueza décimo cuarto de lo civil Rocafuerte-Manabí; jueza quinto de lo Civil Manta-Manabí; ministra juez de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo; presidenta H. Corte Superior de Justicia de Portoviejo; vocal-presidenta de la Primera Sala del Tribunal Constitucional; jueza de la Corte Constitucional. Es docente de la Universidad Laica ‘Eloy Alfaro’ de Manabí.

Entre sus publicaciones, se destacan *De la obra jurídica ‘La deuda de alimentos y su procedimiento para el cobro’*; *El derecho a la honra y la intimidad: mecanismos de defensa*. Ha recibido diversos reconocimientos nacionales e internacionales.

Manuel Viteri Olvera

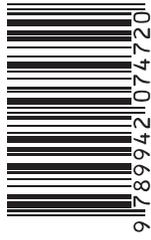
Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas; doctor en Jurisprudencia.; diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales; especialista en Procedimientos Constitucionales; magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad de Guayaquil. Abogado de los juzgados y tribunales de la República.

Se ha desempeñado como ministro de la Corte Suprema de Justicia; ministro de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil; ministro de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo; ministro fiscal de los Ríos; juez

octavo de lo penal del Guayas; juez tercero del trabajo del Guayas; vocal del Ex Tribunal Constitucional; juez de la Corte Constitucional. Es docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil.

Entre sus publicaciones, se destacan *Medidas cautelares en el proceso penal ecuatoriano*; *Resoluciones de casación y revisión en materia penal*; *Síntesis del Nuevo Código de Procedimiento Penal*; *Estudio y Aplicación de las medidas cautelares según el nuevo Código de Procedimiento Penal*; *Garantías jurídicas en el sistema penal ecuatoriano - medidas cautelares en el Código de Procedimiento Penal*. Ha recibido diversos reconocimientos por su trayectoria estudiantil y profesional.

ISBN 978-9942-07-472-0



9 789942 074720

La acción de protección en Ecuador

Realidad jurídica y social

Este libro recoge los resultados de la investigación sobre el "Funcionamiento de la acción de protección en las provincias de Azuay y Guayas entre 2008-2011". Es un esfuerzo por dilucidar si este modelo de garantías logra ser efectivo y eficiente en las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia.



Centro de
Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional

www.corteconstitucional.gob.ec