



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador | Sede
Ambato

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Tema:

**LA RESIDUALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN
RELACIÓN A LA PROTECCIÓN EFICAZ DE LOS DERECHOS.**

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada

Línea de Investigación:

Inequidades, exclusiones, desigualdades y derechos humanos.

Autor:

Dennis Andrés Suárez Parreño

Director:

Dr. Edgar Washington Fiallos Paredes

Ambato - Ecuador

Septiembre 2022

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SEDE AMBATO

HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

**LA RESIDUALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN
RELACIÓN A LA PROTECCIÓN EFICAZ DE LOS DERECHOS.**

Línea de Investigación:

Inequidades, exclusiones, desigualdades y derechos humanos.

Autor:

Dennis Andrés Suarez Parreño.

Edgar Washington Fiallos Paredes. Ab. Mg.

f. 

CALIFICADOR

María Fernanda San Lucas Solorzano Ab. Mg.

f. 

CALIFICADOR

Luis Fernando Suarez Proaño Ab. Mg.

f. 

CALIFICADOR

Edgar Santiago Morales Morales, Ab. Mg.

f. 

DIRECTOR ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Dr. Hugo Rogelio Altamirano Villarroel. Dr.

f. 

SECRETARIO GENERAL PUCESA

 Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
**SECRETARIA GENERAL
PROCURADURIA**

Ambato - Ecuador

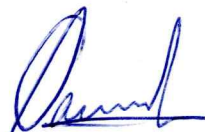
Julio 2022

DECLARACIÓN DE AUTENCIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, Dennis Andrés Suarez Parreño, con C.C. 0504156944, autor del trabajo investigativo de graduación titulado: **“La Residualidad en la Aplicación de la Acción de Protección en relación a la Protección eficaz de los Derechos”**, previa la obtención del título profesional de **ABOGADO**, en la escuela de **JURISPRUDENCIA**.

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entrar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respeta los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE Ambato, el referido trabajo de graduación, respeta las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Ambato, septiembre 2022



DENNIS ANDRES SUAREZ PARREÑO

C.C. 0504156944

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a Dios por haberme acompañado en este camino tan largo en mi vida, puesto que no ha sido fácil, por darme la fuerza de seguir cada día y no desmayar. Agradezco, también, a los Docentes de la Pontificia Universidad Católica Sede Ambato, puesto que sin ellos no hubiera sido posible este logro en mi vida personal, por exigirme y enseñarme lo bonita que es la carrera de Jurisprudencia.

De manera especial le agradezco a mi director del trabajo de titulación, Dr. Edgar Fiallos que fue un apoyo muy importante y me supo guiar de la mejor manera para poder culminar esta investigación, de igual manera a mis lectores, Dr. Luis Fernando Suarez y Dra. María Fernanda San Lucas que han tenido la paciencia y han sabido corregirme mis faltas para que mi trabajo final culminara.

DEDICATORIA

Esta meta tan importante le dedico a mi Madre que me supo apoyar de todas las formas posibles gracias, por tanto.

A mi abuelita por estar todos los días motivarme a seguir adelante.

A mis queridos Bisabuelitos por darme la fuerza y la fe para poder llegar hasta aquí, este logro es suyo.

A mi Padre por ser ese ser incondicional en mi vida.

A mi hijo por ser el motor en mi vida para ser una mejor persona y un buen profesional.

En fin, a toda mi familia que supo apoyarme de alguna u otra forma para continuar mis estudios cada día de lo que fue la Universidad.

También, va dedicado a las personas que me acompañaron en la carrera de Jurisprudencia como son mis compañeros que se volvieron grandes amigos.

RESUMEN

La acción de protección, de acuerdo a lo que establece el Art. 88 de la norma suprema, esto se ha visto transgredido, por cuanto la LOGJCC, le ha dado un contexto residual al establecer en su Art. 42.4 que, “Cuando el acto administrativo sería impugnado en la vía judicial, salvo, que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Lo cual, se afecta al amparo directo y eficaz establecido en la Constitución. Si, se da este carácter de residualidad, significaría que, también, se daría lugar que en caso de violación de Derechos constitucionales entre privados, también, es necesario cerrar la vía ordinaria, en primer lugar, antes de llegar a la constitucional, lo cual, desdibujaría rotundamente la esencia de la acción de protección, en cuanto a la protección directa y eficaz de los derechos constitucionales, así, también, existiría confusión por la similitud de aplicación de la acción extraordinaria de protección que si es residual. El objetivo del trabajo, contextualiza en, Determinar si la acción de protección tiene una aplicación con carácter residual. La presente investigación, se enmarca en la metodología inductivo – deductiva, la primera por cuanto, se parte de este carácter de residualidad, significaría que, también, se daría lugar que, en caso de violación de Derechos constitucionales entre privados, también, es necesario cerrar la vía ordinaria, en primer lugar, antes de llegar a la constitucional, lo cual, desdibujaría rotundamente la esencia de la acción de protección.

Palabras Clave: agravantes, atenuantes, graduación de la pena, proporcionalidad, sistema punitivo.

ABSTRACT

According to what is established in the Supreme Norm, Art. 88, the action of Protection has been transgressed, because the “LOGJCC” has given it a residual context by establishing in Art. 42.4, that "The administrative act could be questioned in the judicial court, unless it is shown that the route was not adequate or effective," which would be affecting the direct and effective protection established in the Constitution. If this character of residuality continues, it would mean that it should also give opportunity to the fact that, in case of violation of the Constitutional Rights between private parties, it is also necessary to close the ordinary route in the first step and before reaching the constitutional one, which would completely blur the essence of the protection action according to the terms of direct and effective protection of the Constitutional Rights. Consequently, there would also be confusion due to the similarity of the application of the extraordinary action of protection which is residual, reason why the objective of this research is to determine if the action of protection has a residual application. This research was carried out based on the Inductive and Deductive Methodology, because it starts from its character of residuality, which means that in case of violation of the Constitutional Rights between private parties, it is also necessary close the ordinary route before reaching the constitutional one, which would completely blur the essence of the protective action.

Keywords: Action of protection, residuality, ordinary route, jurisdictional guarantees, judicial guardianship.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRELIMINARES

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD _____	iii
AGRADECIMIENTO _____	iv
DEDICATORIA _____	v
RESUMEN _____	vi
ABSTRACT _____	vii
ÍNDICE DE CONTENIDOS _____	viii
INTRODUCCIÓN _____	1
CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA _____	7
1.1. Naturaleza jurídica de la acción de protección _____	7
1.2. Legitimación pasiva _____	18
1.3. Requisitos de procedencia _____	20
CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO _____	21
2.1. Metodología de la investigación _____	21
2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos _____	22
2.3. Población y muestra _____	22
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN _____	24
3.1. Presentación de los resultados _____	24
3.2. Análisis General _____	32
3.3. Criterios jurídicos del análisis general _____	34
CONCLUSIONES _____	38
RECOMENDACIONES _____	40
BIBLIOGRAFÍA _____	41
ANEXOS _____	44
ÍNDICE DE CUADROS _____	44

INTRODUCCIÓN

Existen diferentes investigaciones con relación a la residualidad en la aplicación de la Acción de Protección en relación a la protección eficaz de los derechos, mismas que tratan aspectos como: el desarrollo del constitucionalismo, se da en el presente, en el contexto del proceso de integración europea, pero ha trascendido a la coyuntura latinoamericana. En la investigación llevada a cabo por Herrera (2017), sobre el Tribunal Constitucional y Unión europea, se encontró que, Es verdad que en un inicio la resolución del juzgador respecto de establecer aspectos perjudiciales, en este sentido los jueces de primera instancia tomarían como vinculantes los criterios de las altas Cortes, es más, tienen la obligación cuando tenga una duda en cuanto a derecho, a recurrir estas fuentes para solventar este tipo de dudas.

Es así que esta investigación contribuye a exponer la obligación de los tribunales constitucionales de dirimir conflictos en cuanto a la vulneración de derechos y otros principios elementales, que se genera en cuanto a la duda con relación a la competencia. Cabe señalar que todo lo expresado, se da en razón de la legalidad y la obligatoriedad de impartir justicia constitucional, más allá de la legalidad.

Por otra parte, en América Latina, investigadores como Landa (2018) sobre “El proceso de amparo en América Latina”, se encontró que, el proceso de amparo sirve para la protección de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados y, se configura como una verdadero aporte para la coyuntura latinoamericana, en el marco del desarrollo constitucional, no obstante, la judicialización, que se ejerce por medio de los tribunales y las altas Cortes, se ha reconocido al amparo como una utopía, porque se fundamenta en un dogma liberal y privatista, esto se vincula a la realidad de la justicia ordinaria, trasciende a Cortes de mayor jerarquía por ineficiencia e injusticia en el proceso.

Del mismo modo, Eguiguren (2018), sobre “El Amparo como proceso residual en el Código Procesal Constitucional Peruano”, encontraron que, se toma en cuenta lo que establece la alta Corte Constitucional, ya se ha aplicado la residualidad en el proceso extraordinario de la acción de amparo, en varios casos en los, que se ha referido derechos laborales, seguridad social o cuestionamiento en función de los actos administrativos, por tanto es pertinente, se lleve a cabo análisis y ponderación frente a un caso específico. Estas investigaciones permiten entender cómo, se lleva la residualidad en las garantías jurisdiccionales de protección entendiéndose estas a la acción de protección y amparo constitucional como una misma garantía, pero con nombre distinto, lo cual varía conforme a la realidad de cada país.

En Ecuador, se han realizado varias investigaciones sobre la acción de protección. Es así que Landázuri (2019) sobre la “Procedibilidad de la acción de protección frente al acto administrativo en el Ecuador”, se encontró que, El orden normativo de la acción de protección fuera de lo que establece la norma suprema encausaría a que se restrinja la garantía, como ejemplo, se tiene el Art.42.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Control Constitucional, no obstante, los argumentos desarrollados por la jurisprudencia de la alta Corte a esto con el complemento de la doctrina, se constituyen filtros para diferenciar los casos en los que interviene la justicia ordinaria o la constitucional.

Es así que esta investigación contribuye al contexto de la presente investigación como un precedente para desarrollar el fundamento problemático. Cabe señalar que esta investigación tiene una conexión con la presente investigación por las variables, sin embargo, las diferencias, se dan porque la validación, se hace por medio de entrevistas en base al juicio de expertos. De igual modo, Peña 2017 en un trabajo sobre “Acción de protección: Garantía jurisdiccional directa y no residual” indican que en Ecuador bajo el profundo avance que reviste la nueva Constitución desde el punto de vista del garantismo, resulta inconcebible limitar el acceso a una garantía de derechos humanos, y obligar al afectado al agotamiento previo de todos los recursos ordinarios existentes.

De esta manera, se determina una relación con el presente trabajo investigativo, porque se comparte lo desarrollado por el autor, lo cual, se complementa con el criterio de expertos, que se desarrolla en apartados posteriores.

El objeto esencial de la acción de protección constitucionalmente es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, cabe la delimitación y la aclaración que estos derechos, se enfocan únicamente a los que no tienen una vía procesal propia, como es el caso para ejemplificar, del derecho al acceso a la información, que se lo realiza por la garantía jurisdiccional del habeas data, sigue el contexto de la acción de protección, de acuerdo a lo que establece el Art. 88 de la norma suprema, esto se ha visto transgredido, por cuanto la LOGJCC, le ha dado un contexto residual al establecer en su Art. 42.4 que, “Cuando el acto administrativo sería impugnado en la vía judicial, salvo, que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Lo cual, estaría se afecta al amparo directo y eficaz establecido en la Constitución.

Si, se da este carácter de residualidad, significaría que, también, se daría lugar que en caso de violación de Derechos constitucionales entre privados, también, es necesario cerrar la vía ordinaria, en primer lugar, antes de llegar a la constitucional, lo cual, desdibujaría rotundamente la esencia de la acción de protección, en cuanto a la protección directa y eficaz de los derechos constitucionales, así, también, existiría confusión por la similitud de aplicación de la acción extraordinaria de protección que si goza de un carácter residual. Al respecto notables juristas, se han pronunciado de la siguiente manera: Desde la óptica del Estado Constitucional ecuatoriano y bajo criterio del constitucionalista ecuatoriano Rafael Oyarte Martínez, quien señala: “Mucho, se ha hablado acerca de la residualidad del amparo. La residualidad implicaría que el amparo es una acción subsidiaria, que cabe interponerse cuando no existen otras formas o vías de impugnación del acto o bien cuando éstas, se han agotado. También, se habla de residualidad cuando la acción, no se interpondría si, se han activado vías paralelas, esto es cuando, se han interpuesto otras acciones” (Oyarte, 2006).

De forma concreta el autor expone que, la acción de protección, se aplica con carácter residual subsidiaria, pues, además, de pedir que se haga por medios jurisdiccionales, pide se justifique que la vía no es eficaz, el problema no es de ahora, sino que, de forma precedente, nace con la aplicación del amparo constitucional como lo establecía la anterior Constitución, esta realidad está recrudesciendo en la aplicación de la acción de protección con la diferencia que en la actualidad, se está incumpliendo con fundamentos constitucionales. “En efecto, la jurisprudencia ecuatoriana ha sido reiterativa en este sentido y, se ha pronunciado repetidamente por la no residualidad de la acción de amparo constitucional.” (Correa, 2010). Respecto de lo expuesto por el autor, se analizaría las decisiones respecto de la acción de protección y su carácter no residual. Por lo mencionado, la presente investigación pretende analizar la residualidad en la acción de protección en relación a la protección eficaz de los derechos reconocidos constitucionalmente.

Idea a defender: ¿Cómo afecta al amparo directo y eficaz de los Derechos Constitucionales, la aplicación de la acción de protección con carácter residual?

Hipótesis de trabajo: ¿La acción de protección es de carácter residual? Preguntas científicas (teóricas, metodológicas y resultados): ¿Cree que existe el fundamento teórico pertinente respecto de la no residualidad de la acción de protección? ¿Cree necesario desarrollar un análisis inductivo – deductivo con relación a la acción de protección y su carácter no residual? ¿Cree necesario elaborar un análisis crítico, con relación a la no residualidad de la acción de protección?

El objetivo general de la investigación es:

- Determinar si la acción de protección tiene una aplicación con carácter residual. Entre los específicos, se tiene:

Los objetivos específicos de la investigación son:

1. Fundamentar teórica y doctrinariamente respecto de la no residualidad de la acción de protección.
2. Desarrollar el análisis inductivo – deductivo con relación a la acción de protección y su carácter no residual.
3. Elaborar un análisis crítico, con relación a la no residualidad de la acción de protección.

La presente investigación, en base la metodología inductivo – deductiva, la primera por cuanto, se parte de este carácter de residualidad, significaría que, también, se daría lugar que, en caso de violación de Derechos constitucionales entre privados, también, es necesario cerrar la vía ordinaria, en primer lugar, antes de llegar a la constitucional, lo cual, desdibujaría rotundamente la esencia de la acción de protección.

Con lo referente al ámbito inductivo, se parte de que la acción de protección, se aplica con carácter residual subsidiaria, pues, además, de pedir que se haga por medios jurisdiccionales, pide se justifique que la vía no es eficaz, el problema no es de ahora, sino que de forma precedente, nace con la aplicación del amparo constitucional como lo establecía la anterior Constitución, esta realidad está recrudesciendo en la aplicación de la acción de protección con la diferencia que en la actualidad, se está incumpliendo con fundamentos constitucionales.

En cuanto a los métodos específicos, se compone de los siguientes: Exegéticos: Pues, se parte de parámetros Constitucionales, que son la base de las normativas orgánicas y que cumplirían los elementos garantistas que establece la misma, esto como elemento principal, pues no es posible cumplir una fundamentación a partir de investigaciones que hayan tenido este contexto, pues el presente tema es netamente original. Dogmático: Pues, se analiza el sistema que esgrimen las normativas orgánicas, en especial atención a la Constitución que es la norma suprema, se fundamenta por premisas predispuestas por autores de renombre, para el efectivo cumplimiento de los objetivos, y específicamente con el general, por medio de la

exégesis, se hace un contraste de la normativa vigente con relación a los parámetros Constitucionales de la norma suprema, para, que se cumpla con la esencia del Constitucionalismo.

Con relación a los objetivos específicos, y en cuanto al primero, el fundamento doctrinario parte, de las distintas fuentes bibliográficas, que se plasmarían con relación directa a las variables de la investigación, para tener una perspectiva más integral acerca de los temas en discusión.

La presente investigación, se justifica, por cuanto, existe demasiada bibliografía que establece la residualidad de la acción de protección, en este sentido es trascendental, que se desarrolle las distintas perspectivas y el contexto jurisprudencial, que se desarrolla, puesto que por la perspectiva del autor, es de tal importancia que en el fundamento de la mayoría de las acciones de protección, se pronuncian respecto de la problemática, establece inclusive estándares de jurisprudencia de Corte IDH, en el, que se plantea que las garantías jurisdiccionales, no se darían cuando, se haya agotado la legalidad, sino que más bien, los jueces prevean que existe una presunción de la violación de un derecho reconocido en la Constitución o en los Instrumentos Internacionales.

CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA

1.1. Naturaleza jurídica de la acción de protección

Se han llevado varios debates en el contexto de la naturaleza de la acción de protección, se reconoce la posición de, quienes se reconocen como constitucionalistas contemporáneos, quienes han dedicado su estudio a plantear diferencias en lo, que se conocía como amparo constitucional y la actual garantía jurisdiccional que desarrolla la Constitución de Montecristi, reconocida como acción de protección.

Para un cabal entendimiento es importante establecer el precedente de la acción de amparo en el contexto de subsidiaridad (Aguar De Luque, 2014), la cual, se entendía que la acción no era procedente, si existían, otros procesos que eran más eficaces, y se adecuaban en función del derecho a recurrir para, que se ejerza la tutela judicial de los derechos, no a su vez, cuando se aplica el parámetro de residualidad, únicamente es procedente cuando todas las vías, se hayan agotado o, se niega en el caso de, que se presenten otras acciones con la misma identidad de causa.

En esta materia (Alarcón Granobles, 2014), varios fueron los fallos del Tribunal Constitucional en los, que se reforzó el carácter de no subsidiaria ni residual de la acción de amparo al manifestar que el mismo tenía asidero y fuente constitucional y que, además, contaba con requisitos propios y autónomos de procedencia, por lo que era viable aunque existan otras vías paralelas para la impugnación del acto u omisión, incluso si aquellas vías no hubiesen sido agotadas o, se hubiesen propuesto de manera anterior o de forma simultánea, reforzó el carácter de no subsidiaria

- **Naturaleza constitucional**

Esta garantía jurisdiccional posee fuente y naturaleza institucional desde que un orden general proviene de ella, establecida en el art. 88 de la Constitución (Albendea Pabón, 2017), lo que ocurre en todas las Constituciones latinoamericanas. De esta manera, lo

preceptos regulares de procedencia conforme la aplicación de esta garantía, fueron desarrolladas por el constituyente. De esta manera, los parámetros básicos que proceden para la aplicación de esta garantía se establecieron a partir del órgano constituyente, fundamentalmente en cuanto a la legitimación de las partes procesales y los recursos que se plantearía respecto de estos, así como en la ejecución de las sentencias.

- **Constituye proceso de conocimiento**

El orden doctrinal discute aspectos en cuanto a los procesos en los, que se declaran derechos son usados como análogos (Andrade Sánchez, 2018). No obstante, otros autores, se destacan por diferenciarlos, al ser que los procesos de conocimiento resuelven una controversia sometida voluntariamente por las partes al órgano jurisdiccional y, que se tramita sobre hechos dudosos y derechos contrapuestos, que resolvería el juez declara a quien compete el derecho cuestionado o la cosa litigiosa, mientras que los procesos declarativos son un orden de actos con la finalidad de declarar o reconocer un derecho dentro de una realidad jurídica.

Al contrario de la aludida acción de amparo, la cual, era solamente cautelar, la acción de protección (Andrade Ubidia, 2015), de acuerdo al esquema elaborado por el constituyente, reconoce un proceso que declara derechos. Lo, que se traduce en que al impugnarse el acto o la omisión, el juez constitucional tiene la potestad de resolver el fondo constitucional (Arizaga Vega, 2016), Al exponer un criterios respecto de la vulneración de derechos o al negar la procedencia del mismo, lleva a que el juez deje sin efecto o niegue el acto, que se ha impugnado con anterioridad.

Lo anotado ha sido confirmado por la Corte Constitucional al señalar lo que sigue:

De esta manera la consecuencia de la garantía constitucional reconocida como de conocimiento y de carácter reparatorio, no se entiende como la anterior acción de amparo, pero si cumple algunos aspectos de la misma como la suspensión del acto, lo que al subsanarse la vulneración de los

derechos que ha determinado el juez, el acto, se ejecutaría nuevamente (Asbún, 2007). De forma precisa, es una de las principales características que lo diferencia, y se reconoce como un avance dentro de la acción de protección con relación a la acción, de amparo, en la actualidad, reconociéndose al juez como constitucional, parte del análisis de fondo de la realidad controvertida, está en la facultad de dejar sin efecto el acto atentatorio de derechos.

Aunque en otro pronunciamiento, la misma Magistratura, al referirse a las garantías, entre las, que se ubica la acción de protección, señaló que aquellos son, también, procesos declarativos, incurre en el equívoco de confundir la declaración de vulneración de derechos con la naturaleza

En todo caso, luego la Magistratura confirmó que la acción de protección es un proceso de conocimiento, aunque desconoció algún carácter eventualmente cautelar: Se traería a colación que el modelo de Estado, que se maneja en la actualidad ha influido en el modelo que desarrollan las garantías jurisdiccionales y de forma específica en la aplicación de la acción de protección para, que se convierta, como se ha explicado en proceso de conocimiento de derechos fundamentales (Atienza, 2011), es así, que se desvirtúa el contexto cautelar de esta acción, lo que sí, se daba en la Constitución del 98 en la, que se reconocía como proceso de amparo, en este caso el juez analizaría y decidiría respecto del fondo del asunto.

La acción de protección sería concedida únicamente si el juez encuentra que el acto u omisión ha vulnerado derechos, por lo que su resolución, se analizaría esos aspectos y no otros, lo cual, confirma que es un proceso de conocimiento y la convierte en la vía adecuada para lograr aquella finalidad, asunto confirmado por la Corte Constitucional:

La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales con, lo cual,

no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales.

Ahora bien, el hecho de que el juez inadmita una acción de protección no quiere decir que recurriría al expediente simple de sugerir al accionante la activación de la vía adecuada generalmente el contencioso administrativo-, sino que, como lo ha previsto la Corte Constitucional analizaría las argumentaciones hechas y, sobre aquellas, pronunciarse sobre la violación o no a derechos, por lo que solamente luego de dicho estudio negaría la acción constitucional, no antes.

- **Tutelar**

A criterio de Barreto (2018), la acción de protección permite su acceso directo, cuando se acude a un juzgador, para que la resolución tutele, garantice y proteja un derecho fundamental. De lo expresado, se colige que esta garantía jurisdiccional, se encamina a la protección de derechos con relación a actos u omisiones por una autoridad pública que no sea judicial o, también, en el caso de personas particulares (Bicarreti di Rufia, 2014). Esto conlleva a que sin una acción intermediaria el juez resolvería de manera directa y expedita sobre algún evento.

Incluso la tutela de derechos es, adicionalmente, una de las finalidades de una garantía de tal naturaleza, conforme lo indica el inciso primero del artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Estos señalamientos han sido confirmados por la Magistratura.

De esta manera, la acción de protección desarrollada en el Art. 88 de la Constitución, tiende al amparo directo y eficaz de los derechos y, se da para determinar la vulneración de los mismos, sean estos por acción u omisión de una autoridad que no ejerce la potestad judicial, según lo establecido en la norma suprema o las normas infraconstitucionales (Bilbao Ubillós, 2017). En este sentido, la tutela de derechos hace inexorable que el sistema procesal de la acción de protección y las garantías en

general, se desprendan de elementos formales y, se ofrecería de manera eficaz y expedita la tutela y protección.

Al ser un proceso de naturaleza tutelar, el juzgador, cuando conozca la garantía, adoptar, si el caso amerita, y con el objeto de detener la violación de derechos, medidas preventivas o cautelares que considere aplicables, sin que ello constituya prejuzgamiento sobre la declaración de violación de derechos, que se haría en sentencia dentro del proceso principal, lo que no la torna en un proceso cautelar, mantiene su naturaleza de proceso de conocimiento.

En este caso, las medidas cautelares son dependientes o conjuntas a la garantía propuesta, por lo que para que el juez las dicte, la ley no, exige la calificación de su requerimiento, porque serían emitidas de oficio, aunque tampoco existe impedimento de solicitarlas de manera independiente a la proposición de la garantía, tiene el juez que ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibe la petición, siempre que el peticionario declare que no ha hecho pedido anterior de medidas cautelares independientes por el mismo acto u omisión.

La magistratura ha aceptado las dos posibilidades de procedencia de medidas cautelares, pero ha marcado la diferencia en cuanto al objeto que cada una persigue, señala que si lo que existe es una amenaza de vulneración a un derecho lo que implica que la violación, no se ha consumado, lo procedente es la medida cautelar autónoma, pero, si se ha producido el efecto violatorio al derecho, el accionante pediría la medida cautelar en conjunto con la garantía.

- **Reparatoria**

Se insiste en que la acción de protección tiene como fin generar una orden judicial en el caso, que se determine la vulneración de un derecho, para que cese la acción y si es el caso de que, ya se generó la afectación, establecer una reparación integral para

la víctima, en varios pronunciamientos la alta Corte reitera la naturaleza reparatoria de las garantías de derechos:

En este contexto la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona, que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución (Acosta de los Santos, 2010). Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica, se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, es transversal al ejercicio de los derechos así, por ejemplo, la obligatoriedad de la reparación para las víctimas de los delitos penales, para los consumidores y consumidoras que sufran engaños comerciales; la posibilidad de demandar una reparación como consecuencia de las afectaciones por racismo o xenofobia

- **Ni subsidiaria ni residual**

El debate en cuanto a la subsidiaridad en el plano de las garantías jurisdiccionales, no es algo reciente dentro de la coyuntura jurídica ecuatoriana, puesto que este tema nació inclusive, cuando la acción de protección, se reconocía como amparo constitucional, en la actualidad, los criterios, se orientan analizar la función legislativa, es que este le ha dado este carácter a esta garantía, al establecer que el accionante declarararía que, no se han activado otras vías judiciales.

La residualidad es un instituto totalmente distinto a una realidad procesal ordinaria y su equivocado empleo a la hora de administrar justicia provocaría gravosas consecuencias a los justiciables (Alava Oralaza, 2015). Se entiende como subsidiariedad a la exigencia, que se efectúa para la demostración de la inexistencia de otra vía adecuada o eficaz para la protección de derechos, que se busca sean tutelados por medio de la vía constitucional.

A pesar que no existe disposición normativa que pretenda calificar a la acción de protección como una garantía residual, debo enfatizar en que aquella sería propuesta sin necesidad de agotar previamente otras vías o mecanismos como condición necesaria para su procedencia, o que la torna en un proceso no residual, asunto que, en cambio, no ocurre en sistemas como el boliviano en que la acción de amparo procede solo, si se han agotado todos los medios legales para la protección del derecho.

De este modo, no es necesario ni condicionante para la procedencia de la garantía que el accionante previamente, por ejemplo, los recursos en sede administrativa, de haberlos, ni mucho menos que acuda primero a la justicia contencioso administrativa y, solo si no obtiene decisión favorable, intente la vía constitucional. Sobre este aspecto volveré más adelante, cuando me refiera a los actos impugnables a través de la acción de protección.

Lo que fue ratificado por la misma Corte de 2019 al señalar lo siguiente:

Por consiguiente, en cuanto al argumento de, que se trataría de una acción de carácter residual o excepcional, esta Corte Constitucional estima necesario puntualizar que la acción de protección es directa e independiente y bajo ningún punto de vista sería concebida como un mecanismo residual y exigirse el agotamiento de otras vías o recursos para que sería ejercida.

Legitimación activa

La legitimación activa en la causa, se da por la persona natural por si misma y por sus derechos subjetivos individuales. Los derechos y libertades individuales bien serían defendidos por el directamente afectado o perjudicado por el acto o la omisión, según lo que expresa el Art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En tal virtud, la Sentencia N ° 170-17-SEP-CC, indica que, no se presentaría una acción de protección cuando, no se dirija a la persona que alega la vulneración de sus derechos individuales, salvo, que se reclame en esta garantía la vulneración a sus derechos individuales, salvo, que se reclame en esta garantía la vulneración de los derechos de la naturaleza y del ambiente, aunque la Corte Constitucional indicó que esa exigencia de la ley de la materia inconstitucional argumenta un inexistente régimen de acción popular en materia de garantías constitucionales y pretende que cualquier persona proponga la acción a nombre de un tercero sin acreditar si el acto u omisión violan sus derechos.

Tanto la Constitución como la LOGJCC permiten, que se active la vía constitucional, se lo harían sin un defensor técnico y menos aún especificar las normas que han sido objeto de vulneración, aunque en la práctica esta realidad, no se da. En cuanto a la realidad de los colectivos, se reconoce la legitimación activa a los grupos de personas o colectivos que bien serían aquellos a los que la norma suprema califica como grupos de atención prioritaria, o bien serían agrupaciones de individuos unidos, temporalmente y de forma precaria, por motivos de índole laboral, académica o de clase. En este sentido, todos estos individuos que conforman esas agrupaciones tienen derechos específicos en virtud de su integración a esa colectividad.

También, se reconoce la legitimación activa a las comunidades, pueblos y nacionalidades, las que, en cambio, se han unido por vínculos de pertenencia, es decir, por compartir creencias, costumbres, cultura, lengua, entre otros aspectos que denotan que su asociación es de carácter permanente, estos grupos tienen derechos específicos reconocidos en la Constitución. Todas estas agrupaciones están facultadas para actuar por sí mismas, son víctimas o afectados directos o indirectos de la omisión o el acto violatorio de derechos.

- **Defensoría del pueblo**

La Constitución habilita al Defensor del Pueblo a proponer, de oficio o a petición de parte, la acción de protección, lo que se reproduce expresamente en la LOGJ CC al reconocer la legitimación activa al Defensor del Pueblo para proponer las acciones constitucionales de defensa de derechos.

Por otro lado, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo encausa a que esta dependencia actúe de oficio, en esta realidad, quien se encuentra en calidad de víctima, y se propone como accionante cuando exista omisión o vulneración de derechos haría su comparecencia en cualquier momento, inclusive modificaría la demanda, que se desista la acción y, que se interponga los recursos que la ley permite, aunque no haya comparecido con anterioridad.

- **Instituciones públicas**

La Constitución omite referirse de forma expresa al caso en que los organismos que son parte del Estado, tengan la posibilidad de comparecer como accionantes en cuanto a la garantía de derechos, aunque no las excluye del todo, así como tampoco lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo que, en la práctica, ha permitido, que se acepten acciones constitucionales deducidas por el Estado en calidad de accionante.

Desde el año 2019, la regla que fijó la Corte Constitucional es que las personas jurídicas de derecho público están legitimadas para proponer la acción de protección, pero se atendería al derecho cuya vulneración, se invoca como afectado, en este sentido, si el derecho vulnerado es de aquellos que tienen como titular exclusivo a la persona humana, la acción de protección, se torna improcedente, pero no por falta de legitimación activa, sino, en realidad, porque el peticionario no es titular del derecho

aludido, salvo el caso de, que se trate de la defensa de derechos de personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

- **Legitimación en el proceso**

La legitimación en el proceso, se daría a la persona natural por apoderado o representante, los derechos individuales serían exigidos por terceros a nombre del directamente afectado por la omisión o el acto, esto es, mediante apoderado o, a su vez a través de representante. En el caso de apoderado, se reconoce al mismo como un mandatario, el Código Orgánico General de Procesos, en varias normas, hace alusión a dicha figura procesal, indica que esta clase de mandatario obtendría poder suficiente para obrar a nombre de su mandante respecto a la posibilidad de proponer acciones judiciales, sin perjuicio de hacer constar de forma expresa la habilitación para proponer acciones de defensa constitucional, como la acción de protección.

El procurador judicial que, también, es mandatario como el apoderado, también, presentaría la acción de protección en nombre de otra persona, tienen en cuenta que, para ello, esta última tendría capacidad suficiente para comparecer a juicio. Se indicaría que aquello no haría falta dada la no exigencia por parte de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto a que el afectado cuente con patrocinio de abogado para la proposición de una acción de protección.

El afectado comparecería a través de procurado judicial para, lo cual, de todas formas, se cumpliría los requisitos, estos son, que se otorgue por escritura pública o por escrito reconocido ante el juez de la causa, mandato otorgado en el Ecuador o en el extranjero ante autoridad competente, para de manera verbal en la audiencia pública, además, de que, no se incurra en las prohibiciones de procuración judicial previstas en la ley.

Por ello es adecuado que, incluso en caso de que el afectado haya comparecido por sus propios derechos, porque en materia de acciones de defensa constitucional, no se

requiere patrocinio de abogado, dentro de la audiencia pública bien constituiría ante el juez procuración judicial a favor de un abogado defensor.

Así mismo, es adecuado el nombramiento de un procurador común para el caso que sean dos o más los accionantes por un mismo derecho, siempre que sus derechos no sean diversos o contrapuestos, cargo para cuyo ejercicio, no se requiere ser abogado. Por último, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reconoce la posibilidad de que sea un representante el que proponga la garantía en nombre de un tercero.

- **La persona jurídica siempre actuaría mediante representante legal o apoderado**

La persona jurídica es sujeto de derechos, en virtud de esa condición, ejercer derechos y contar obligaciones, pero, además, tienen que actuar en el mundo jurídico a través de personas físicas. Por tanto, la exigencia del respeto de sus derechos, se haría siempre mediante su representante legal o su órgano de representación, con independencia del tipo de persona moral, que se trate, esto es, aquellas que persiguen fines de lucro, como son las empresas o compañías, como las que no los persiguen, que es el caso de las fundaciones y corporaciones, pues, en cualquier caso, se requiere representante legal. Sin embargo, esta representación, se acreditaría con la presentación adjunta a la demanda del correspondiente nombramiento.

- **Colectivo o comunidad por representante o apoderado**

Cuando la acción de protección sea propuesta por agrupaciones, es aconsejable que legitimen su comparecencia ante la justicia constitucional actúa mediante representante designado por el colectivo, comunidad, pueblo o nacionalidad o, a su vez, mediante el otorgamiento de poder a un tercero para que sea éste el que cuente

con facultad suficiente para representar al grupo en instancia jurisdiccional. Ello no impide que el grupo o colectivo actúe por sí mismo, más siempre existen riesgos.

1.2. Legitimación pasiva

- **Autoridad pública no judicial**

Se determinaría en el petitorio de la acción de protección la autoridad pública no judicial que ha dictado el acto o ha caído en omisión, esto es solamente para efectos de precisar el alcance de la decisión del juez constitucional, pues el régimen en esta materia ha variado notoriamente en virtud de la inversión de carga probatoria que ya no requiere al accionante demostrar la omisión o la existencia del acto cuando proviene de autoridad pública no judicial.

El orden jurídico en función de la justicia constitucional, desarrolla que la acción de protección es viable con relación a actos u omisiones de autoridades públicas que no actúen dentro de la función judicial. Por ello, es importante identificar brevemente las autoridades públicas para distinguir, cuales, son judiciales y, cuales, no lo son, lo que permite luego verificar, cuales, de sus actos u omisiones serían objeto de impugnación mediante la acción en estudio. Constituyen, por tanto, autoridad pública, aquellas entidades del Estado que integran el denominado sector público, con excepción de aquellos entes públicos que ejercen jurisdicción.

- **Personas naturales y personas jurídicas privadas**

Existe ciertas restricciones de quien comparecería como legitimario pasivo en la justicia constitucional, pues la norma suprema y la LOGJCC plantean que la acción de protección procede contra personas que prestan servicios públicos impropios o de interés público, si actúan por delegación o concesión presta servicios públicos, aunque la Constitución, se refiere a la generalidad de concesiones y no solamente a las de

servicios públicos, es decir, incluye a las de obra pública, lo que de manera lamentable, no se toma en cuenta en la ley de la materia.

También, la acción de protección cabe contra los particulares que provocan daño grave, o cuando el afectado, se encuentre en relación de subordinación, discriminación o indefensión respecto de un particular. Al respecto, téngase presente que la Corte Constitucional ha señalado que, de modo general, no caben acciones de protección propuestas por instituciones del Estado en contra de particulares.

- **Órganos que emiten políticas públicas**

Con abierta imprecisión, el constituyente y el legislador incluyeron dentro del régimen de legitimación pasiva de la acción de protección, la posibilidad de que el peticionario acuda a la jurisdicción constitucional a fin de impugnar políticas públicas, nacionales o locales, que supongan la privación del goce o ejercicio de derechos.

En Ecuador a nivel nacional, la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, por un lado, está a cargo de la Función Ejecutiva, pues mientras el Jefe de Estado las define y las dirige, a los Ministros les corresponde ejercer su rectoría y ejecución dentro del área, que se les ha encargado para, lo cual, expiden los acuerdos y resoluciones ministeriales que su gestión requiera.

De igual modo, los Consejos Nacionales de Igualdad formularía y ejecutaría políticas públicas en temáticas como género, etnias, discapacidad, movilidad humana, interculturalidad entre otras. También, en el ámbito nacional, se establecen políticas públicas por parte de la Función Transparencia y Control Social en materia de transparencia, control, rendición de cuentas, participación ciudadana y prevención y lucha contra la corrupción. Incluso los gobiernos autónomos descentralizados tienen la facultad de hacerlo en el ámbito de su competencia y dentro de su circunscripción territorial.

1.3. Requisitos de procedencia

- **Inexistencia de otra vía adecuada y eficaz para proteger el derecho lesionado**

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional obliga al accionante a demostrar que no existe otra vía idónea y eficaz para, que se garantice la protección y cumplimiento de derechos, los cuales, se pretende, que se tutelen por medio de la vía constitucional. Sobre este punto, se maneja la posición que es de carácter subsidiario y en este sentido, la impugnación sería objeto de demanda por medio del plano contencioso administrativo. Este señalamiento, bajo una perspectiva propia, configura una posición errada en cuanto al análisis de la norma que tiene que ver con la materia, porque de darse la vía contencioso administrativa, se lleva a cabo un criterio absoluto para, que se niegue la acción de protección, lo que tornaría a la garantía como inaccesible, porque los actos administrativos, en función del orden constitucional, se impugnan tanto en el plano administrativo como el judicial.

El proceso contencioso administrativo, a diferencia de lo que ocurre con la acción de protección, es un proceso de legalidad y no de constitucionalidad, ni de protección de derechos fundamentales. De ahí que haya que señalar que el proceso contencioso administrativo no es, en el orden jurídico ecuatoriano, una vía judicial adecuada y eficaz para el amparo directo de derechos fundamentales.

CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Metodología de la investigación

La investigación, se desarrolla de acuerdo al paradigma crítico positivo, porque por medio de la aplicación de esta técnica, se analizaría exhaustivamente toma en cuenta las distintas posiciones jurídicas en cuanto a la realidad problemática planteada, en este caso, la crítica, se torna en función de la residualidad de la acción de protección un tema demasiado discutido en la actualidad, puesto que los fallos han tenido la tendencia de negar esta garantía jurisdiccional, plantea que las causas sometidas a conocimiento son problemas de mera legalidad y que no interviene la vulneración de derechos.

Con relación al tipo de investigación, se desarrolla en función del parámetro descriptivo, esto por cuanto, se tiene la intención de plasmar la realidad con la que, se desarrolla la aplicación de la acción de protección en la realidad ecuatoriana, toma en cuenta los distintos actores, son el medio propicio para este fin contaría con los fallos jurisprudenciales que orientan como, se aplica la garantía y cuál es la tendencia de los jueces conforme sus resoluciones.

Uno de los métodos más importantes, que se intenta llevar a cabo en la presente investigación es el cualitativo, puesto que, mediante esta técnica, se toma en cuenta la perspectiva de un juicio de expertos, quienes exponen diversas posiciones en cuanto a la temática planteada, lo cual, también, es sometido análisis y permite sacar las conclusiones pertinentes, que se fundarían conforme los objetivos, que se han planteado en la investigación.

Así, también, es importante recalcar que entre otros métodos llevados a cabo en la investigación es el teórico práctico, en función del paradigma teórico, se ha tomado en cuenta uno de los autores contemporáneos en la realidad ecuatoriana como son las obras del Dr. Rafael Oyarte, quien, aportado con los conocimientos básicos para el

autor en la presente investigación, complementa con otros autores que han permitido desarrollar distintas ideas dentro de la redacción. Se parte, también, del parámetro inductivo – deductivo, porque se realiza una descomposición de la situación problemática, desde un punto de vista general y es en esta dinámica en la, que se desentraña los fundamentos problemáticos, que, al delimitarse se vuelven adherir como un todo, para tener un conocimiento integral de la problemática.

La aplicación bibliográfica documental, se desarrolla bajo distintos medios como, por ejemplo, el plano jurisprudencial, el cual, permite ver la realidad en, cómo se aplica la acción de protección en la realidad ecuatoriana, esto se encuadraría en el ámbito documental así, también, esto se complementa con las distintas obras propuestas en la presente investigación, las cuales, han permitido que el autor de la presente investigación tenga una perspectiva más ampliada de la realidad problemática propuesta.

2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para que, se lleve a cabo la presente investigación, se aplican 5 entrevistas a abogados especializados en la rama constitucional, puesto que el conocimiento, que se ha adquirido en esa rama, tiene vinculación directa con el tema, que se analiza. Es imperativo mencionar, que los fundamentos metodológicos mandan que las entrevistas, se ejecuten en número impar, una vez, que se aplique las entrevistas, se acoge los resultados para el análisis y posterior conclusión, de todo el libelo investigativo

2.3. Población y muestra

El medio empleado para recabar los datos, que han permitido ejecutar esta investigación, son las entrevistas, que se han presentado de forma escrita y de forma verbal por, quienes se han determinado como especialistas en la rama constitucional, en donde 3 de ellos son jueces de cualquier unidad pues son ellos quienes conocen

este tipo de garantías jurisdiccionales. Todo esto, se llevó a cabo mediante un cuestionario estructurado de 8 preguntas.

Cuadro 1. Profesionales entrevistados para el Proyecto de investigación

NOMBRE DEL PROFESIONAL	ESPECIALIDAD
Dr. Wilson Proaño Defensor público de Cotopaxi	Defensor Público en la Defensoría Pública del Ecuador – Ambato Juez Constitucional – Ambato
Dra. Elva Jocefina Rohoden Abogada en libre ejercicio	Abogado en libre ejercicio – Ambato
Dr. Juan Alfredo Jaramillo Ponce Juez de niñez y adolescencia de la Provincia de Cotopaxi	Juez Constitucional
Dr. Edison Valle Juez Unidad Civil Latacunga	Juez Constitucional
Dr. Vinicio Santamaría Juez de la Unidad Penal Latacunga	Juez Constitucional

Fuente: Elaboración propia

Para llevar a cabo el ámbito propositivo de la presente investigación, es pertinente, se planteen los criterios jurídicos respecto de la residualidad en la aplicación de la acción de protección en relación a la protección eficaz de los derechos.

Para alcanzar el primer objetivo, se recurre a las fuentes teóricas y doctrinarias con relación a la no residualidad de la acción de protección.

En cuanto al segundo objetivo, se recurrió a la realidad problemática para determinar el estado en, que se encontraba la misma, y evidenciar todos los elementos que configuran la realidad controversial.

Sobre el tercer objetivo, se verifica el ámbito cualitativo de la investigación, pues en razón de los resultados obtenidos de los entrevistados, se somete a la crítica del investigador y de esta manera sacar las conclusiones pertinentes.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Presentación de los resultados

El desarrollo de la presente investigación, se plantea en función del carácter de residualidad, que se desarrolla la jurisprudencia Constitucional en la aplicación de la acción de protección, en este sentido, se acude a expertos juristas que conocen de la rama constitucional para que expongan sus puntos de vista en cuanto a los elementos controversiales que abonan al problema que desdibuja la aplicación efectiva y directa de los derechos por un artificio que contextualiza a la acción de protección como de aplicación residual.

Cuadro 2. Entrevistas - Dr. Wilson Proaño

PREGUNTAS	RESPUESTAS
¿Cree que el Art.42?4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional le da un contexto de residualidad en la acción de protección?	Efectivamente es claro en artículo en mención, cuando el acto administrativo no es impugnado en la vía judicial claramente nos indica, o cuando no haya otra manera eficaz, en definitiva, nos indica que agotemos la vía judicial, primeramente, en tal virtud la acción de protección presentada con estas características sería improcedente.
¿Cree que darle un contexto de residualidad a la acción de protección afecta al amparo directo y eficaz establecido en la Constitución?	Sin lugar a duda si, al momento de tornarle residual a la acción de protección pierde la esencia y sería un proceso de conocimiento, adicionalmente ya no protegería ningún tipo de violación a los derechos y, se tornaría ineficaz.
¿Cuál es la diferencia entre residualidad y subsidiaridad?	La residualidad, se considera como la exigencia establecida a una persona, para que antes de acceder a la justicia constitucional, sea necesario agotar previamente todas las instancias de la justicia ordinaria, mientras que el principio de subsidiaridad, se estima como un principio de competencia, que señala qué nivel jerárquico está habilitado para actuar en determinados casos. Así, cuando los ciudadanos alcanzarían adecuadamente sus fines, las autoridades estatales son incompetentes para entrometerse en sus asuntos.
¿Cree que, al pedir, que se agote el plano jurisdiccional y, que se justifique que no haya otra vía eficaz, desdibujaría la aplicación de la acción de protección?	Considero que no, porque los procesos de conocimiento su objeto es el reconocimiento de un derecho; y, más bien la acción de protección tutela el derecho, que se encuentra reconocido.
¿Cree que la acción de protección es un proceso de conocimiento por darse únicamente cuando el juez determina la violación de derechos?	Considero que no, porque los procesos de conocimiento su objeto es el reconocimiento de un derecho; y, más bien la acción de protección tutela el derecho, que se encuentra reconocido.
¿Cree que la acción de protección es la garantía por medio del cual el juez brindaría una efectiva e inmediata protección de derechos?	Efectivamente la acción de protección es el mecanismo por el cual, se protege los derechos consagrados en la C.R.E., así como derechos humanos, cuando ha existido una violación; sin embargo, tomar en cuenta que la acción de protección es un mecanismo, que se aplica únicamente ante la vulneración, porque en un sin número de ocasiones, se presentan demandas de esta naturales con el objeto que el Juzgador reconozca a un derecho, lo cual es equivocado.
¿Cree que el modelo procedimental de la acción de protección, se encontraría desprovistos de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado?	Hay que destacar al momento de presentar cualquier tipo de acción jurisdiccional no es necesario, que se cumplan con formalismos, más bien los jueces constitucionales otorgaría una atención eficaz y oportuna sin dilaciones de ninguna naturaleza, así lo determina el Art. 86 numero 2 letra a de la C.R.E.

Fuente: elaboración propia

Cuadro 3. Entrevista - Dra. Elva Josefina Rohoden

PREGUNTAS	RESPUESTAS
¿Cree que, el Art.42?4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional le da un contexto de residualidad en la acción de protección?	El artículo 42.4 de la LOGJCC evidentemente tiende a dar el sentido residual del proceso constitucional en las acciones jurisdiccionales, entienden a la residualidad como la exigencia para una persona, a cuál, se aplica antes de acceder a la justicia constitucional, para lo cual resulta necesario agotar previamente todas las instancias de la justicia ordinaria, lo cual, no fue el deseo del legislador al tipificar el texto del artículo 40 numeral 3 de la LOGJCC.
¿Cree que darle un contexto de residualidad a la acción de protección afecta al amparo directo y eficaz establecido en la Constitución?	Evidentemente si, entienden que la acción de protección es una acción jurisdiccional cuyo objeto, se enfoca en la celeridad y la eficacia de la tutela de derechos constitucionales que han sido violentados por parte de autoridades no judiciales, al tener dichos requisitos impropios al objeto de la acción como lo es el agotamiento de vías ordinarias, la acción de protección queda claramente alejada de su fin sustancial. Los administrados pierden la confianza que el legislador intento darle al sistema de justicia con la concurrencia de la justicia constitucional
¿Cuál es la diferencia entre residualidad y subsidiaridad?	La residualidad establece exigencias mínimas, donde se tiene que necesariamente agotar previamente a la acción de protección, todas las instancias de la justicia ordinaria. para que las personas accederían a la justicia constitucional. La subsidiaridad nace ante la inadecuación o ineficiencia de la justicia ordinaria sin obviar en su defecto la mala aplicación de los abogados defensores de diferentes causas, es por ello que el legislador ha considerado a la vía constitucional como el mecanismo último para resolver un conflicto que, sin perjuicio de solucionarse en la vía ordinaria, no lo ha hecho, es decir, este principio concurre en la acción de protección puesto, que se verifica que de someter el asunto en pugna en instancias NO constitucionales, se causaría un daño grave e irreparable, porque esta es inadecuada o ineficaz, y con eso, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.
¿Cree que, al pedir, que se agote el plano jurisdiccional y, que se justifique que no haya otra vía eficaz, desdibujaría la aplicación de la acción de protección?	Es claro que sí, la aplicación directa y eficaz de los derechos constitucionales de manera general, en las vías ordinarias, no dependerían de las formalidades y burocracias de las instancias administrativas de cualquier entidad pública o privada, puesto que la administración no tiene como meta el cumplimiento de las expectativas de sus administrados o la atención digna de los mismos y lastimosamente esto hace que la vulneración de derechos, se agudice, una justicia retardada no es justicia, cesaría de informa inmediata la violación a cualquier derecho humano, sin dilaciones.
¿Cree que la acción de protección es un proceso de conocimiento por darse únicamente cuando el juez determina la violación de derechos?	Considero que no porque la acción de protección tutela derechos, que se encuentran reconocidos
¿Cree que la acción de protección es la garantía por medio del cual el juez brindaría una efectiva e inmediata protección de derechos?	La naturaleza de la acción de protección es la custodia integral de los derechos y cesar con la violación de los derechos humanos, por ende, la garantía directa de derechos, se ve como el objeto principal de la Acción de Protección.

<p>¿Cree que el modelo procedimental de la acción de protección, se encontraría desprovisto de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado?</p>	<p>No, puesto que la misma normativa forma carece de requisitos formales, un ejemplo claro es a interposición de la acción constitucional de forma verbal. Así mismo, se cita a la jurisprudencia de la corte constitucional, misma que refiere de la carencia de requisitos formales, incluso elimina como requisito previo a la residualidad de la acción, puesto que la garantía de derechos constitucionales muchas veces, se ve vulnerada por esta figura jurídica antes mencionada</p>
---	--

Fuente: elaboración propia

Cuadro 4. Entrevista - Dr. Juan Alfredo Jaramillo Ponce

PREGUNTAS	RESPUESTAS
<p>¿Cree que el Art.42?4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional le da un contexto de residualidad en la acción de protección?</p>	<p>Por supuesto que, si toda vez que la residualidad no es otra cosa que la exigencia, que se determina a una persona para que antes de acceder a la justicia constitucional, previo a ello necesariamente, se agotaría las instancias previstas en la justicia ordinaria, lo contrario constituye un abuso del derecho</p>
<p>¿Cree que darle un contexto de residualidad a la acción de protección afecta al amparo directo y eficaz establecido en la Constitución?</p>	<p>Si afectaría porque existiría abuso de derecho al presentar acciones constitucionales sin agotar la vía ordinaria</p>
<p>¿Cuál es la diferencia entre residualidad y subsidiaridad?</p>	<p>La residualidad es el acto previo necesario para no equivocarse el ejercicio de una acción constitucional con la pretensión jurídica que sería tramitada mediante la vía ordinaria, la subsidiaria no es otra cosa que tomar en cuenta los principios procesales determinados en la justicia ordinaria y su posible aplicación en el orden de la jurisdicción constitucional, en este caso la subsidiaria tiende más bien aplicar los principios generales en casos ordinarios tanto más que para la aplicación de garantías jurisdiccionales los principios procesales están determinados en el artículo 4 de la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional.</p>
<p>¿Cree que, al pedir, que se agote el plano jurisdiccional y, que se justifique que no haya otra vía eficaz, desdibujaría la aplicación de la acción de protección?</p>	<p>De ninguna manera desdibuja el alcance de la garantía jurisdiccional denominada acción de protección, porque está en su esencia tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la constitución, y se presentaría cuando exista una objetiva vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticos públicos cuando supongan privación de derechos constitucionales y cuando la violación proceda de una persona particular siempre que esta acción provoque grave daño así como la prestación de servicios públicos impropios Sea que actor por delegación concesión o si el individuo, se encuentra tal como dispone el art. 88 de la CRE en mi criterio, no se desdibuja la acción de protección porque la justicia constitucional tendría acertado criterio para no rechazar aquellas acciones de protección</p>

	que efectivamente consagren violación de derechos constitucionales de las personas y que sean de inmediata solución debido a la afectación que causaría a los derechos humanos de las personas.
¿Cree que la acción de protección es un proceso de conocimiento por darse únicamente cuando el juez determina la violación de derechos?	Considero que la acción de protección si es un proceso de conocimiento absolutamente amplio, que se manifiesta en la decisión del juez constitucional, porque la decisión jurisdiccional entiende directamente la demanda sobre violación de derechos es así como la acción de protección constituye un proceso de conocimiento con carácter informal desde su activación permiten que el juez verificaría la vulneración de derechos constitucionales y de ser estos objetivos declarararía dicha vulneración de derechos constitucionales y de ser estos objetivos declarararía dicha vulneración de derechos y disponer la reparación porque el proceso de conocimiento es plenamente preparatorio en concordancia con lo que disponen los artículos 86.9 de la CRE y el artículo 18 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y de control constitucional
¿Cree que la acción de protección es la garantía por medio del cual el juez brindaría una efectiva e inmediata protección de derechos?	Según nuestro ordenamiento jurídico considero que la acción de protección es un eficaz medio de carácter constitucional que procura el amparo directo y eficaz de los derechos consagrados en la norma suprema así como aquellos establecidos en los instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos que no estén de forma expresa en otras garantías jurisdiccionales tales como las acciones constitucionales tales como habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra la justicia indígena según lo estipulado en el art.88 de la CRE en concordancia con el art. 39, 40,41, 42 de la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional
¿Cree que el modelo procedimental de la acción de protección, se encontraría desprovistos de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado?	Considero que los requisitos procedimentales para la acción de protección establecidos en el art. 10 de la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional son necesarias para formar un expediente de acción de protección y que contienen lo básico para proceder con un reclamo de reconocimiento de derechos humanos y garantías constitucionales por lo que de ninguna manera, se olvidaría los nombres y apellidos de la o las personas accionantes también conocidos como legitimidad activa porque nunca, se presentaría una demanda anónima siempre constaría el nombre de la persona afectada así mismo, se determinaría la identidad de la persona, entidad u órgano accionado o también conocido como legitimado pasivo, en este oren es necesario indicar el fundamento o una descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo daño, a esto, se le conoce como la relación circunstancial de los hechos en este caso existen facilidad para no rechazar una acción constitucional toda vez que el accionante no tiene la obligación de citar la norma o la jurisprudencia que sirva de fundamento para su acción lo contrario ocurre en la justicia ordinaria cuando el actor no presento la norma jurídica que consagra su acción denominada fundamentos de derecho, lo cual es objeto de inadmisión de la demanda, en este orden es importante es accionante determine el lugar donde, se citaría a la persona, así como el señalamiento de domicilio judicial del legitimado activo también es importante

	<p>que exista la declaración del accionante sobre el hecho de no haber presentado otra garantía jurisdiccional en contra del mismo accionante también la ley prevé la posibilidad de que el juez constitucional ordene medidas cautelares de ser necesario por una inminente amenaza de perpetración del daño o de la afectación a los derechos humanos también es importante anotar que en las acciones jurisdiccionales, se invierte la carga de prueba es decir que el demandado probaría que no es cierto la vulneración de derechos, que se le acusan de cometer por ello para calificar una acción de protección, se calificaría el cumplimiento de cada uno de estos y en caso de no hacerlo, se ordenaría el cumplimiento tanto más que el juez tiene la facultad de subsanar los requisitos que estén a su alcance para instalar la audiencia respectiva, al respecto el art.86 numeral 2 literal c de la CRE dispone cierta inconformidad para las acciones tal como presentar la acción sin tener patrocinio de un abogado</p>
--	---

Fuente: Elaboración propia

Cuadro 5. Entrevista - Dr. Edison Valle

PREGUNTAS	RESPUESTAS
¿Cree que el Art.42?4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional le da un contexto de residualidad en la acción de protección?	Considero que sí, porque la norma legal establece que cuando el acto administrativo impugnado queda en primer lugar y de manera resuelta en la vía ordinaria
¿Cree que darle un contexto de residualidad a la acción de protección afecta al amparo directo y eficaz establecido en la Constitución?	No, porque se otorga la oportunidad de, que se agote la instancia o vía ordinaria, sin que solo implique afectar derecho constitucional alguno pues, si se considera que aún existe la vulneración de derechos, se pediría la acción constitucional
¿Cuál es la diferencia entre residualidad y subsidiaridad?	La diferencia está establecida en que la residualidad procede cuando es necesaria agotar la vía ordinaria siempre y cuando sea eficaz y adecuada, en cambio la subsidiaridad en la acción de protección es una forma de proteger un derecho cuando la acción ordinaria sea ineficaz e inadecuada
¿Cree que, al pedir, que se agote el plano jurisdiccional y, que se justifique que no haya otra vía eficaz, desdibujaría la aplicación de la acción de protección?	Si, porque se estaría contradicen con el art. 42 numeral 4 de la LOGJCC que establece la condición por la cual, se activaría el órgano jurisdiccional, esto con relación a lo señalado en el art.40 numeral 3 de la LOGJCC
¿Cree que la acción de protección es un proceso de conocimiento por darse únicamente cuando el juez determina la violación de derechos?	No es de conocimiento puesto que confirme lo señala el art.6 de la LOGJCC, tiene como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos constitucionales, la declaración de la violación de uno o más derechos y la reparación integral
¿Cree que la acción de protección es la garantía por medio del cual el juez brindaría una efectiva e inmediata protección de derechos?	Como queda indicado, tanto la CRE como la LOGJCC establece como finalidad en que el juez en protección de los derechos vulnerados o que pudiesen estar en riesgo sean protegidos por el amparo directo y efectivo del órgano jurisdiccional
¿Cree que el modelo procedimental de la acción de protección, se encontraría desprovistos de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado?	No, mi criterio es que la LOGJCC es clara al establecer las condiciones necesarias para que previo al activar el órgano jurisdiccional en una acción de protección, esta deba previamente y siempre y cuando no sea ineficaz o inoportuna, hacerlo es la vía ordinaria pues la protección de un derecho constitucional la establece el juez luego de analizar el procedimiento de la acción

Fuente: Elaboración propia

Cuadro 6. Entrevista – Dr. Vinicio Santamaría

PREGUNTAS	RESPUESTAS
¿Cree que el Art.42?4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional le da un contexto de residualidad en la acción de protección?	Si, porque se expresa claramente, si se lo interpreta en sentido literal.
¿Cree que darle un contexto de residualidad a la acción de protección afecta al amparo directo y eficaz establecido en la Constitución?	Si, porque así, se ha pronunciado la constitución al manifestar que, en una AP, se analizaría por parte del juez o jueza, no existe vulneración a los derechos consagrados en la Constitución o instrumento internacional y solo ahí manifestar que sería impugnado en vía Judicial.
¿Cuál es la diferencia entre residualidad y subsidiaridad?	El código civil define la residualidad como la exigencia establecida por una persona, para que antes de acceder a la justicia constitucional, sea necesario agotar todas las instancias de la justicia Ordinaria Y la subsidiaridad surgen de la inadecuación de la justicia ordinaria lo cual no fue del espíritu del legislador al emitir el texto en el art. 40 numeral 3 LOGJCC Por lo que no es necesario agotar dichas fases para reclamar el efectivo goce de un derecho
¿Cree que, al pedir, que se agote el plano jurisdiccional y, que se justifique que no haya otra vía eficaz, desdibujaría la aplicación de la acción de protección?	Si porque la AP, se presenta cuando hay vulneración de derechos consagrados en la CRE al margen de que exista o no la vía jurisdiccional. Aquí, se trata de tutelares derechos de manera inmediata.
¿Cree que la acción de protección es un proceso de conocimiento por darse únicamente cuando el juez determina la violación de derechos?	Si porque los derechos ya están reconocidos en la constitución, su vulneración aún no ha sido declarada. Recién, cuando se la declara, se Ejecutarla
¿Cree que la acción de protección es la garantía por medio del cual el juez brindaría una efectiva e inmediata protección de derechos?	Si es una de las figuras para la protección de derechos, existen, además, las medidas cautelares para ejecutar de manera inmediata o urgente y cuando, en cada caso particular así lo amerite
¿Cree que el modelo procedimental de la acción de protección, se encontraría desprovistos de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado?	Si, considero que está dispuesto en la constitución porque es un trámite eficaz, ágil y dinámico.

Fuente: Elaboración propia

3.2. Análisis General

El Art. 42.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sin embargo, hay posiciones que llaman la atención como la de la Dra. Elva Rohoden, quien plantea que a pesar de darle el carácter de residualidad a la acción de protección en su aplicación, este no era el deseo del legislador a la hora de objetivar dicho artículo, otro de los argumentos que llama la atención es la del Juez Jaramillo, quien precisa, que se le da este contexto de residualidad porque de lo contrario, se configuraría un abuso de derecho con, lo cual, el autor del presente documento discrepa con lo establecido, porque efectivamente darle una naturaleza residual a la acción, incumpliría con la garantía de protección directa de derechos..

El darle un contexto de residualidad a la acción de protección afectaría al amparo directo y eficaz de la Constitución, los argumentos más interesantes es el que expresa el Dr. Proaño, establecen que darle esa esencia de residualidad a la AP, inclusive, se le transforma en un proceso de conocimiento, otro argumento interesante es el que lleva a cabo el Dr. Jaramillo, quien plantea que si bien afecta al amparo directo de los derechos, se configuraría en un abuso del derecho no agotar la vía ordinaria, lo cual, se discrepa puesto que es un comentario contradictorio pues por un lado propone, que se afecta la aplicación directa de derechos y por otro establece que si, no se da esa afectación, se da un abuso de derecho, en este sentido, es importante complementar lo que expone el Dr. Santamaría, puesto que es el juez, quien se pronunciaría si existe o no la vulneración de un derecho o es un problema de mera legalidad, entonces, no se enmarcaría la AP en este contexto de residualidad..

La residualidad es agotar la jurisdicción ordinaria para llegar al plano constitucional así, también, los entrevistados han quedado de acuerdo en que la subsidiaridad, es que cuando la vía ordinaria, se haya tornado ineficaz la acción constitucional, se tornaría efectiva para su conocimiento, pero es importante señalar la posición del Dr. Santamaría, pues se alinea a la posición que tiene el autor del presente documento, reproducen a tenor literal lo que establece el entrevistado: “.Y la subsidiaridad surgen de la inadecuación de la justicia

ordinaria, lo cual, no fue del espíritu del legislador al emitir el texto en el art. 40 numeral 3 LOGJCC Por lo que no es necesario agotar dichas fases para reclamar el efectivo goce de un derecho”

Existe criterios divididos en cuanto a que, si se pide, que se agote el plano jurisdiccional, y se justifique que no haya otra vía eficaz, desdibujaría la aplicación de la acción de protección, no obstante, la mayoría concuerda que, si se desdibujaría, son el argumento de la Dra. Rohoden la que más, se alinea con la posición del autor del presente documento, quien la cita de forma literal en lo siguiente: “ la aplicación directa y eficaz de los derechos constitucionales de manera general, en las vías ordinarias, no dependerían de las formalidades y burocracias de las instancias administrativas de cualquier entidad pública o privada, puesto que la administración no tiene como meta el cumplimiento de las expectativas de sus administrados o la atención digna de los mismos y lastimosamente esto hace que la vulneración de derechos, se agudice, una justicia retardada no es justicia, cesaría de informa inmediata la violación a cualquier derecho humano, sin dilaciones”.

Existe divergencia en la posición de los encuestados, en cuanto si la acción es un proceso de conocimiento o no a, lo cual, la mayoría ha reconocido que no es un proceso de conocimiento a, lo cual, el autor de la presente investigación, se alinea parcialmente, puesto que teóricamente la Acción de Protección, no se reconocería como proceso de conocimiento, al ser, que se busca la protección inmediata de derechos, sin embargo, en la práctica efectivamente, se lo aplica como proceso de conocimiento, se comparte el criterio del Dr. Jaramillo reconocen que teóricamente la AP no es un proceso de conocimiento, establece la parte interesante del argumento de la siguiente manera: “la acción de protección constituye un proceso de conocimiento con carácter informal desde su activación permite que el juez verificaría la vulneración de derechos constitucionales y de ser estos objetivos, se declararían dicha vulneración de derechos constitucionales y disponer la reparación porque el proceso de conocimiento es plenamente preparatorio en concordancia con lo que disponen los artículos 86.9 de la CRE y el artículo 18 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y de control constitucional”

De acuerdo con el punto de vista de los encuestados, todos están de acuerdo en que la acción de protección es la garantía por medio, del cual, el juez brindaría una efectiva e inmediata protección de derechos, lo cual, también, comparte el autor de la presente investigación.

Existen diversas posiciones en cuanto a que el modelo procedimental de la acción de protección estaría desprovisto de requisitos formales, a lo que la mayoría ha establecido que no, sin embargo, el autor, se alinea con que, si se desprendería de los formalismos, puesto que así lo establece la Constitución en cuanto a la aplicación y garantía ágil y eficaz de los derechos, inclusive y de acuerdo a lo que expone la Dra. Rohoden quien respondió que no, inclusive la Corte Constitucional en fallos recientes, se alinea con el desprendimiento de formalidades, que en palabras del entrevistado, se manifestó lo siguiente: “Así mismo, se cita a la jurisprudencia de la corte constitucional, misma que refiere de la carencia de requisitos formales, incluso elimina como requisito previo a la residualidad de la acción, puesto que la garantía de derechos constitucionales muchas veces, se ve vulnerada por esta figura jurídica antes mencionada”

3.3. Criterios jurídicos del análisis general

La acción de protección como garantía constitucional establecida en el Art. 88 de la norma suprema objetivada como procedimiento para la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, esto cuando los mismo, se hayan vulnerado o amenazados por una acción u omisión por autoridad pública.

Al referirse que la acción de protección es una garantía, que se activa con la acción u omisión de una autoridad pública no judicial que vulnera un derecho fundamental, se reconoce como un proceso constitucional de fondo, puesto que, al llevarse a cabo el control de constitucionalidad por parte del juez, cuando se da la violación a un derecho fundamental, se declararía la misma.

Con relación a los derechos fundamentales, se reconoce que estos no serían declarados, sino, que se reconocen, esto como expresión de dignidad, libertad e igualdad humana, en el ámbito constitucional, es importante, que se dilucide la determinación del ámbito material e inmaterial que un derecho pretenda proteger o a su vez determinar la finalidad que el reconocimiento constitucional persigue, en este sentido el Art. 88 de la norma suprema reconoce que la acción de protección, se propone cuando efectivamente a existido una vulneración de derechos constitucional, sea por actos u omisiones de una autoridad pública no judicial. En este sentido, se determina un requisito de procedibilidad, que se establezca:

1. La existencia de un acto u omisión de autoridad pública;
2. Que, con dicho acto u omisión, se vulnere un derecho constitucional

Respecto a lo establecido, es importante, que se cumpla con estos dos puntos como requisito de procedibilidad. Respecto al agotamiento de la vía administrativa y de la justicia ordinaria, es un aspecto que rechazaría, puesto que agotar la vía predispuesta cuando ha existido la vulneración de un derecho fundamental implica, que se considere a las garantías constitucionales como de carácter residual, lo cual, estaría contraponer a la esencia de la acción de protección, lo cual, se desarrolla en los arts. 86, 87 y 88 de la Constitución, en la norma constitucional, no se establece como requisito de procedibilidad, que se agote la vía judicial de control de legalidad respecto de los actos administrativos o de la reclamación administrativa, para que luego, se acuda a la garantía jurisdiccional de acción de protección.

Al respecto la Corte Constitucional para el periodo de Transición, por medio de la Sentencia N ° 157 – 12 – SEP – CC dentro del Caso N ° 0556 – 10 – EP, ha referido que la acción de protección no tiene un carácter residual o subsidiario, como se deduciría de lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En este sentido, la acción de protección, se reconoce como el recurso efectivo, que se ha reconocido por medio de los tratados y convenios internacionales con el fin de, que se proteja y garantice de manera eficaz los derechos

fundamentales, para, que se cumpla con este fin, en el sentido de, que se harían efectivos los derechos fundamentales en forma oportuna y cierta de acuerdo a lo establecido en el Art. 88 de la norma constitucional, no corresponde, que se acuda en un primer plano a la jurisdicción contencioso administrativa como un medio judicial idóneo con efectividad suficiente para, que se desplace a la garantía jurisdiccional.

Para desarrollar más afondo de lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece requisitos de procedibilidad complementarios a la garantía constitucional específicamente en su Art. 40, en este sentido, es importante inferir ciertas puntualizaciones en este contexto, es así que, cuando la Constitución, se refiere a un acto u omisión de autoridad pública, es previsible, que se hace referencia al campo de actos administrativos de autoridad pública, puesto que son una manifestación unilateral de la administración que ejerce la facultad administrativa producen efectos jurídicos individuales de forma directa por, lo cual, dicha manifestación unilateral de la administración, se orientaría a crear, modificar o extinguir una realidad jurídica particular en el orden de los administrados que tengan preeminencia en el campo de los derechos fundamentales para, que se seguiría con la acción de protección. Es deber constitucional de la ciudadanía ecuatoriana y más aún de las autoridades, el cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley, quienes a su vez tiene el deber, también, de que se coordine acciones para, que se cumpla con sus fines y, que se haga efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

De forma concreta es importante tomar en cuenta la residualidad y subsidiaridad desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derechos y Justicia para, lo cual, es pertinente tomar en cuenta los estándares establecidos en la sentencia N° 157 – 12 – SEP – CC en el Caso N° 0556 – 10 – EP, el mismo que considera que el carácter cautelar de residualidad y subsidiariedad en la acción de protección lleva a que esta, se vuelva viable en forma directa, únicamente cuando no exista un proceso judicial mejor y más beneficioso para la persona que propone la demanda, porque se entendería que esta acción solamente

procedería cuando la persona que ha sido víctima de vulneración de sus derechos constitucionales no dispone de otro medio de defensa judicial.

No obstante, como ya, se ha reiterado el Art. 88 de la Constitución no dota a la acción de protección de un carácter de residualidad o subsidiaridad, como si lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como ya, se advertía con anterioridad, en función de esta realidad primaria la voluntad del constituyente por encima de cualquier contradicción en una norma infraconstitucional o por cualquier ambigüedad en un texto normativo así, también, y como criterio fundamental, se tomaría en cuenta el principio de supremacía constitucional establecido en el Art. 424 de la Constitución, que, además, plantea que todas las normas y actos de poder estarían conforme la Constitución para que no carezcan de eficacia jurídica.

Así, también, es pertinente recordar lo que establece el Art. 1 de la Constitución, el cual, reconoce la Estado como constitucional de derechos y justicia, en este sentido, es constitucional porque la Constitución es de directa aplicación por cualquier ciudadano ecuatoriano, autoridad o juez, son la razón por la que se le conoce como una norma vinculante de irrestricto cumplimiento, para cumplir con este fin la misma establece una autoridad con competencia para que sancionaría su incumplimiento, dicha autoridad, se la reconoce como Corte Constitucional, de esta manera el origen de la Constitución, se materializa por la voluntad de la Asamblea Constituyente originaria que la ha creado y le ha emanado autoridad en representación del soberano, todo este paradigma, se encuadra en la dinámica del derecho constitucional.

CONCLUSIONES

- La fundamentación teórica y doctrinal respecto de la no residualidad de la acción de protección, se concluye que, la subsidiariedad es el requisito que cumpliría quien comparece como accionante, de que no existe otra vía eficaz para la efectiva protección de sus derechos, que se pretenden tutelar por medio de la garantía constitucional. Por otro lado, la residualidad, es el requisito de que el accionante agote todas las instancias judiciales o administrativas.
- El desarrollo del análisis inductivo – deductivo con relación a la acción de protección y su carácter no residual, se concluye que, la residualidad es agotar la jurisdicción ordinaria para llegar al plano constitucional así, también, los entrevistados han quedado de acuerdo en que la subsidiariedad, es que cuando la vía ordinaria, se haya tornado ineficaz la acción constitucional, se tornaría efectiva para su conocimiento, pero es importante señalar la posición del Dr. Santamaría, pues se alinea a la posición que tiene el autor del presente documento, reproduce a tenor literal lo que establece el entrevistado: “.Y la subsidiariedad surgen de la inadecuación de la justicia ordinaria, lo cual, no fue del espíritu del legislador al emitir el texto en el art. 40 numeral 3 LOGJCC Por lo que no es necesario agotar dichas fases para reclamar el efectivo goce de un derecho”
- La elaboración del análisis crítico con relación a la no residualidad de la acción de protección, se concluye que, no obstante, como ya, se ha reiterado el Art. 88 de la Constitución no dota a la acción de protección de un carácter de residualidad o subsidiariedad, como si lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como ya, se advertía con anterioridad, en función de esta realidad primaria la voluntad del constituyente por encima de cualquier contradicción en una norma infra constitucional o por cualquier ambigüedad en un texto normativo así, también, y como criterio fundamental, se tomaría en cuenta el principio de supremacía constitucional establecido en el Art. 424 de la Constitución, que,

además, plantea que todas las normas y actos de poder estarían conforme la Constitución para que no carezcan de eficacia jurídica.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda tomar en cuenta la diferenciación entre la subsidiariedad y la residualidad en función de la aplicación de la acción de protección, esto como argumento diferenciador puesto que las conclusiones han sido claras que esta garantía jurisdiccional no tiene ninguno de estos dos caracteres.
- Si bien es cierto que la acción de protección no es de carácter subsidiario ni residual, es importante para proponer la garantía, que se tome en cuenta, si se trata efectivamente de cuestiones de legalidad, puesto que es conciencia, también, de quienes acuden a instancias constitucionales no tomar a la acción de protección como de carácter residual.
- Se recomienda en función de la seguridad jurídica, se proponga una propuesta reformativa en cuanto a la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional en su Art. 40 numeral 3, en función del Art. 424 de la Constitución y el Art. 88 ibidem, puesto que las normas infra constitucionales estarían conforme a la Constitución para que no carezcan de eficacia jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta de los Santos, H. (2010). *El control de constitucionalidad*. República Dominicana: APEC.
- Aguiar De Luque, L. (2014). *Justicia Constitucional en la actualidad*. Quito: Corporación editora nacional.
- Alarcón Granobles, H. (2014). *Garantías constitucionales y la prueba ilícita*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Alava Oralaza, M. (2015). *Relatividad del Derecho Constitucional*. Quito: Voluntad.
- Albendea Pabón, J. (2017). *Teoría Constitucional*. Bogotá: Gustavo Ibañez.
- Álvarez Conde, E. (2016). *Curso de Derecho Constituiconal*. Madrid: Tecnos.
- Andrade Sánchez, J. E. (2018). *Derecho Constitucional*. Mexico: Oxford.
- Andrade Ubidia, S. (2015). *Temas de derecho constitucional*. Quito: Ediciones legales.
- Arizaga Vega, R. (2016). *Los constituyentes*. Quito: Fraga.
- Asbún, J. (2007). *Derecho Constitucional General*. Cochabamba: Kipus.
- Atienza, M. (2011). *Argumentación Constitucional*. México: Porrúa.
- Barreto Rodríguez, J. V. (15 de Enero de 2016). *Derecho Constitucional*. Obtenido de Programa Administración Pública Territorial: [http:// www.esap.edu.co/ portal/ wp- content/ uploads/ 2017/ 10/ 3- Derecho-Constitucional.pdf](http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/3-Derecho-Constitucional.pdf)

- Bicarreti di Rufia, P. (2014). *Introducción al Derecho Constitucional*. Mexico: Fondo de cultura económica.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2017). *Los derechos fundamentales eficaces*. Madrid: Centro de estudios Políticos.
- Mezger. (1989). *Tratado del Derecho Penal*. Madrid: ESIC.
- Molero, N. (2020). Justicia constitucional y democracia: casos Colombia, Ecuador y Venezuela. *Revista Digital de Investigación y Postgrado*, 95.
- Nevárez, J. C. (2021). Análisis del precedente jurisprudencial en el control contitucional concentrado del sistema jurídico ecuatoriano. *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 14.
- Oyarte, R. (2017). *Debido Proceso*. Quito: CEP.
- Oyarte, R., Quintana, I., & Garnica, S. (2019). *Práctica procesal constitucional*. Quito: CEP.
- Quintana, I. (2019). *La Acción de Protección*. Quito: CEP.
- Quiroz, C. E. (2020). Control de constitucionalidad. *Academia Sur*, 58-63.
- Ruiz, J. H. (2020). La institución del precedente: Una mirada constitucional desde el Derecho Comparado Occidental y las Técnicas de su apartamiento en el Perú. *Derecho*, 45-91.
- Vargas, A. (2018). El contro constitucional de actos administrativos. Análisis de la jurisprudencia de la corte constitucional ecuatoriana. *Dilema contemporáneo: Educación, Política y Valores*, 17.
- Wezel. (1987). *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Iuridice.

Zambrano Pasquel, A. (2006). *Derecho Penal, PARTE GENERAL*. Lima:
E.I.R.L

ANEXOS

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1. Profesionales entrevistados para el Proyecto de investigación	23
Cuadro 2. Entrevistas - Dr. Wilson Proaño.....	25
Cuadro 3. Entrevista - Dra. Elva Josefina Rohoden	26
Cuadro 4. Entrevista - Dr. Juan Alfredo Jaramillo Ponce	27
Cuadro 5. Entrevista - Dr. Edison Valle.....	30
Cuadro 6. Entrevista – Dr. Vinicio Santamaría	31