

III CONGRESO INTERNACIONAL CIENCIA, SOCIEDAD E INVESTIGACIÓN UNIVERSITARIA

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR

Autor: Dr. Edgar Washington Fiallos Paredes

Correo: efiallos@pucesa.edu.ec

Introducción

La Constitución vigente del Ecuador, en cuanto se refiere a garantías jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales, determina avances significativos en la protección y justiciabilidad de los derechos. El art. 88 de la Norma Suprema, consagra la Acción de Protección, de acuerdo a la que el Juez Constitucional, se encuentra en la obligación de declarar la violación de un derecho fundamental, cuando éste ha sucedido y reparar las consecuencias que puede generar, reparación que implica medidas positivas como negativas, materiales o inmateriales, lo que le convierte a esta acción en un mecanismo constitucional eficaz y adecuado para la protección de los derechos fundamentales.

Nuestro propósito es analizar el cambio de modelo de Estado que trajo la Constitución referida, en función de la transformación de su principio rector, y evidenciar los avances en materia de derechos constitucionales, sus principios de aplicación, así como la protección judicial de los mismos, poniendo especial énfasis en los derechos sociales y su justiciabilidad.

El estudio abarca un examen comparativo, teórico-normativo de los diferentes modelos de Estado, partiendo de una dimensión abstracta, hasta una dimensión sociológica, política, jurídica y constitucional. Puntualizamos las diferentes etapas de evolución del Estado, desde una perspectiva histórica, lo que nos permite demostrar la problemática de desigualdad material o estructural de los pueblos, obligándonos a poner atención en el desarrollo de instrumentos que garanticen y sostengan la igualdad, no solo ante la ley sino ante todo lo que implica derechos sociales, económicos y políticos. Cabe anotar, que este papel activo lo cumple de una manera importante el Estado Constitucional, en el que se dimensionan las diferentes garantías constitucionales, en la que sobre sale la Acción de Protección.

Resumen

La justicialidad de los derechos, se impone en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano, lo cual se evidencia en la Norma Suprema vigente. A través del presente estudio, examinaremos teóricamente, la evolución del Estado, a partir del modelo legalista o Liberal, hasta converger en el Estado Constitucional de derechos y justicia; permitiéndonos este proceso, acceder e involucrarnos en el estudio de la Acción de Protección, como garantía jurisdiccional, dentro del sistema de justicia ecuatoriana, para finalmente establecer que nos encontramos ante una garantía básica de vinculación entre el juez y los ciudadanos, que debería comprometerlos a los primeros, en una especie de activismo, sustentado en un adecuado conocimiento doctrinario y un depurado método de interpretación, en armonía con los valores y principios constitucionales.

Palabras claves: Acción de Protección, Justicia, Constitución, Estado Liberal, Estado Constitucional

Del Estado Liberal o de Derecho al Estado Social de Derecho.

Existen diversas concepciones de Estado, desde la honra y alabanza Hegeliana, hasta la conceptualización de Marx, el Estado es la realización de la idea moral objetiva, es el espíritu objetivado, de ahí que los hombres sólo consigan su plenitud y moralidad, la vida de espíritu en el Estado. Estado es la racionalidad donde la libertad alcanza la plenitud, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el ser miembro del Estado.

Mientras que para Marx el “Estado es la forma bajo la que los individuos de una clase dominante hacen valer sus intereses comunes y en la que se condensa toda la sociedad civil de una época” por lo tanto según esta teoría, el Estado es el aparato que impide que el antagonismo de clase degenera en una lucha, permitiendo el mantenimiento de una clase sobre otra. Cualquiera sea el concepto establecido, sea clásico, como los sustentados por San Agustín, Bodín, Hobbes, Lasalle o por los tratadistas modernos como Adolfo Posada, Jellinek o Herman Heller, el Estado, es la investidura orgánica y política de la nación. El Estado es la nación jurídica y políticamente organizada. Es un armazón colocado sobre la nación preexistente como unidad antropológica y

social; en definitiva constituye la sociedad política y jurídicamente organizada, con el propósito de ejercer el poder soberano en un territorio determinado, cuyos elementos constitutivos son: pueblo, poder, soberanía y territorio.

Históricamente el Estado Liberal reemplaza al Estado Absoluto, el mismo que:

En términos kantianos, se rige por el poder absoluto, que consiste en que el soberano tiene respecto a sus súbditos sólo derechos y ningún deber; el soberano no puede ser sometido a juicio por violación de una ley que el mismo haya elaborado, ya que está desligado del respeto a la ley popular. (p. 109)

Constituyéndose por lo tanto en una forma de gobierno en el que el poder se concentra en una sola persona, generalmente el rey o monarca; su máximo exponente fue Luis de Borbón (Luis XIV), cuya frase, “El Estado soy yo”, resume su carácter. El Estado de Derecho o Liberal, surge como resultado de tres hechos históricos: la Revolución Industrial, la Independencia de las colonias británicas en América y la Revolución Francesa, nace como un Estado Constitucional, es una derivación del Liberalismo, cuyo elementos se configuran en la libertad individual, la división de poderes, la igualdad y el sometimiento del poder a un sistema de normas jurídicas. Estado de Derecho y Liberalismo, se encuentran indisolublemente unidos; uno de sus máximos exponentes, John Locke sostiene que todo gobierno nace de un contrato o pacto entre individuos, cuyo objetivo es proteger la vida, la propiedad y la libertad, pudiendo éstos revocarle su confianza y rebelarse cuando no cumpla su función.

Es importante establecer el proceso de evolución del Estado, a partir del concepto en el que la ley, se constituye en su columna vertebral; Derecho y ley son lo mismo, lo que nos permite determinar la vigencia de un Estado Legislativo o de Derecho, cuyos elementos básicos estructurales conciben el culto e imperio del principio de legalidad, destinado a garantizar la igualdad formal ante la ley. El Estado de Derecho nace como Estado Constitucional, la ley determina la autoridad y estructura del poder, surge fundamentalmente de tres hechos históricos trascendentales: la Revolución Industrial, ocurrida en Gran Bretaña, en el siglo XVIII; la independencia de las colonias británicas en América; y la Revolución Francesa de 1783, inspirada o fundamentada en la Ilustración del mismo, se basa en

Los valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho liberal burgués, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales y, más específicamente la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación ciudadana en la formación de la voluntad estatal. Tal criterio coincidía con el sistema de concepciones políticas y de los intereses de los grupos y estratos dominantes, de manera que la dimensión axiológica de la legitimidad se correspondía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del Derecho y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas estaban en condiciones de establecer el Derecho. (García Pelayo, 1996, pág. 55)

El Estado por lo tanto, se modela o estructura como un Estado mínimo, basado en el principio de subsidiaridad o residualidad, que lo convierte en garante exclusivo de los derechos individuales; libertad y propiedad son sus elementos nucleares, cuya simbiosis coincidirá con los principios de libertad económica y propiedad, desarrollados por Adam Smith y David Ricardo, los mismos que consideran que lo mejor que puede hacer el Estado, es dejar que la economía nacional funcione según sus reglas naturales, que son la oferta y la demanda; no caben políticas que supongan el control y regulación estatal de la economía, pues debe limitarse a cuatro funciones: defensa de la propiedad privada, defensa de cualquier agresión extranjera, administración de justicia y sostenimiento de algunas obras públicas e instituciones públicas que, por su escasa rentabilidad, ningún particular querría mantener; abogando por lo tanto por una mínima interferencia del Estado en la economía, en donde la mano invisible se encarga de regular el orden económico. Como sistema político, nace el Estado Liberal, en el que la burguesía, se constituye como su base social o clase dominante, como modo de producción el Capitalismo y como ideología, el Liberalismo.

Siendo el Estado Liberal, un fenómeno histórico, con el transcurso del tiempo, sufrirá un proceso de reformulación, producto de sus errores y contradicciones, lo que conducirá a una profunda mutación del mismo; constituyendo las transformaciones económicas, sociales y tecnológicas del siglo XVIII, que marcan la vigencia de la Revolución Industrial, un punto de inflexión o modulación, pues éste deja de ser un Estado contemplativo y abstencionista, para convertirse en proactivo, pues empieza a ser parte de la vida económica y social, para lo que buscará los mecanismos que propicien el equilibrio y la armonía social.

El Estado Social de Derecho.

El Estado Social de Derecho, y por lo tanto el Constitucionalismo Social, aparecen en el contexto histórico-político en el que se determinaba la exaltación de los derechos individuales y se establecía una etapa acelerada de industrialización, que trajo consigo grandes masas de trabajadores desprotegidos, sin acceso a los derechos económicos y sociales, que les garantice una permanente y debida seguridad, en todos los ámbitos de su vida

Los orígenes de la fórmula Estado Social de Derecho, no aparecen como tal hasta el turbulento período alemán de la república de Weimar y concretamente de la idea del teórico del Estado de orientación socialista Hernán Heller en un famoso artículo titulado – Rechtsstaat oder Diktatus- en 1930, en el que el Estado de Derecho aparece formulado como Estado Social de Derecho, como oposición a la visión liberal, considerada de forma generalizada como caduca, y frente a formulaciones totalitarias de Estado, fueran de origen nacional –socialista o bolchevique. (Miel Landwerlin, 1984)

Se introducen como principios constitucionales, los derechos económicos y sociales y culturales (propiedad, salud, trabajo, vivienda, familia, entre otros), elevados a su máxima categoría, se determina la capacidad del Estado a dirigir el proceso de desarrollo, regular y controlar las relaciones económicas, tanto públicas como privadas, intervenir en el mercado, regular los salarios, evitar que se consoliden los monopolios particulares y fomentar la iniciativa privada, generando las condiciones necesarias para la inversión. En definitiva, este modelo se constituye en un régimen eminentemente garantista de los derechos humanos, tanto por las medidas que adopta el gobierno como por el grado de intervención que tiene la sociedad en el proyecto político, pues establece medios o mecanismos que viabilizan o permiten impulsar el goce de los derechos y libertades; a través de instrumentos preventivos, ante la inminente afectación de un derecho; protectores, cuando se ha provocado el daño, y que busca el cese del mismo; de tipo conservador o preservador de derecho, orientado al resarcimiento de perjuicio o daño irrogado. En este marco, se consagran valores y principios, cuyos postulados y fundamentos rebasan la comprensión exclusiva de los derechos individuales, a la de los derechos colectivos, cuya eticidad da prevalencia al interés general sobre el particular, y a la dignidad humana, en la solidaridad y en la participación ciudadana.

Con el surgimiento del constitucionalismo social, expuesto o revelado en las constituciones de Querétaro (1917) y de Weimar (1919), se determina un cambio en el concepto de Estado de Derecho, caracterizado por el sometimiento de los poderes públicos y de los ciudadanos a la ley, hacia una concepción de Estado Social de Derecho, el mismo que va más allá de una simple solemnidad de respeto a la legalidad, para convertirse en un Estado que garantiza los derechos sociales e interviene en la planificación de la economía y compete y regula el mercado. Cobran fuerza o se consolidan los derechos económicos, sociales y culturales (propiedad, salud, trabajo, vivienda, familia, etc, los mismos que permiten impulsar un nivel de vida digna, lo que determinará se hagan efectivos otros derechos y libertades, para lo que se requerirá de un Ejecutivo fuerte que afiance y construya una nueva sociedad; Herman Heller (1987), estima que este modelo es una etapa de transición hacia el Socialismo.

El Estado Constitucional de Derecho.

Es una etapa superior al Estado Social de Derecho, en la que la Constitución es una norma jurídica vinculante, de aplicación directa.

(Kelsen, 1981), “La Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino además regla sustancial, las normas se estructuran no únicamente por la formación, sino también por el contenido de las leyes” (p. 146). El principio de legalidad o preponderancia de la ley, es desarrollado o enriquecido con el principio de supremacía de la Constitución sobre la ley, o principio de constitucionalidad, cuyo efecto determina que las leyes se encuentran subordinadas al texto constitucional.

En estos momentos es ya común hablar del Estado constitucional de Derecho, como algo diferente al Estado legal de Derecho y referirse a los cambios que esta transición está suponiendo en la concepción del derecho y la política. Si el modelo clásico del Estado de Derecho (o Estado Legal de Derecho), operaba con una superación fuerte entre derecho y política, de forma que jurídicamente gravitaba en torno a la idea del imperio de la ley (o reserva de ley) y políticamente en torno a la soberanía (las leyes eran plenamente revisables), el modelo de Estado Constitucional acaba con esa separación y gravita en torno a las nociones de constitución normativa o regulativa. (Aguiló Regla, 2010, pág. 231)

Al constitucionalizar el ordenamiento jurídico, se determina un proceso, que establece mecanismos que permiten fortalecer actividades políticas, jurídicas, sociales y culturales en concordancia con los valores, principios y reglas de la Constitución; el poder está sometido a ella y no como en el Estado Legal, que se encuentra sometido a la ley, lo cual implica sujeción a varias leyes, las mismas que regulan múltiples situaciones de la sociedad; por lo tanto su vigencia, se determina, en razón de que su ordenamiento jurídico se constitucionaliza, expresando nuevos parámetros de legitimidad, influenciados por valores y principios, que la hacen inmune a cualquier tipo de intermediación, sea anterior o posterior.

“La Constitución vive hoy, porque es vivida, en el sentido que se aplica realmente y en los más variados asuntos de la convivencia, sometiéndose a ella gobernantes igual que gobernados” (Heller, 1967, pág. 243). Su finalidad es la persona y por lo tanto sus derechos; se erige o se construye a través del poder constituyente, cuyo límite es la Constitución, mientras que la resolución de conflictos le corresponde a la justicia constitucional.

La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir de aquello que he llamado – democracia constitucional-, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes de límites de forma y sustancia en su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual una regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podamos llamar esfera de lo discrecional circunscrito y condicionado por la esfera de lo que está limitado, constituido justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia que toda mayoría está obligada a satisfacer. (Ferrajoli, 2008, pág. 27)

Guastini (2009) propone:

1.) Una constitución rígida, la misma tiene que ser escrita, requiriéndose para su modificación un procedimiento especial; 2.) La garantía jurisdiccional de la constitución, para lo que se requiere o es imprescindible un control constitucional de leyes; 3.) La fuerza vinculante de la constitución, en la que se establece la organización del Estado y se

configuran los derechos entre Estado y ciudadanos, en definitiva se construye la estructura ideológica de cada país; 4.) La sobre interpretación de la constitución, la misma que será efectivizada por los jueces; 5.) La aplicación directa de las normas constitucionales, la misma que será aplicada inmediatamente; 6.) La interpretación conforme a la constitución, por lo que, cada interpretación de un texto específico, produce una norma diferente, razón para que cada juez, elija la correcta; y 7.) La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas, que determina ésta entre los diversos órganos del Estado. (p. 49)

El Estado Constitucional de Derecho, constituye un paradigma de la subordinación de la legalidad a un sistema de constitución rígida, cuyos principios fundamentales, constituyen la génesis de la democracia y el germen de la supremacía constitucional, Paolo Comanducci, lo califica como la expresión de una nueva cultura constitucional, que se erige sobre una perspectiva teórica, ideológica y metodológicamente diferente, estableciendo que el valor de la norma no se circunscribe a la forma de producción, sino a la afinidad y compatibilidad de su contenido con los valores y principios constitucionales, se articula en la teoría del Neoconstitucionalismo, que plantea mayor intervención del Estado y le convierte a la Constitución en vinculante pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos, cuya base de sustentación, se construye en concepciones que determinan la preponderancia de los principios sobre las reglas, la ponderación que desplaza a la subsunción, determinan que los jueces tienen un rol protagónico y activo, por encima de los legisladores, así como la presencia del pluralismo valorativo y del constitucionalismo funcional.

En definitiva, este modelo de constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo, cuyos mayores exponentes son: Alexi, Zagrebelsky (2012), se consagra en función de las siguientes características: 1.) Es un Derecho más de valores y principios que de reglas. Los valores son vistos bajo una perspectiva axiológica, los principios son mandatos de optimización, sirven como base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de reglas jurídicas, son las guías que alumbran las finalidades del derecho, se basan en conexiones entre éste y la moral, son contempladas bajo un aspecto deontológico; mientras que la reglas son normas que reclaman un cumplimiento pleno, y en esa medida sólo pueden ser

cumplidas o incumplidas. De esta manera el mejor derecho queda comprometido con la tarea de recurrir apropiadamente a los valores y principios, que para aplicárselos no se requiere de silogismos, sino de ponderaciones; es así que cuando se haga referencia a los derechos constitucionales y derechos humanos, los primeros elementos invocados se derivarán de los valores y principios básicos inherentes a la naturaleza humana: libertad, dignidad e igualdad, cuya significación trasciende el campo moral y axiológico, convirtiéndose en jurídicamente exigibles y vinculantes.2.) Para la aplicación del derecho, se privilegia el método de ponderación al de subsunción. La ponderación, es la manera de aplicar los principios y resolver los conflictos y colisiones que se presentan entre ellos; mientras que la subsunción, consiste en una operación lógica en que se establece una dependencia de especie a género o de hecho a ley, o de afirmación individual a afirmación general, en derecho es la relación lógica de una situación particular, específica y concreta con la previsión abstracta e hipotética de la ley.

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el Ecuador.

El Ecuador, en base a la Norma Suprema vigente, se constituye en un Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social, esto determina que el poder público, se halle sometido a la Constitución, a las normas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, a las leyes orgánicas y ordinarias, debiendo establecerse asimismo como su garante,

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrática, soberana, independiente, unitaria, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna en forma descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. (Nacional, 2008, pág. 1)

Este modelo de Estado, se construye en base a nuevos postulados teóricos; representa un concepto distinto al descrito y formulado en la Constitución de (1998) que lo definía como Social de Derecho, lo que implica un Estado con visión social, sometido al Derecho, en función del principio de legalidad; mientras que en el Estado Constitucional de Derechos la legalidad se subordina a la Constitución rígida, cuyo nivel jerárquico es superior a la ley. La Constitución vigente, establece su orientación, no exclusivamente al campo de limitar el poder político, sino

que pone en evidencia un alto nivel de valores, principios y reglas, que constituyen un catálogo de garantías de los derechos de las personas, que contribuyen a fortalecer la democracia, la misma que nos permitirá alcanzar un alto grado de dignidad humana que se expresará en el “buen vivir” o “sumak kawsay”, por lo que se orienta no sólo a establecer de medios de fortalecimiento en lo social, sino que busca expresar una lógica de bienestar que consolidará una acción participativa en el desarrollo, con innovadas formas de planificación y criterios técnicos de descentralización, que al adscribir o catalogar.

La Corte Constitucional de Ecuador (2009), señala: “Frente al imperio de la ley, surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar la ley y la praxis jurídica con los principios y valores constitucionales” (p. 235). La Constitución Política de 1998, determina que “El Ecuador es un Estado Social de Derecho”, esta concepción responde al modelo del Estado Liberal, basado en los principios del positivismo jurídico.

La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley era del positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho, esto es los derechos y la justicia a lo dispuesto por la ley. Una ciencia del derecho reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura. El Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental. (Zagrebelsky, 1999, pág. 33)

Bajo la concepción del Estado Liberal, el Juez u operador jurídico, establecía su ejercicio específico, basado en un modelo limitado y restringido, diseñado en la deducción de reglas, reducido a un proceso exegético de subsunción, el juez no era otra cosa que la boca de la ley. “Bajo: este esquema, el juez estaba sujeto únicamente a la ley, y su función era aplicarla obligatoriamente cualquiera fuese su contenido” (Silva Portero, 2008, pág. 64); por la vía legal, se limitaban y restringían derechos y garantías, constituyéndose los principios constitucionales en simples enunciados.

A partir de la Constitución de 2008, se concibe el sometimiento de todo acto y autoridad a la Constitución, adscribiéndose o vinculándose nuestro régimen constitucional a un nuevo paradigma de Estado:

El Neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo el poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social. (Pazmiño Freire, 2008, pág. 11)

Todo esto implica el establecimiento de medios y mecanismos que garanticen y permitan el ejercicio de la nueva normatividad, se adopta una visión no sólo descriptiva, sino crítica y valorativa; el juez adquiere un papel y rol muy importante en la creación del derecho, desplazando o enervando el protagonismo del legislador.

La Acción de Protección.

En el Ecuador, las acciones constitucionales, se encuentran definidas y establecidas en la Norma Suprema y reglamentadas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) “Las garantías jurisdiccionales tienen como objeto 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 la violación” (art. 6). Su efectividad se determina por sus procedimientos sencillos, basados en los principios de rapidez y eficacia.

La Constitución vigente, crea una serie de acciones jurisdiccionales: la Acción de Protección, la Acción de Habeas Data, la Acción de Habeas Corpus, la Acción de Incumplimiento, la Acción de Acceso a la Información Pública y la Acción extraordinaria de Protección. La Acción de Protección, se encuentra establecida en el art. 88 de la Constitución, y tiene por objeto el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, teniendo como fin reparar el daño causado, hacerlo cesar si se está produciendo o para prevenirlo si es que existe la presunción o indicios claros que el acto ilegítimo puede producirse.

La Constitución (2008) define:

La Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas, cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. (Art. 88)

Complementariamente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala:

La Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, y que no están amparados por las acciones de habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena. (Art. 39)

Su legitimación es abierta, la puede interponer el titular del “derecho subjetivo” o un tercero, circunstancia o hecho que lo pone en el contexto del prototipo o modelo del Estado Constitucional de Derechos, cuya esencia se percibe o refleja en el modelo del garantismo. La Acción de Protección, busca reducir las cargas y formas procesales, a través de mecanismos sencillos como la oralidad, la informalidad, la rapidez del proceso, la flexibilidad de las formas de notificación, etc; persigue o el objetivo primordial, es garantizar el ejercicio y goce de derechos, así como limitar los actos del poder público que impidan, restrinjan o violen el ejercicio de los derechos individuales o colectivos.

Grijalva Jiménez (2012) expresa:

Efectivamente, la nueva Constitución ecuatoriana posibilita el interponer amparo –a la cual la Carta llama Acción de Protección-, incluso contra políticas públicas cuando estas

violen derechos constitucionales. De esta forma se relativiza la división de poder y se abre la posibilidad de judicializar las políticas públicas si estas no responden o violan los derechos de los ciudadanos. (p. 253)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969) señala:

1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que 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 las autoridades competentes previstas en el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial; y c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (Art. 25)

La Acción de Protección, al determinar que la misma, “tendrá por objeto un amparo directo”, permite al ciudadano no sólo recurrir por la violación de un derecho fundamental, sino por la vulneración de cualquiera de los derechos garantizados en la Norma Suprema, constituyéndose como una acción preventiva y cautelar frente a la administración pública y a los particulares con ejercicio de poder, su legitimación es abierta, su tutela es directa y eficaz. De conformidad con el numeral 1 del artículo 11 de la Constitución de la República: “los derechos se podrán (...) promover y exigir de forma individual y colectiva” cuyo objetivo se orienta al tema de la acción popular, establecido en el art. 86 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando señala que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, podrá proponer acciones previstas en la Constitución”(art. 11, núm. 1)

La procedencia de la Acción de Protección en la Constitución vigente está referida a 1.) actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, 2.) 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 provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación.

Según Ramiro Ávila (2008):

En el amparo, se presenta la acción por las consecuencias de un acto u omisión de una – autoridad pública- y contra particulares cuando se afecte gravemente un interés colectivo, comunitario o difuso. En suma, la responsabilidad es vertical-pública. Cuando se trata de relaciones horizontales, entre iguales, opera el derecho ordinario. En la Constitución 2008, en cambio se encuentra lo que se puede llamar responsabilidad vertical pública o privada. No me atrevo a decir que la acción de protección proceda por cuestiones relacionadas con responsabilidad horizontal. En realidad, la acción de protección no procede cuando personas privadas están en condición de igualdad, por ejemplo cuando hay incumplimiento de contratos. La acción procede contra particulares cuando están en relación de poder, uno puede discriminar o está en situación de subordinación o indefensión. (p. 99)

Unos de los aspectos más significativos de ésta, es que no sólo vigila el cumplimiento de los derechos, sino también regula el ejercicio del poder y lo limita, constituyéndose por lo tanto en una garantía básica y general, así como amplía en el sentido de su legitimación activa y respecto de contra quienes puede interponerse, sea el Estado o particulares, es una garantía concreta, que permite proteger los derechos constitucionales y aquéllos previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos, con excepción de algunos casos concretos, como el derecho de acceso a la información personal o pública o el de libertad, cuando alguien haya sido privado ilegal o ilegítimamente de ésta, pues estos derechos son protegidos por garantías específicas, como el habeas data, la acción de acceso a la información pública y el habeas corpus, respectivamente.

Conclusiones.

La Acción de Protección, según el artículo 88 de la Constitución, se instituye como una garantía, cuyo objeto está orientado a proteger expedita y directamente los derechos constitucionales, derechos conexos constantes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y aquellos que a pesar de no estar señalados expresamente en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, contengan normas más favorables, es decir, determina su judicialización, abarcando no sólo los actos u omisiones de las autoridades, sino incorporando las políticas públicas y los actos particulares a través de un procedimiento sencillo, informal y rápido. Sin embargo, de acuerdo al artículo 42 numeral 4 y 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se ha promovido una verdadera restricción a su

ejercicio pleno, al convertirla en residual, desnaturalizando el paradigma del Estado Constitucional.

No es conveniente limitar el acceso a una garantía, poniendo como condición, el cumplimiento previo de recursos ordinarios; cualquier restricción debe ser desestimada, implementando preceptos adecuados, afines, contruidos bajo parámetros que tomen como base el sentido que se propuso el constituyente, para lo que se buscará depurar su implementación, a través de filtros reguladores, que permitan el desarrollo de su contenido y constituyan aportes a la jurisprudencia, que deberán crear los jueces constitucionales.

No se puede obligar a acudir de manera previa a mecanismos de protección judicial ordinaria, o exigir que se demuestre que las vías no son adecuadas, cuando de por medio hay una violación de un derecho fundamental. A fin de subsanar y orientar el verdadero objetivo de esta acción constitucional, se deberá proceder a reformar los numerales 4 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; el legislador que generó este mecanismo restrictivo y limitador, deberá rectificar el mismo; o a su vez la Corte Constitucional que de acuerdo al artículo 436 numeral 6 se encuentra facultada para expedir sentencias que constituirán “jurisprudencia vinculante”, deberá pronunciarse, declarando inconstitucional el artículo referido en la parte pertinente

Bibliografía

Aguiló Regla, J. (2010). *Sobre las Contradicciones - Tensiones del Constitucionalismo y las Concepciones de la Constitución. El Canón Neoconstitucionalismo*. Bogotá: Universidad Eternado de Colombia.

Ávila Santamaría, R. (2008). *"Las Garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos" en Desafíos constitucionales. 1º edición*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Bobbio, N., & Bovero, M. (s.f.). *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El modelo Iusnaturalista y el modelo Hegeliano-marxista*. FCE.

Borja Cevallos, R. (s.f.). *Enciclopedia de la Política*.

Ecuador, C. C. (2009). *Sentencia Registro Oficial 0011-09*. Quito: Legales.

Ferrajoli, L. (2008). *La Democracia Constitucional*. Madrid, Trtta: Democraci y Garantismo.

- García Pelayo, M. (1996). *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Universitaria.
- Grijalva Jiménez, A. (2012). *Constitucionalismo en el Ecuador. Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. 5^o ed. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Guastini, R. (2009). *La Constitución de Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano - Tratado José María Lujumbio-, En Carbonell*. Madrid: Trotta.
- Hegel, F. (s.f.). *Teoría del Estado*.
- Heller, H. (1967). *Teoría del Estado*. Méico DF: Fondo de Culatura Económica.
- Kelsen, H. (1981). *Las Garantías Jurisdiccionales de la Constitución. La Justicia Constitucional*. Milán: Giuffrè.
- Marx, K. (s.f.). *Ideología Alemana*.
- Miel Landwerlin, G. (1984). El Estado Social de Derecho. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* #42, 211.
- Nacional, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Ediciones Legales.
- Nacional, A. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Legales.
- Oyarte Martínez, R. (2006). *La Acción de Amparo Constitucional, jurisprudencia dogmática y doctrina* 2^o edición. Quito: Fundación Andrade y Asociados.
- Pacto de San José. (1969). Protección Judicial. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (pág. Art. 25). San José: Legales.
- Pazmiño Freire, P. (2008). *Los Desafíos Constitucionales, La Constitución del 2008 en Perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Rodríguez Domínguez, E. (1977). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Grijley.
- Silva Portero, C. (2008). *Las Garantías de los Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Storini, C., & Navas Alvear, M. (2013). *La Acción de Protección en el Ecuador: Realidad Jurídica y Social, Nuevo Derecho Ecuatoriano*. Quito: Corte Constitucional.
- Zagrebelsky, G. (1999). *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional, en el Derecho Dúctil. Ley de Derechos*. Madrid: Trotta.