

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA ESCUELA DE DERECHO**

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADA

**LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS
JUECES CONSTITUCIONALES**

Lcda. Gilda Guamán Salazar

Director Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade

Quito, septiembre 2011

Dedicatoria

A mi hija María Isabel y a Patricio

Agradecimientos

Para los doctores Juan Pablo Aguilar, Julio Pazos, Laura Carrillo, Alfredo Altamirano, Carlos Aulestia, y Alfredo Luna.

ÍNDICE GENERAL

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
BREVE MEMORIA DE LA DOCTRINA DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES	
1.1. Doctrina	4
1.2. Conceptos del nuevo paradigma constitucional	5
1.2.1. Razón y paz	7
1.2.2. Democracia	9
1.2.3. Estado Constitucional de derechos	15
1.2.4. Normas, principios y valores	19
1.2.5. El derecho de principios y los valores	26
1.2.6. Derechos fundamentales	27
1.2.7. Garantismo	31
1.2.8. Principios de aplicación de los derechos	36
1.3. El rol del juez en la administración de justicia constitucional	38
1.3.1. Determinación de la vulneración de los derechos constitucionales	43
1.3.2. Reparación de los derechos vulnerados	46
CAPÍTULO II	
LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	
2.1. Amparo constitucional en la Constitución de 1998	51
2.1.1. Principios constitucionales que regulaban la acción	57
2.1.2. La Acción de Protección en la Constitución de 2008	58
2.1.3. Nuevo paradigma constitucional	68
2.1.4. Análisis comparativo	73
2.2. Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición	77
2.2.1. La Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional	81
CAPÍTULO III	
ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES SOBRE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y EL ESTADO	
3.1. Liberación de tributos para la importación de vehículos para personas con capacidad diferente 87	
3.2. Acción de Protección para el derecho fundamental a la educación y al trabajo	90
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	99

ABSTRAC

La finalidad de esta investigación es establecer bajo las Teorías de Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli (Escuela de Turín Italia), si el modelo de Estado Garantista que se instituye en el Ecuador, con la Constitución del año 2008, logra su objetivo que es la plena vigencia de los derechos humanos. Se toman los conceptos de razón y paz, democracia, Estado constitucional de derechos, el Derecho de principios y valores, los Derechos Fundamentales, Garantismo, los principios de aplicación de los derechos y el rol del juez en la protección de los derechos constitucionales. Se parte de la idea, de considerar como eje central de una democracia las garantías de los derechos humanos, unas de ellas de especial importancia es la Acción de Protección, cuyo objetivo es otorgar una protección eficaz, directa e inmediata de los derechos constitucionales, y la reparación del daño causado por su vulneración. Se desarrolla la comparación de la ley anterior y Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional vigente, para establecer que los modelos y estructuras, si han variado o no, si bajo el concepto Teórico se da o no un avance en el efectivo resguardo de los derechos.

Del análisis de la Teoría, se considera que como aporte valioso, la unión de filosofía política y el Derecho, genera relevancia al pensamiento ecuatoriano como expresión social, elemento que no se ha incluido en la Constitución. Especialmente en las garantías relacionadas al manejo de los recursos estratégicos del país, los cuales quedan sujetos a la voluntad de un ejecutivo que hoy por hoy se impone sobre el resto de poderes. Este desequilibrio que se observa en uno de los derechos fundamentales, al cual toda persona tenemos acceso, principalmente el agua. El mismo que debe reflejarse dentro de los derechos y garantías el pensamiento ecuatoriano y las necesidades reales de las culturas ecuatorianas. Se propone el diseño de métodos jurídicos que reflejen el pensamiento filosófico ecuatoriano, para el desarrollo de los sistemas normativos que respondan a las aspiraciones de la sociedad ecuatoriana.

Se propone que el desarrollo de la filosofía ecuatoriana, se refleje en la formación de leyes. Así como, se considera necesaria una urgente reforma a la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, para establecer procedimientos inmediatos a fin de lograr la reparación económica, como medio de presión para que el funcionario público cumpla su labor y la víctima sostenga la Acción en corto plazo, para compensar su condición de vulnerado, frente a una persona que goza de mejores circunstancias y poderes de mayor o menor grado.

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1998 reconoció que el Ecuador es un Estado social de Derecho; mediante referéndum del 28 de septiembre de 2008, el Estado ecuatoriano aplica la propuesta del modelo de Estado Constitucional de derechos organizado en forma de República. Esta evolución constituye una respuesta política, filosófica y jurídica a las necesidades de la sociedad ecuatoriana. La Teoría propuesta implica el manejo de conceptos, como democracia, garantismo, razón, paz, derechos fundamentales y protección eficaz de los derechos humanos. Se profundiza el estudio en la función de la Acción de Protección como instrumento de garantía del sistema de justicia constitucional, en el periodo comprendido entre octubre de 2008 y el año 2010.

Se parte de la teoría de Norberto Bobbio¹, quien, en 1958, propuso vincular la Filosofía Política con el Derecho - disciplinas que hasta ese año permanecieron incomunicadas-. Sostuvo que los filósofos deberían conocer necesariamente el Derecho antes de formular cualquier concepto sobre democracia. Dirigió a los juristas el planteamiento de que, la sola elaboración de la técnica jurídica tiene que ver con la Política. Estas disciplinas se relacionan en las formas, condiciones y garantías de

¹ Norberto Bobbio nació en Turín en 1909. Filósofo, jurista y politólogo italiano. Fundador de la Escuela de Turín. Es uno de los más eminentes pensadores de los últimos tiempos. Analizó las ventajas y desventajas del liberalismo y del socialismo; buscó demostrar que las dos tendencias justifican sus actividades en el orden constitucional. Rechazó los métodos antidemocráticos y la corrupción. Defendió la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, y concibió el ordenamiento jurídico desde el punto de vista estructural inspirado en el positivismo jurídico. En materia política, defendió tres ideales autoimplicativos (democracia, derechos del hombre y paz), como tres momentos del mismo movimiento histórico: el hombre sin derechos reconocidos y protegidos no hay democracia.

libertades de la democracia. Sobre esta base, en el año 1989, Ferrajoli² planteó, el garantismo constitucional normativo de los derechos, que hoy nuestra Constitución contiene "como una amplia lista de derechos constitucionales".

Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli propusieron que un Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la protección de los derechos fundamentales, cuya materialización recae sobre los jueces, así como su ejercicio, protección y reparación. Este planteamiento debe ser comprendido en el contexto histórico de su época, por cuanto las sentencias no tutelaban de manera efectiva la materialización de los derechos fundamentales. El Constitucionalismo contemporáneo, también conocido como "neoconstitucionalismo", tiene características propias. Dos de ellas e importantes para este estudio son: a) Un Derecho estructurado por más de principios que reglas; y b) Enfatiza el poder del juez para la determinación del derecho frente a una obligación de hacer por parte del Estado.

En este marco, se conceptualiza los conceptos del neoconstitucionalismo, tales como son: razón, paz, Estado Constitucional de Derecho (ECD), democracia, normas, principios, reglas, valores, Derecho de principios, derechos fundamentales, garantismo, principios de aplicación de los derechos, garantías constitucionales, instrumentos de garantías, juez constitucional y justicia constitucional. Que según la propuesta teórica de Norberto Bobbio, son los conceptos que necesariamente deben intervenir en la construcción de una sociedad no violenta. Y, desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli, quien plantea un Estado garantista, se revisarán los conceptos de vulneración, materialización y reparación de los derechos constitucionales.

La creación del Estado Constitucional de Derechos, requiere tres elementos: a) La supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales; b) el principio de

² Luigi Ferrajoli nació en Florencia en el año 1940. Desde 1970 fue profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho en la Universidad de Camerino. Uno de sus primeros libros fue Democracia autoritaria y capitalismo maduro, escrito conjuntamente con Danilo Zolo. Sus obras más reconocidas son Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, editados en español en 1995. Es considerado uno de los mejores manuales contemporáneos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Otras obras son: Derechos y garantías, la ley del más débil; Los fundamentos de los derechos fundamentales; Razones jurídicas del pacifismo y Garantismo, una discusión sobre derechos y democracia. Escribió numerosos ensayos sobre Teoría del derecho, lógica jurídica, metodología de la ciencia jurídica y crítica del derecho. Ferrajoli ha dicho que "el miedo es un fuerte factor de legitimación política de los giros autoritarios" y que "siempre que existe un déficit de legitimidad política se recurre a las campañas de orden".

juridicidad y la adecuación funcional de los poderes públicos que garanticen el goce de los derechos; y c) la aplicación de los dos elementos anteriores que recae sobre los jueces, de tal manera que existe un derecho sobre el Derecho. Estos elementos constituyen las garantías fundamentales y son la expresión jurídica de los valores de las personas.

Dichas garantías demandan instrumentos idóneos que protejan el goce y el ejercicio de los derechos, mediante el uso de técnicas jurídicas para la instrumentación de recursos eficientes. Estas se insertan en la Constitución de 2008, como Garantías Jurisdiccionales, de igual forma se lo hace en las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición y en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No 52 del 22 de octubre de 2009. Uno de los instrumentos reconocidos es la Acción de Protección.

Para examinar el desarrollo de la Acción de Protección en el Derecho ecuatoriano, se realizará con el análisis de: a) la Acción de Amparo prevista en la Constitución de 1998 en el Estado Social de Derecho; b) la Acción de Protección prescrita en la Carta Fundamental de 2008, desde la perspectiva de un Estado Constitucional de derechos y de justicia, c) las normas de ejercicio y de control de constitucionalidad vigentes, d) la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y e) la forma en que estos elementos se reflejan en las sentencias emitidas por los jueces constitucionales sobre las Acciones de Protección interpuestas. Con el objeto establecer si la Acción de Protección garantiza con eficacia, de manera imparcial y expedita los derechos constitucionales, en la prevención de la vulneración como en la reparación de los derechos; y, determinar si existe un avance o retroceso constitucional en materia de garantías.

CAPÍTULO I

BREVE MEMORIA DE LA DOCTRINA DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Doctrina

Como primera referencia de un Derecho social con una dinámica de principios, encontramos la Constitución alemana de Weimar de 1919. En la década del 70, surge el neoconstitucionalismo, el cual proponía que las Constituciones además de separar los poderes públicos, deberían contener altos niveles de normas “materiales” o sustantivas. Esencialmente que contengan los derechos fundamentales como límites de la actuación del Estado. También debería incluir la organización de fines y objetivos del Estado. Elementos que se suponen necesarios para un escenario de relaciones impercederas, entre el Estado y los ciudadanos. Que además, estaría otorgado por la profundidad y el grado de detalle de los preceptos constitucionales que recogen tales derechos y garantías.

El neoconstitucionalismo produce una expansión de la actividad judicial como garante y última instancia de los derechos y deberes fundamentales. Como eje central del sistema jurídico y, de la sujeción de los poderes del Estado a la Constitución. Se apela a la constitucionalidad y no solo a la legalidad.

Con la consolidación, la jurisdicción constitucional del Estado ecuatoriano debe enfrentar la materialización de varias propuestas, tales como: a) Encontrar formas superadoras de legitimación constitucional; b) Alcanzar la concienciación de la Teoría del Neoconstitucionalismo y la capacitación de los operadores de la justicia constitucional, y sociedad; c) Lograr un ejercicio depurado de la argumentación jurídica; y d) Finalmente, transparencia de y en la actividad Estatal, para sobrepasar los muchos riesgos a presentarse en su implementación. Estas contingencias pueden ser: exacerbación constitucional interpretativa, autoritarismo constitucional por la tendencia a considerar la verdad constitucional como única, excluyente, exclusiva y última³, la

³ <http://www.monografias.com/trabajos5/natlu/natlu.shtml>

corrupción constitucional o "jurisprudencia de intereses", y la extremada casuística del Derecho, lo cual reduce su función ordenadora.

Estas consideraciones nos llevan a una pregunta: ¿una política liberal, internacional y global, como es el Estado de derechos, puede generar una fórmula de instrumentos jurídicos que amparen de manera directa y eficaz los derechos fundamentales en el Ecuador? Esta interrogante nos lleva a otra: ¿la Acción de Protección es una garantía eficiente de la defensa de los derechos constitucionales?

1.1 Conceptos del nuevo paradigma constitucional

Con Norberto Bobbio, fundador de la Escuela de Turín, surge una nueva generación de filósofos que logran conciliar la filosofía jurídica, la ciencia del derecho y la práctica judicial.

Se basa en un análisis riguroso del lenguaje normativo dentro del discurso de la dogmática jurídica y la Teoría del Derecho. Propone una estructura teórica compuesta por términos, definiciones y teoremas, a la que se denomina Teoría Axiomatizada del Derecho. **Que Ferrajoli la toma como base para su Teoría del garantismo, con el uso de amplios catálogos de derechos fundamentales, con profundidad y grado de detalle de los preceptos constitucionales y, una expansión de la actividad judicial.**

Los cambios constitucionales vigentes en el Estado ecuatoriano, requieren una reorientación de las estructuras jurídico-políticas, hacia la eficacia en la protección y garantía de los derechos reconocidos en la Constitución. Como un amplio catálogo de ellos y que expande el activismo judicial. Entran en uso las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales. Están son: la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos constitucionales de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, entre otros.

Con estos elementos nuestro ordenamiento jurídico-político ingresa dentro de lo que Ferrajoli llama "el nuevo paradigma de la democracia constitucional". Denominado

también “modelo, sistema o paradigma garantista”, contrario al esquema paleo-positivista del Estado liberal preconstitucional.

Este modelo “garantista”, no está constreñido según el autor a proyectar solo las formas de producción del Derecho, mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes (vigencia). Para su validez obliga a programar sus contenidos sustanciales, relacionándolos con los principios de justicia –igualdad, paz, tutela de los derechos fundamentales- establecidos en las Constituciones⁴. El juez se somete a la Constitución y le impone la crítica de las leyes inválidas, mediante su reinterpretación en sentido constitucional o la denuncia de su inconstitucionalidad. La ciencia jurídica ya no es descriptiva, sino crítica y proyectiva frente a las antinomias y las “lagunas de la legislación vigente respecto a los imperativos constitucionales. Por medio del “garantismo” se procura -según Ferrajoli-⁵ el cambio de la relación entre la política y el Derecho, porque este último ya no subordina a la política como instrumento. La política se convierte en instrumento de actuación del Derecho, sometida a los límites impuestos por los principios constitucionales. Es plausible acogerse al “garantismo” definido por Ferrajoli⁶ en cuanto se lo asuma como la otra cara del constitucionalismo, pues incorpora las técnicas de garantías idóneas que asegure el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionales; y, estos como eje central del sistema jurídico.

El neoconstitucionalismo es un proceso, que tiene por objeto perfeccionar el Estado de Derecho. Busca someter a todo poder, incluidos el Legislativo y el Ejecutivo, mediante la constitucionalización de los derechos fundamentales. La justicia constitucional se transforma en garante y última instancia de los derechos fundamentales en cualquier materia jurídica, evalúa y decide vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social-global.

Con el advenimiento del neoconstitucionalismo, la jurisdicción constitucional del Estado ecuatoriano se enfrenta a las promesas formuladas a la sociedad actual y que son: Reconocer nuevos derechos principistas, encontrar formas superadoras de legitimación constitucional, asumir que la sociedad debe encontrarse concienciada de

⁴ Luigi Ferrajoli; *La democracia constitucional. Desde otra mirada*. Comp. Christian Courtis; Editorial Universitaria de Buenos Aires; 2001. p. 261.

⁵ *Ibíd.* pp. 261-262.

⁶ *Ibíd.* p. 265.

la Teoría del Neoconstitucionalismo y emprender la capacitación de los operadores de la jurisdicción constitucional, alcanzar una depurada argumentación jurídica; y, contar con un concurso de méritos públicos transparente, confiable y equitativo para los operadores de justicia. Adicionalmente, implica posibles riesgos como: La exacerbación constitucional interpretativa, el autoritarismo constitucional como verdad única y excluyente, y la jurisprudencia de intereses.

Se han expuesto breves consideraciones sobre el neoconstitucionalismo, para conducir a una reflexión: si se trata de una política liberal, internacional y global pretende generar una fórmula de progreso para todos los confines del globo terráqueo. Cuya pretensión sería generar un efecto positivo en donde se la aplique. Requiere un firme compromiso, en tanto es necesaria una permanente y mayoritaria difusión de la doctrina, para llegar a la etapa de continuidad y consolidación.

1.1.1 Razón y paz

El nexo entre democracia y Derecho plantea, que este y sus instituciones no son fines en sí mismos. Puede darse Derecho sin democracia, pero no hay democracia sin Derecho. La democracia es un juego de reglas de carácter jurídico-constitucional, que aseguren el poder de las mayorías, con límites y ataduras que garanticen la paz, la igualdad y los Derechos Humanos⁷.

En el segundo nexo, entre Derecho y razón, se entiende al primero como construcción racional necesaria para modelar y garantizar las instituciones democráticas. Se requiere de la razón para pensar, proyectar y lograr resultados, y del lenguaje para difundirlos, todo esto en función de las necesidades de convivencia colectiva⁸.

En el tercer nexo, entre la razón y la paz, se entiende que la paz es una construcción racional, artificial, un dictamen de la recta razón; la guerra y el conflicto es una inclinación natural del hombre. La razón es la capacidad humana de medir las consecuencias de los hechos que resultan de esa inclinación natural e instintiva. En el

⁷ Luigi Ferrajoli. *Democracia y Derecho en el pensamiento de Norberto Bobbio*. Italia. Editorial p.31.

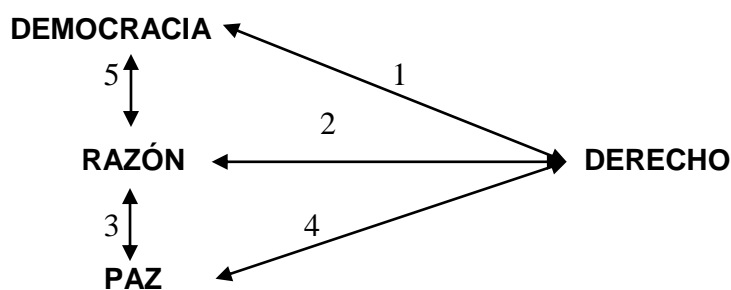
⁸ *Ibíd.* p.32.

momento actual del mundo, rige la ley salvaje del más fuerte; la salida de ese periodo depende de la voluntad racional del hombre.⁹

El cuarto nexo, entre la paz y el Derecho, parte de la pregunta de cómo construir la paz con la colaboración de la razón. La respuesta es: mediante el Derecho, como garantía de la libertad y respeto de los Derechos Humanos, fundamento de la paz del mundo y único camino que se puede seguir, si se quiere evitar que el hombre recurra a la rebelión como última respuesta a la opresión y a la tiranía.¹⁰

Gráfico No 1

Dinámica de los Nexos según Norberto Bobbio.



Fuente: Luigi Ferrajoli. *Democracia y Derecho en el pensamiento de Norberto Bobbio*. Italia. pp. 32-33

Elaborado por: Gilda Guamán.

Bobbio y Ferrajoli coinciden, en cuanto a que el camino de la paz y la libertad se generan por el reconocimiento y la protección de los derechos del hombre. Mediante una construcción del Derecho basado en la razón desde el punto de vista de los oprimidos, como titulares de tantos derechos prometidos e incumplidos¹¹. Este es el caso de la Constitución de 1998, cuya naturaleza fue declarativa. Una realidad no solo Ecuatoriana sino de muchas sociedades¹², que vuelve vigentes las propuestas de estos tratadistas. Ante las crisis de las democracias a causa de los conflictos del Derecho y los derechos. También se habla de la crisis de la razón occidental, frente a la incapacidad de las sociedades de regular y limitar a los grandes poderes, tanto públicos como privados, con el riesgo de verse degradadas hasta destruidas.

⁹Luigi Ferrajoli. *Democracia y Derecho en el pensamiento de Norberto Bobbio*. Italia. p. 32

¹⁰Ibíd. p. 33.

¹¹Ibíd. p. 34.

¹²Ibíd. p. 35.

1.2.2. Democracia

El Estado ecuatoriano surge cuando el Distrito del Sur se separa oficialmente de la Gran Colombia el 13 de mayo de 1830. La primera Constituyente aprueba una Constitución que establece el nuevo Estado de carácter liberal-republicano, con una división de los poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial y una sustentación político-ideológica de tipo precapitalista, marcada por la necesidad de control de las masas indígenas y por la dispersión del poder a nivel local y regional¹³.

Según el historiador Juan Maiguashca, “el Estado surge como una institución burocrática, como motor principal de la integración nacional durante todo el siglo XIX, con tareas específicas como la de institucionalizar la autoridad a lo largo del territorio nacional, administrar varias ramas de la cosa pública y crear símbolos con el propósito de hacer de la población del país una entidad colectiva”¹⁴; “nació como Gobierno popular, representativo, alternativo, y responsable”¹⁵. No fue una respuesta a los requerimientos de la sociedad de esa época ni posterior. Estos enunciados constan en todas las Constituciones, no obstante no logran plasmarse, consecuentemente la democracia sufre crisis sucesivas.

El 17 de junio de 1851, el doctor Diego Noboa fue derrocado por el General Urbina, quien pretendió materializar sus ideas liberales, como la manumisión de los esclavos, valor costado por el presupuesto del Estado. Los gobiernos posteriores fueron de corte conservador. En 1883 hizo presencia el Movimiento Nacional Restaurador que agrupó a conservadores y a liberales, quienes omitieron las aspiraciones de los grupos de la Costa. En 1884 tuvo lugar la Revolución de los Chápuhos, movimientos reivindicatorios como los montoneros Eloy Alfaro, otras corrientes sociales que bajo su comprensión de la realidad social y económica se organizaron bajo los principios liberales. Al amparo de esta convocatoria, el 9 de diciembre de 1894 en Guayaquil se congregaron Asambleas y Juntas Cívicas para juzgar la conducta oficial que concluyeron con la condena a la política estatal y el retorno Eloy Alfaro. Con posterioridad a este proceso político violento, de continuas batallas, tuvo lugar muchas transformaciones sociales, económicas y políticas; como son la Educación laica y obligatoria, la educación superior de la mujer y su incorporación al

¹³ Pablo Núñez Endara. *Relaciones internacionales del Ecuador en la fundación de la República*. Quito. Corporación Editora Nacional. 2001. p. 33.

¹⁴ *Ibid.* p. 32.

¹⁵ *Constitución Política de la República del Ecuador de 1830*. Quito.

servicio público, libertad de cultos, el matrimonio civil y el divorcio; y, eliminó la tributación indígena.

Los principios liberales tornan al individuo como eje de la sociedad. Los derechos humanos se reducen al derecho a la propiedad sobre las personas, cuyo ejercicio excluye la violencia, la coacción y el engaño. El Estado reconoce el derecho al trabajo, la no discriminación, especialmente segregar con impuestos a los más afortunados, el no fomentar la corrupción, la sociedad se organiza de manera espontánea sin un control central. La soberanía de la Constitución y la Ley rige el Estado de Derecho, cuya obediencia protege la vida, las personas y las propiedades de los individuos. El acuerdo de los ciudadanos rige cuando el beneficio es para todos. La igualdad ante la Ley, la no discriminación negativa. El libre mercado, como baluarte de las libertades individuales.

Se trata de un Estado no intervencionista, sobre todo en las relaciones laborales y las de comercio de sustancias que sólo afecten a sus consumidores; cuyo deber es la defensa de la paz, dentro y fuera de sus fronteras. La violencia se justifica como acto de defensa. Y, se propone el Estado de Bienestar.

En el año 2008, la nueva Constitución, en su Art. 1, declara al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia, democrático, organizado en forma de república, y declara que su “soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad”¹⁶. Divide el poder del Estado en cinco funciones, a saber: Función Legislativa, Función Ejecutiva, Función Judicial y de Justicia Indígena; Función de Transparencia y Control Social y Función Electoral, cuya característica principal es la participación de la sociedad en el desarrollo de la democracia.

En el desarrollo histórico de los textos constitucionales, el titular del poder soberano es el pueblo, quien en última instancia toma las decisiones. La Constitución vigente, prescribe el conjunto de normas que regulan el proceso de toma de decisiones por parte del Ejecutivo designado por los ciudadanos, bajo los enfoques filosófico político y jurídico. Donde las formas (normas) y las reglas constitucionales, operan como mecanismos internos y complejos de la sociedad democrática.

¹⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. p 1.

La aprobación de la Constitución mediante referéndum responde a la aplicación y vigencia del principio de legitimidad del poder. La forma de gobierno es democrática; el poder se transmite de abajo hacia arriba y descansa en quienes son sus destinatarios.

Gráfico No 2

Dinámica de la transmisión del poder



Fuente: Norberto Bobbio. *Liberalismo y Democracia* México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1986.

Elaborado por: Gilda Guamán.

La Constitución vigente pretende un modelo de democracia moderna legitimada por la aprobación de los destinatarios. La contraposición entre liberalismo y democracia tiende a desaparecer, transformándose el Estado liberal en un Estado democrático.

Pero cabe recordar que en el presupuesto filosófico del Estado liberal (Estado limitado) todos los hombres, indistintamente, tienen algunos derechos fundamentales, como libertad, seguridad y felicidad. Se halla obligado a respetarlos, sin irrumpirles o garantizarles frente a cualquier invasión posible por parte de los demás¹⁷.

Esta atribución de derechos implica reconocer a alguien o algo (la naturaleza) la facultad de hacer o no hacer y al mismo tiempo reconoce el poder de resistir, por fuerza propia o de terceros. El transgresor eventual tiene el deber de abstenerse de cualquier acto de hacer o no hacer que interfiera con él¹⁸. Las nociones de “derecho” y “deber” implican la existencia de normas o reglas de conducta que atribuyen o imponen una facultad o una acción¹⁹.

¹⁷ Norberto Bobbio. *Liberalismo y Democracia*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1.986. p. 11.

¹⁸ *Ibíd.* p. 12.

¹⁹ En defensa del positivismo jurídico, Bobbio propone un enfoque metodológico y una teoría del derecho. Suma las instancias de la justicia del iusnaturalismo a la filosofía de la justicia o filosofía política normativa, asigna a la ciencia jurídica el estudio de los derechos positivos, base de la distinción entre derecho y justicia, y obvia la reducción de derecho a justicia planteada por el iusnaturalismo o de justicia a derecho, un legalismo ético.

Por otro lado encontramos la propuesta de los iusnaturalistas. Parten de una concepción hipotética del hombre que prescinde de toda verificación empírica, de toda prueba histórica y de la existencia de leyes anteriores a la formación de cualquier grupo social, reconocibles por el proceso de búsqueda racional, sean morales o jurídicas, derivadas de una ley natural, buena razón para los límites del poder del Estado²⁰.

Los modernos Estados liberales, que existieron a lo largo del siglo XIX, nacieron con desconfianza frente a toda forma de gobierno popular y con una democracia de significado formal. La democracia moderna puede entenderse como consecuencia natural del liberalismo. Bajo ciertas condiciones y en la concepción jurídico-institucional, tiene dos significados: **a)** Según la distribución del poder político entre la mayor parte de ciudadanos o “reglas de juego”, inspiradas en el ideal de la igualdad. **Con esto diferenciamos la democracia formal de la sustancial o dicho de otra manera, democracia como gobierno del pueblo o democracia como gobierno para el pueblo**²¹; y, **b)** El segundo significado otorgado por la relación entre libertad e igualdad. La única posibilidad compatible la igualdad en libertad, tiene un carácter restrictivo. Busca que los ciudadanos tengan un disfrute equitativo de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. La igualdad de derechos implica la igualdad de todos los derechos fundamentales enumerados en una Constitución²². El Art. 11 No 6 de la CRE²³ reconoce igual jerarquía a todos los derechos.

Entre Estado liberal y Estado democrático se da una interdependencia estructural. Se mantiene en común la base del Estado liberal, que es el reconocimiento de derechos inviolables en salvaguardia de los derechos fundamentales. Se suma la protección de los mismos como necesarios para el funcionamiento del método democrático²⁴. El reconocimiento de los derechos en la carta constitucional vista como forma de lograr una paz social y eliminar toda forma de violencia social.

Desde este punto de vista, los derechos políticos, de libertad y civiles son de natural complementación, como remedio a la subversión de la sociedad a los principios

²⁰Norberto Bobbio. Op. cit. pp. 11-13.

²¹Ibíd. pp. 39-40.

²²Ibíd. p. 44.

²³ *Constitución de la República del Ecuador*. Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. p. 7. “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”

²⁴Norberto Bobbio. op. cit., p. 47.

del Estado liberal. Un Estado no fundado en la soberanía popular dependería del derecho natural de resistencia a la opresión²⁵.

Bobbio y Ferrajoli, consideran que la garantía de los derechos fundamentales es uno de los elementos necesarios para la construcción de un Estado democrático o sociedad de paz. Cuya razón de ser es resolver las necesidades sociales básicas de supervivencia del hombre. Dar solución material a las cifras de pobreza y pobreza extrema del país²⁶.

Surge así el paradigma de la democracia constitucional, ligada a la idea de contrato social. Según Ferrajoli, es una metáfora de la democracia política y sustancial, construida en la tutela de los derechos fundamentales para la legitimación del poder político, de tal manera que el paradigma garantista mantenga la incorporación de los vínculos sustanciales, no importa si consiste en deberes positivos (de hacer) en lugar de negativos²⁷.

Ante esto Habermas²⁸ sostuvo una postura discursiva y deliberativa respecto al proceso constituyente de todo país democrático. Ferrajoli optaría por el pacto constitucional hobbesiano, que sigue la tradición positivista. Habermas propone que el déficit democrático no se elimina por medio de una “reducción estatista” del problema. Así, no habría una propuesta real para la expresión de la voluntad de los ciudadanos. Por eso, **“hasta el momento faltan los presupuestos reales para una formación de la voluntad de los ciudadanos que esté integrada a nivel europeo”**²⁹.

²⁵ Norberto Bobbio. *Liberalismo y Democracia*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1.986. p. 46.

²⁶ En el Ecuador, al año 2006, casi el 13% de los pobladores se encuentran en extrema pobreza y un 38% en pobreza. La etnia más afectada se concentra en el sector indígena, que dobla el índice de pobreza que la raza blanca y/o mestiza, así como los afroecuatorianos de la Costa²⁶. Estos niveles justifican que la sociedad ecuatoriana tenga motivaciones suficientes para entrar en una escalada de violencia armada, considerando que la miseria de un pueblo ya es una forma de violencia.

²⁷ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta.1.989. Como claramente se establece en el Art. 3 numerales del 1 al 8 CRE, los deberes del Estado ecuatoriano.

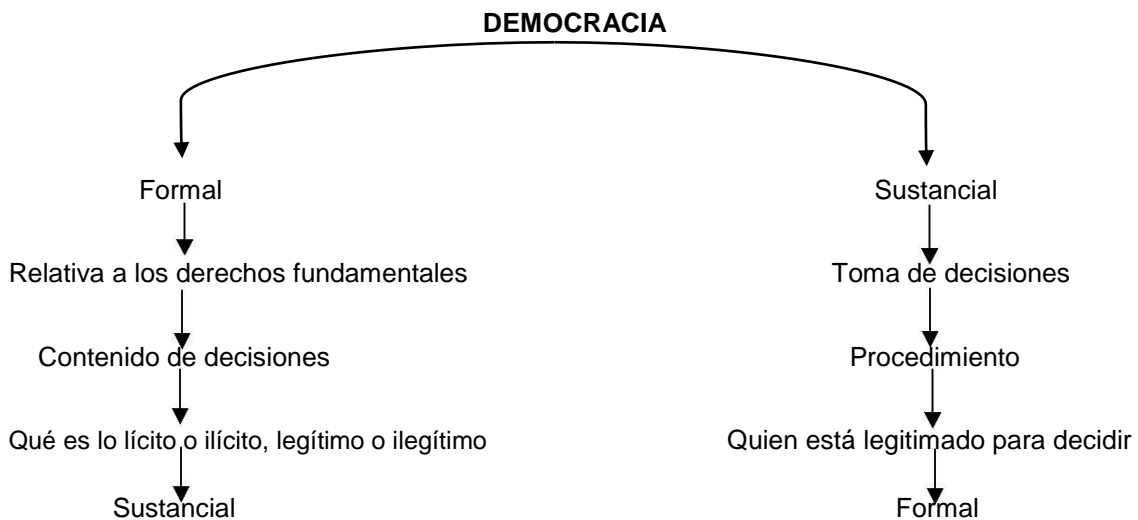
²⁸ Jürgen Habermas. Dusseldorf. 1929. Filósofo y sociólogo alemán. Sus trabajos más relevantes se encuentran en filosofía práctica (ética, filosofía política y del derecho) Miembro eminente de la segunda generación de la Escuela de Frankfurt y uno de los exponentes de la Teoría crítica. Entre sus aportes está la construcción teórica de la democracia deliberativa y la acción comunicativa. La integración de filosofía y ciencia social en una teoría crítica de la sociedad como rasgo distintivo de su obra. Se sirve del concepto filosófico de la razón en términos de filosofía del lenguaje, para desarrollar una teoría social. Sus obras son *Historia y crítica de la opinión pública* en la cual distingue la opinión pública manipulada y crítica. *La teoría de la acción comunicativa*, sus análisis y reflexiones se han orientado hacia la ética discursiva y la defensa de la democracia deliberativa y de los principios del Estado de Derecho.

²⁹ Habermas, ¿Necesita Europa una Constitución? Barcelona, Paidós, 1999. p.138.

La CRE establece una democracia **formal** (declarativa), es decir, define quién está legitimado para decidir, y una democracia **sustancial** (ligada a la estructura del procedimiento); es decir, determina las normas sustanciales de validez. Vinculan la tutela y respeto a los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos, lo que es lícito o ilícito. De este modo la institucionalización es legítima, en la eficacia y vigencia de los derechos³⁰.

Gráfico No 3

Título: Democracia



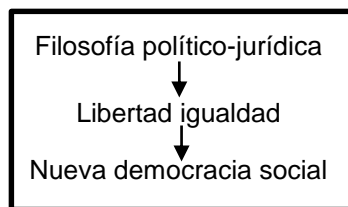
Fuente: Norberto Bobbio. *Liberalismo y Democracia*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1986.

Elaborado por: Gilda Guamán.

Gráfico No 4

Título: Teoría del Derecho y Crítica del Derecho

TEORÍA DEL DERECHO Y CRÍTICA DEL DERECHO



Fuente: Norberto Bobbio. *Liberalismo y Democracia*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1986. Elaborado por: Gilda Guamán.

³⁰ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta. 1.989. p.856

En conclusión, la Teoría del Derecho y Crítica del Derecho, propone una democracia formal y sustancial que se refleja en carta fundamental. La CRE refleja una concepción liberal democrática, con el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, en aplicación de una filosofía política jurídica basada en los principios de libertad e igualdad, con el objetivo de lograr una nueva democracia social, reflejada en la estructuración del Estado Constitucional de derechos, mediante la mecánica de la reforma de todo el sistema jurídico.

1.2.3. Estado Constitucional de derechos

El Estado moderno del siglo XX sufre una crisis sistémica, acompañada de un debilitamiento en la esfera pública. Ferrajoli determina una crisis ilegalidad de poder, y “una crisis de legalidad, un sistema de corrupción en la administración pública, una crisis del Estado social y una crisis del Estado nacional donde las decisiones en materia militar, política monetaria y políticas sociales, son transferidas a los organismos internacionales no regidos por principios democráticos”³¹. Estos organismos protegen el Estado mínimo y la sociedad tiene una representación limitada.

El paso de un modelo de Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de derechos y de Justicia debe analizarse desde una doble perspectiva. Una histórica, que consiste en cómo se protegen los intereses; en las sociedades democráticas los intereses sociales se consensuan y en las sociedades verticales son impuestos por quienes ostentan el poder. En la segunda perspectiva, los cambios de formas de Estado llevan consigo una crisis³² o manifiestan una resistencia al cambio.

En el siglo XVIII, el Estado Absoluto es reemplazado por el Estado de Derecho o Estado Legal de Derecho, en el cual, el poder económico se concentró en la clase burguesa. La crisis que conllevó al cambio se evidenció con la Revolución Francesa, cuyo medio de resolución jurídica se concretó en el principio de legalidad que limitó a la clase aristocrática y la sometió al mandato de la Ley. Un Estado que se estructuró en

³¹ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta S.A. 1989. p. 856.

³² Ramiro Avila Santamaría. *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional. Del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de los derechos y justicia: Modelo Garantista y Democracia Sustancial del Estado*. Corte Constitucional para el periodo de transición Quito. Editorial Quipus-CIESPAL. 2009. p.39.

beneficio de un grupo de poder, que en el transcurso de los siglos XVIII, XIX y XX se desarrolló y perfeccionó como un Estado mínimo, que garantizó los intereses de carácter excluyente de los ciudadanos burgueses. En la segunda mitad del siglo XX la crisis es inducida por los obreros y campesinos, es de carácter laboral y económico. En síntesis, Alan Tourine³³ divide la historia del Estado en tres momentos: 1) Reivindicaciones políticas (aristocracia/burguesía); 2) Reivindicaciones Económicas (burguesía/obreros); y 3) Reivindicaciones Sociales (Estado/grupos invisibilizados - gay, indígenas, negros, discapacitados, mujeres)³⁴.

La historia hasta este momento demostró la necesidad de exista una acción social suficiente para que los ideales planteados se materialicen y un sistema de garantías eficaces, para lograr el Estado Constitucional de derechos.

Se podría decir que el Estado Social de derechos y justicia del Ecuador, es la fusión de las versiones de las constituciones norteamericana y francesa. Las mismas que se caracterizan por fijar reglas de juego garantizadas por el poder jurisdiccional y con un sistema normativo que permite la transformación de la sociedad. Constituiría un avance para el Ecuador, si la satisfacción de los derechos sociales se alcanza mediante la prestación de los mismos por parte del Estado, a través de la inclusión de normas programáticas³⁵.

La Corte Constitucional para el periodo de Transición, en Sentencia Interpretativa (R.O.–s- No451, octubre 22 2008), resuelve que los rasgos básicos del Estado Constitucional de derechos, son : “1) El reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; 2) La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; y, 3) El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derecho”³⁶. La sentencia limita su caracterización al sistema jurídico y omite las características políticas del Estado garantista

³³ Allane Tourine. Sociólogo Francés nació en agosto 3 de 1925. Sus principales investigaciones trata sobre la sociedad post/industrial y los movimientos sociales Su aporte principal es el desarrollo del término sociedad post-industrial. Su trabajo se basa en la sociología de «acción» y cree que la sociedad forma su futuro a través de mecanismos estructurales y de sus propias luchas sociales. Desarrolló el método de investigación de Intervención Sociológica, tratada en su obra la voz y la mirada 1982.

³⁴ Ramiro Avila Santamaría. *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional. Del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de los derechos y justicia: Modelo Garantista y Democracia Sustancial del Estado.* Corte Constitucional para el periodo de transición Quito. Editorial Quipus-CIESPAL. 2009. p. 44.

³⁵ Jorge Zabala Egas. *Apuntes sobre Neoconstitucionalismo. Acción de Protección y Ponderación. Acción de Inconstitucionalidad. Proceso de Inconstitucionalidad.* Guayaquil. s/e 2009. pp.16-17

³⁶ *Ibíd.* p. 16.

de los derechos fundamentales, nada dice frente al imperio de juridicidad y la adecuación funcional del poder público, que son los problemas centrales del Estado Ecuatoriano. La Corte define el Estado ecuatoriano, en otras palabras, como un Estado liberal positivista donde prevalece la norma.

Un Estado de derechos debe contener tres elementos: 1) Supremacía constitucional de los derechos fundamentales, que para ser tales deben constar en la Constitución, sean individuales o colectivos; 2) El imperio del principio de juridicidad (legitimidad), que somete a todo el poder público al Derecho y 3) La adecuación funcional de todos los poderes públicos que garanticen el goce de los derechos sociales, políticos y económicos.

Un Estado vinculado con la realización material de la dignidad humana, que lo consigue mediante la aplicación de las garantías jurisdiccionales de los derechos”³⁷.

La razón de ser del Estado y toda su institucionalidad jurídico-política es la protección de los intereses (dignidad) de las personas, grupos y naturaleza que se conforman como el fin último, identificado plenamente como una propuesta ideológica de democracia.

El neoconstitucionalismo propone un Estado garante, donde los ciudadanos, las instituciones, los jueces y hasta la Corte Constitucional se someterían a la Carta Magna. El Art. 1 CRE, plantea: “El Estado constitucional de derechos”, primera reforma esencial, que relaciona al poder público-sistema jurídico, que migra a la relación sujetos de derechos-Estado y ordenamiento jurídico. De este modo, el Ecuador se alinea a la concepción social e integral de Latinoamérica. Lo cual nos lleva a ver su justificación histórica y doctrinaria, a verificar la concreción de un sistema normativo acorde con los derechos, principios y valores; y, la protección, eficacia y materialización de los mismos.

Para Marco Aparicio Wilhelmi, el Estado ecuatoriano nace con una vinculación a los derechos humanos, cuya razón de ser y del ordenamiento jurídico residen en los sujetos individuales o colectivos como titulares activos de los derechos. Mediante los

³⁷ Juan Montaña. *Jornadas de Capacitación en la Justicia Constitucional. Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución*. Corte Constitucional. para el periodo de transición. Quito. Quipus-CIESPAL 1ra Edición. 2009. p. 115.

mecanismos jurídicos que protegen los intereses y los proyectos de vida. Con el fin de lograr el “buen vivir”, “sumak kawsay”³⁸, el “vivir bien”. Para lo cual se requiere un ordenamiento jurídico compatible con normas que generen las condiciones idóneas para alcanzar dichos objetivos.

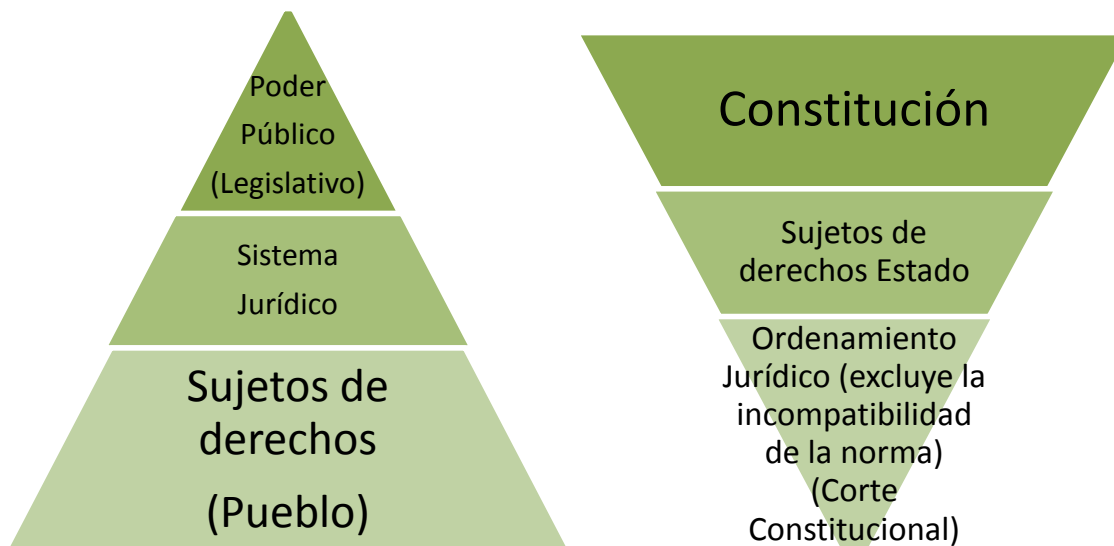


Gráfico No 5

Título: Estado Constitucional de Derechos

Fuente: Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis. 2005. Elaborado: Gilda Guamán

1.2.4. Normas, Principios y Valores

Un Estado tiene un ordenamiento jurídico que responde necesariamente a su concepción como tal. Debe referirse de forma obligatoria al Derecho objetivo o conjunto de normas por las que se rige una sociedad. Existen al menos tres concepciones del origen del ordenamiento jurídico; estas son: la Teoría del Derecho como institución, la Teoría del Derecho como relación y la Teoría Normativa.

La Teoría del Derecho como corriente institucional, establece que el ordenamiento jurídico lo desarrolla la sociedad. Mediante mecanismos que producen, garantizan y aplican las normas. Para ello se crean las instituciones y se formulan sus

³⁸ Marco Aparicio Wilhelmi. *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Derechos: enunciación y principios de aplicación. Humanos*. Ministerio de Justicia y Derechos. Quito-Ecuador. Imprenta: V&M Gráficas, 1ra edición: octubre 2008. p.22.

criterios de aplicación. Su base es el iuspositivismo. En Italia fue fomentado por Santi Romano, quien partió de la comprensión de elementos esenciales que debía contener el ordenamiento jurídico: 1) El sentido de sociedad; 2) La idea de orden social, suficiente para excluir todo arbitrio puro y simple o fuerza material; y 3) La sociedad ordenada por medio de una organización. Bobbio manifiesta que se puede admitir que el Derecho presupone la sociedad, pero no será admisible que toda sociedad sea jurídica.³⁹ La estructura es el conjunto resultante de sociedad, orden y organización.

El gran mérito de la Teoría de la Institución permite hablar de Derecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento; por lo tanto, el Derecho no es norma, sino un conjunto coordinado de normas. En suma, una norma jurídica nunca se encuentra sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo⁴⁰.

La mecánica se reduce a fines, medios necesarios y funciones específicas; su determinación se consigue mediante reglas aprobadas por los miembros del grupo. De esta manera, las Teorías Institucional y Normativa no son antagónicas, sino al contrario, el proceso de institucionalización y el proceso de producción de reglas de conducta no van separados. En resumen, “si institución equivale a ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico equivale a sistema de normas”⁴¹. La producción de reglas es siempre el fenómeno originario, aun cuando no exclusivo para la construcción de una institución.

En la Teoría del Derecho como relación, Hans Kelsen otorga gran importancia a los problemas conexos a la existencia del ordenamiento jurídico, el mismo que constituye una parte del estudio de una teoría completa del Derecho⁴². Lograr la definición del Derecho desde el punto de vista de la norma, no fue suficiente por lo cual se la llevó a un campo más abierto, hasta alcanzar la consideración de que una norma es eficaz cuando se determina la naturaleza y entidad de las sanciones, las personas que deben aplicarlas y su ejecución. Esta compleja organización es el producto de un

³⁹Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis S.A... 2005. p. 8

⁴⁰Ibíd. p. 13.

⁴¹Ibíd. p. 13

⁴²Ibíd. p. 143

ordenamiento jurídico⁴³. Solo desde ese punto de vista se puede llegar a una definición del derecho.

La corriente normativa define al ordenamiento jurídico como el conjunto de normas que se entienden de acuerdo con una serie de juicios de valor, creencias y convicciones. Su base es el iusnaturalismo.

Son reglas de conducta tanto las normas contenidas en la Constitución como las reglas del ajedrez. Existe diversidad de reglas: por los fines, por las obligaciones, por el ámbito de validez, por las personas a quienes están dirigidas, etc., pero todas estas clases de reglas se caracterizan por ser “proposiciones”. Tienen como fin influir en la conducta de los individuos o grupos. Podría decirse que la experiencia jurídica es el fenómeno normativo y este sería legítimo⁴⁴.

Las normas constitucionales plantean problemas de interpretación, debido a los valores incorporados o a los principios que pueden extraerse de ellas, como fundamento de otras reglas jurídicas. Por ende, es necesario determinar la estructura y función de los principios y los valores constitucionales⁴⁵.

Los valores y principios al ser construidos como normas constitucionales, estos gozan de eficacia directa y operan como estructuras constitucionales, que han de irradiarse en todas las reglas jurídicas, tanto en la estructura como en la forma. Es necesario analizar las normas, los valores y los principios, pues son diferentes en estructura, función y técnica⁴⁶.

NORMAS

Bobbio realiza el análisis de la norma desde el punto de vista formal, es decir, sin tomar en cuenta su contenido. Las normas jurídicas son un conjunto de proposiciones prescriptivas. Se entiende como proposición el conjunto de palabras que tienen un significado entre sí y que interesan al jurista cuando interpreta la Ley. Este

⁴³ Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis S.A... 2005. p. 143

⁴⁴ *Ibid.* p. 6.

⁴⁵ Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell. *Los valores y principios en la interpretación constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. 1992. pp. 97-267. p. 97.

⁴⁶ *Ibid.* p. 98.

significado puede ser falso, válido o injusto. En conformidad con el criterio de significación, se puede distinguir el criterio de verdad y validez, en virtud del cual se diferencian proposiciones verdaderas o válidas de proposiciones falsas o inválidas⁴⁷.

Las proposiciones prescriptivas o mandatos se proponen influir en el comportamiento ajeno para modificarlo. La frase se convierte en una norma jurídica. Consiste en dar órdenes, consejos, advertencias, recomendaciones, en suma, “para hacer”. Las normas son expresiones que contienen valores éticos y políticos, cuya concreción final está en los derechos fundamentales que parten del reconocimiento de la dignidad de la persona.

Las normas pueden clasificarse conforme a los siguientes criterios: a) Por el criterio formal o estructura, pueden ser positivas o negativas; categóricas o hipotéticas y generales o individuales, tipos que pertenecen a cualquier sistema normativo, no solo al jurídico; b) Por el criterio material o contenido de las normas jurídicas, que distingue las acciones internas y externas y las acciones subjetivas e intersubjetivas. Este criterio puede servir más para diferenciar el derecho de la moral; c) Por el criterio del sujeto que crea la norma, son aquellas impuestas por el poder soberano. No existe otro poder sobre él y mantiene el monopolio de la fuerza y su ejercicio. Ha de entenderse que poder soberano se refiere al conjunto de órganos por medio del cual se crea un ordenamiento normativo, se conserva y se aplica; y, e) Por el criterio del sujeto al cual está destinada la norma. En este aspecto se encuentran dos sujetos de destino: el súbdito y el juez. El primero es a quien va dirigida la norma y a quien le es obligatoria, y el segundo es a quien le atribuye un poder y deber de determinar razón o culpa y una sanción, de ser el caso. En esas situaciones se evidencia la pertenencia a un ordenamiento⁴⁸.

Con estos elementos, Bobbio define a la norma jurídica como “aquella cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada”⁴⁹. Acepta la clasificación tripartita clásica, en imperativas, prohibitivas y permisivas, igualmente en normas de primera y de segunda instancia. Estas son nueve: normas que ordenan mandar, que prohíben mandar, que permiten mandar, que ordenan prohibir, que

⁴⁷ Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis S.A... 2005. pp. 40-43

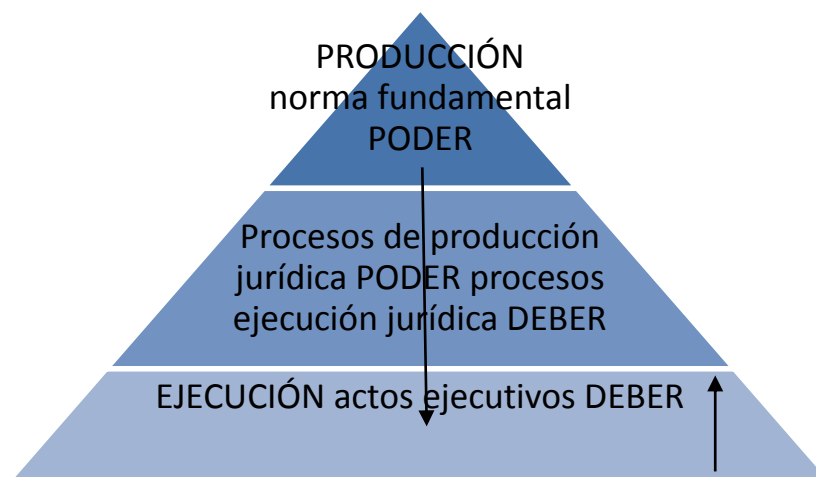
⁴⁸ *Ibíd.* p. 6.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 111

prohíben prohibir, que permiten prohibir, que ordenan permitir, que prohíben permitir y que permiten permitir. Acoge la teoría de la elaboración gradual de Kelsen para explicar la unidad de un ordenamiento complejo, que distingue entre la norma suprema, que no depende de ninguna y que es la base de la unidad y término unificador de un ordenamiento. Todas, tanto las superiores como las inferiores, indistintamente de sus fuentes, convergen en ella. Se refiere a ellas como una estructura jerárquica, tanto que pueden ser al mismo tiempo de ejecución y producción, con dos excepciones: en la de más alto grado, la norma fundamental puede ser solo productiva, y la de menor grado, los actos ejecutivos que solo pueden ser ejecutivos⁵⁰.

Gráfico No 6

Título: Pirámide del ordenamiento jurídico



Fuente: Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. 2005. Bogotá-Colombia. Temis S.A... p.163.

Elaborado por: Gilda Guamán.

LOS PRINCIPIOS

Estos se extraen de las reglas constitucionales claramente determinadas con proyección normativa. Son fórmulas de derecho consensuadas, que albergan las bases de las reglas jurídicas; no siempre pueden ser explícitos, pero pueden ser

⁵⁰ Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. 2005. pp. 163-164

fácilmente deducibles mediante una interpretación estructural y sistemática⁵¹, como es el caso del principio de legitimidad. Son indeterminados en relación con las reglas que de él se deriven, no sobre sí mismos. Una vez determinados, adquieren proyección normativa, vinculante para los poderes públicos⁵².

Los principios son importantes en tanto sirven para fundamentar la interpretación y la interrelación adecuada entre valores y reglas constitucionales. En la interpretación de los principios como una operación de deducción es importante el papel de la Corte Constitucional, quien es su intérprete natural, que genera una doctrina vinculante, así mandan los Arts.10, 11 y 436 No 1 CRE, y Art. 154 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, que establece una estructura normativa a partir de elementos reglados y contiene gérmenes de reglas indeterminadas pero predictibles. Los elementos estructurales son permanentes y los principios y derechos son de igual jerarquía.

Por la función Constitucional de los Principios son informadores. Por ello puede decirse que: a) Tienen eficacia directa; b) Permiten extraer las reglas aplicables al caso concreto; c) Su función positiva es informar al ordenamiento; d) Su función negativa comporta fuerza derogatoria; e) Su interpretación debe realizarse en forma complementaria e indisociable; y, f) Transmutan las reglas en principios⁵³.

La Constitución es un conjunto de Principios de tutela de los derechos de las personas y la naturaleza que se irradian en todo el sistema normativo. Lo que obliga a todo el poder público a otorgar protección, con plena validez formal y material.

VALORES

En cuanto a su función, los valores sirven como parámetros de hechos o conductas; para Peces-Barba⁵⁴, estos incorporan contenidos materiales que aseguran

⁵¹ Teresa Freixes San Juan y José Carlos Remotti Carbonell. *Los valores y los Principios en la interpretación Constitucional*. Revista España de Derecho Constitucional. 1992. pp. 97-267. p. 99.

⁵² *Ibid.* pp. 97-267. p. 100.

⁵³ *Ibid.* p. 103.

⁵⁴ **Gregorio Peces-Barba Martínez, Madrid 1938. Político y jurista español. Uno de los siete padres de la actual Constitución española. El 2004 fue nombrado Alto Comisionado para el Apoyo de la Víctimas del Terrorismo. Cargo de coordinación de varios ministerio. Cesó en su cargo en el 2006. Recibió la Cruz de la Real y Muy distinguida Orden Española de Carlos III. En**

la unidad del ordenamiento sin un orden jerárquico. Estos contenidos se resuelven a partir de las estructuras propias de las Constituciones; también delimitan el significado de las normas y determinan entre sí una relación de complementariedad. Además, permiten superar las antinomias con la inclusión del análisis constitucional en la finalidad integradora de la Constitución⁵⁵.

Según Norberto Bobbio, los valores serían metanormas definidas por su funcionalidad reguladora de los actos humanos, especialmente como hacedores de las normas.

Al construir los valores en normas constitucionales al interior de la estructura jurídica, comporta su transformación en reglas prescriptivas vinculantes. Su condición de metanormas orientadas a la producción de otras normas, la estabilidad de sus características estructurales y una relación de complementariedad, no de jerarquía. De este modo, todos los derechos fundamentales gozan de la misma jerarquía y tutela.

Los valores y principios tienen una función esencial: son criterios orientadores para el Legislativo, el Judicial y el intérprete, que se encuentran vinculados por la estructura jurídica constitucional⁵⁶.

REGLAS

Por su estructura, son supuestos y preceptos de conducta de naturaleza prescriptiva. Los sujetos a quienes van dirigidas solo pueden obedecer y cumplir. Las reglas se expresan en las normas legislativas.

Las Reglas requieren casi siempre de una interpretación operativa por los grados de sujeción de quien las ejecute; así, el intérprete tiene mayor sujeción a la regla. El Legislador, al crear las reglas, debe sujetarse a los principios y valores; y, el juez aplicará la regla conforme a los valores. En ocasiones el juzgador recurrirá a los principios para

2010 recibió el premio jurídico Pelayo, entregado por el Rey Juan Carlos. Profesor de la cátedra Filosofía de Derecho.

⁵⁵Teresa Freixes San Juan y José Carlos Remotti Carbonell. *Los valores y los Principios en la interpretación Constitucional*. Revista España de Derecho Constitucional. 1992. pp. 97-267. p. 101

⁵⁶Ibid. p. 105.

una mejor solución del caso concreto. No es similar a la sujeción de los principios y valores.

Principios, valores y reglas son similares en cuanto se encuentran positivados, tienen forma explícita, concreta, y son fácilmente apreciados en una simple interpretación lingüística.

Los principios se diferencian de los valores por su carácter funcional; éstos últimos son más concretos.

1.2.5. El Derecho de Principios y Valores

La Constitución 2008 se caracteriza por incluir Principios en las normas constitucionales de carácter formal y abstracto. La Constitución determina las fuentes formales del derecho tanto en su estructura como en su función. Esta determinación se proyecta a todo el sistema normativo y vincula al poder público y a las personas.

La norma constitucional se convierte en un límite formal y material, particularidad que debe observarse para que cada norma sea válida. Su validez es con respecto a los principios y valores contemplados en las normas constitucionales, de ella depende su permanencia o expulsión del sistema.

El legislador no puede dictar normas contrarias a las normas constitucionales e instrumentos internacionales, referentes a los derechos constitucionales, como prescripciones imperativas.

La Teoría de la Norma concibe el Derecho y el poder como un sistema de normas con orden jerárquico y dinámico. En la medida que la autoridad procede de abajo hacia arriba, disminuyen las normas y los poseedores del poder. Se puede progresar a un plano superior, y sobre él no existe ningún otro, todos los demás son inferiores. La norma fundamental establece el poder de producir normas jurídicas válidas en un determinado territorio y respecto a una determinada población⁵⁷.

Dentro de estructura constitucional (CRE) concibe y reconoce a los Derechos Humanos, y que los organiza como el conjunto de normas, principios, valores éticos y

⁵⁷ Norberto Bobbio. *Teoría General de la Política*. México. Editorial Trotta. 1996. p. 275.

universales que se deben realizar en la sociedad política, derechos que el Estado está obligado a cumplir. Los derechos se han de entender como contrapoderes.

Los derechos y garantías están reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales, trátense de individuos o comunidades, no excluyen a los demás derechos derivados de la dignidad, y aquellos que son necesarios para su pleno desenvolvimiento (Art. 11 No 3 inc. Primero CRE). Se interpreta como reconocimiento de derechos derivados de la claridad de los valores y principios constitucionales⁵⁸.

Los derechos sociales, económicos, culturales, civiles, políticos y ambientales, consagrados en principios constitucionalizados, no pueden ser sustraídos o suspendidos individual o colectivamente. Suponen para el Estado obligaciones de prestaciones, de acciones u omisiones, en parte onerosa y en parte no onerosa. Responden a la existencia de necesidades o de intereses amenazados. Son de igual jerarquía, por lo que se deberá proceder a una ponderación que valore la posición mayor o menor de cada persona en función del objetivo, y que trasciende de la dimensión subjetiva de los derechos a una atención directa de las necesidades, como una forma de mantener la paz social⁵⁹.

1.2.6. Derechos fundamentales

Las distintas revoluciones de la humanidad y los movimientos sociales han plasmado principios jurídicos tales como igualdad, libertad y fraternidad, gérmenes de un Estado liberal. El Estado constitucional del Siglo XX tutela y protege los derechos fundamentales como ejes estructurales⁶⁰.

Diversas corrientes han tratado de explicar los derechos fundamentales. Los iusnaturalistas proponen que hay derechos naturales cuya superioridad está dada por ser anteriores al Estado y al Derecho positivo. La tradición iuspositivista otorga al Estado la facultad de otorgar esos derechos, de tal manera que el Derecho positivo queda por encima del Derecho natural.

⁵⁸ Marco Aparicio Wilhelmi. *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Derechos: enunciación y principios de aplicación. Humanos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito-Ecuador. Imprenta: V&M Gráficas, 1ra edición: octubre 2008. p.27.

⁵⁹ *Ibíd.* p. 29.

⁶⁰ Marco Aparicio Wilhelmi. *Op. Cit.* p. 30

Ferrajoli define los derechos fundamentales como “todos los derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas o ciudadanos con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por estatus la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”⁶¹.

La definición de Ferrajoli se caracteriza por: 1) Ser teórica. No se basa en las normas de un ordenamiento concreto. 2) Ser puramente formal o estructural. Se fundamenta solo en el carácter universal de su imputación; 3) Ser neutral, pues puede ser válida para cualquier filosofía política o jurídica. Este rasgo se considera como la fragilidad de la propuesta.

Concibe al constitucionalismo como un sistema de vínculos o prohibiciones. Describe los deberes impuestos por la Constitución a los poderes públicos, mediante Principios y derechos fundamentales; su efectividad reside en la rigidez de los procedimientos de reforma y control jurisdiccional de la constitucionalidad de sus leyes, tanto en sus aspectos formales (relativos al quién y al cómo) y substancial (“qué cosa”). El derecho resulta positivado en sus condiciones de validez, por ejemplo el derecho de libertad no puede ser lesionado, los derechos sociales son de cumplimiento obligatorio. La legalidad que los derechos fundamentales, condicionan y regulan al legislador, que deben ser garantizados y satisfechos mediante la elaboración e implementación de técnicas idóneas para asegurar su máxima efectividad⁶².

¿Cuáles son los derechos fundamentales? Se presentan tres respuestas. La primera, la Teoría del Derecho sostiene que son los derechos que se encuentran adscritos a los derechos universales, se formulan como regla general con dependencia de una voluntad política. La segunda respuesta, argumenta el Derecho Positivo, que los derechos universales deben estar comprendidos en el ordenamiento positivo anterior a la Constitución, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH), Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, Tratados y Convenciones de

⁶¹Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta. 1989. p 860.

⁶²Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta. 1989. pp. 114-116

Derechos Humanos, que los reconocen. La tercera respuesta, que procura la Filosofía Política definiéndoles como: todos los derechos que sean necesarios para garantizar la paz. Como un primer criterio: El derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad, los derechos civiles, políticos y sociales. El segundo criterio es el derecho de minorías, entendido como el derecho de libertad que garantiza igual valor a las diferencias personales; y, el derecho a la igualdad de los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales. El tercer criterio se refiere al papel de los derechos fundamentales: a) La ley del más débil en alternativa a la ley del más fuerte, es decir el derecho a la vida; b) El derecho a la inmunidad y libertad contra el derecho del arbitrio de quien es más fuerte políticamente; y c) Los derechos sociales o de supervivencia contra la ley de quién es más fuerte social y económicamente⁶³.

Los derechos fundamentales que reconoce la Constitución 2008 en su Título II, tienen el siguiente detalle: Los derechos del buen vivir son: el agua y alimentación, un ambiente sano, la comunicación e información, cultura y ciencia, educación, a un hábitat y vivienda, a la ciudad, a la salud, al trabajo y a la seguridad social; derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, como los adultos mayores, jóvenes, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad, y las personas usuarias y consumidoras; los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza; y, en el Capítulo VIII, encontramos los derechos de protección. Esta organización de derechos constitucionales (DC) otorgados a sus titulares (Art. 10 CRE), cuenta con un paquete de principios constitucionales que determina el reconocimiento y la aplicación de los derechos, en torno a sus titulares, a la forma de ejercicio, y a los instrumentos de sus garantías Art. 11 CRE.

Los principios de los DC son: a) Inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; b) No pueden ser objeto de restricción y/o supresión, ni por decisión colectiva; c) Son de directa e inmediata aplicación; e) No son excluyentes frente a los reconocidos en ordenamiento jurídicos internacionales. Se encuentran garantizados por medio del control constitucional de las leyes, que declaran

⁶³ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta. 1989. p. 117.

como ilegítimas las que no reconocen tales derechos⁶⁴. En el caso ecuatoriano, los derechos fundamentales no son concesiones arbitrarias del constituyente, responden a un sistema de valores previos a la Constitución; son derechos humanos positivados en el ordenamiento jurídico, ligados a la dignidad de las personas. Son de carácter universal, se encuentran en los instrumentos internacionales relativos a los derechos y libertades de las personas humanas.

Estos derechos, tienen varias etapas: a) Su incorporación detallada en las Constituciones, pasan de derechos humanos a derechos positivados; b) La progresiva extensión: una prolongación al interior de los derechos de libertad, el movimiento de los derechos civiles a los derechos políticos; y, la transformación de los derechos sociales de Estado democrático y liberal a Estado democrático y social. c) La etapa de universalización de los derechos del hombre, su protección pasa del sistema interno al sistema internacional. Se abre la posibilidad real de demandar frente a un superior al propio Estado. d) La especificación de los derechos del hombre, en el sentido de ser atribuibles al hombre en general, así de género, infancia, ancianos, enfermos, incapacitados. Claro está, que se habla de una pretensión no de su satisfacción, cuya protección es más difícil.

Su eficacia hace patente el progreso moral de un Estado, El camino de la paz y el de la libertad, pasa por el reconocimiento y protección de los derechos del hombre, frente a las nuevas formas de opresión provocadas por el crecimiento del poder del hombre sobre sí mismo y sobre la naturaleza⁶⁵. Su falta de protección es motivo para que surja el derecho a la resistencia y la desobediencia civil⁶⁶ La Declaración Universal (1948), postula que los Derechos Humanos deben gozar de la protección en normas jurídicas; su positivación en la Constitución los eleva a la categoría de fundamentales, que gozan de una estructura normativa; permite a una persona humana hacer o abstenerse de hacer algo, actos ligados a la dignidad humana. Bajo esta perspectiva podemos ver la versión formal y constitucional de los derechos humanos .

En el sentido formal, los derecho constitucionales son todos los derechos contenidos en la Constitución sea o no fundamental. También puede tener una acepción sustantiva, y referirse a todos los derechos necesarios para la vida constitucional. Son

⁶⁴ Norberto Bobbio. *Teoría General de la Política*. México. Editorial Trotta. 1996. p. 478.

⁶⁵ *Ibíd.* pp. 518-522

⁶⁶ *Ibíd.* p. 534.

Contenidos en normas jurídicas supremas y se constituyen como presupuestos de validez material para la creación, interpretación de otras normas del derecho infraconstitucional. Los derechos fundamentales, son instituciones jurídicas, entendidas como el conjunto de derechos subjetivos y garantías reconocidas en la Constitución, que tienen relación con los actos que permiten el desarrollo integral de la persona en la comunidad a la cual pertenecen; constituyen una categoría del Derecho Positivo y para tener eficacia requieren ser reconocidos.

Este sistema de derechos tiene como anclaje los principios de aplicación, que son las garantías primarias y secundarias, constituyen los mecanismos que aseguran su exigibilidad, con capacidad de resistencia constitucional frente a los poderes públicos y privados⁶⁷. Son aplicables de forma inmediata, sin que medie una ley (Art. 11 CRE). Su efectividad estaría dada por las garantías jurisdiccionales, el debido proceso (Art. 76 y 77 CRE) en un ejercicio directo y gratuito.

1.2.7 Garantismo

En el plano jurídico, el garantismo se afianza en los derechos subjetivos o bienes individuales y/o colectivos.

Se puede decir que un Derecho Garantista, es aquel que establece mecanismos para la defensa de los individuos frente a una eventual vulneración por parte de otros individuos y sobre todo por parte del poder estatal. Los mecanismos jurídicos son los límites y vínculos del poder público o particular. Maximizan la realización de los derechos y minimizan sus amenazas, en todos sus posibles roles. Tanto como persona, administrado, arrestado, imputado y otros. De esta manera, se condiciona que la Constitución reconozca los derechos para ser tutelados⁶⁸.

Para Ferrajoli, la ausencia de garantías no expresa la inexistencia de los derechos. Frente a la inexistencia de los mismos se habla de lagunas primarias, y en el

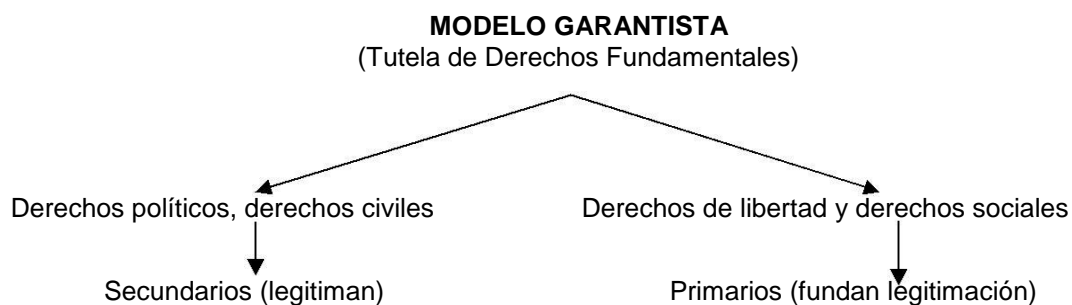
⁶⁷ Marco Aparicio Wilhelmi. *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Derechos: enunciación y principios de aplicación. Humanos*. Ministerio de Justicia y Derechos. Quito-Ecuador. Imprenta: V&M Gráficas, 1ra edición: octubre 2008. p. 25.

⁶⁸ Para que un derecho fundamental logre su materialización debe contar con los mecanismos idóneos de tutela efectiva, medio para su defensa o reparación, como lo establecen los Arts. 76 y 77 de la CRE, referentes al debido proceso. El Art. 86 CRE dice que los derechos pueden ser reivindicados frente a una jueza o juez del lugar del acto, omisión o lugar donde se producen sus efectos (Art. 86 No 2 CRE).

caso de ausencia de garantías se habla de lagunas secundarias. Esto ocurre cuando en el procedimiento no está prevista la sanción de la violación. La tarea consiste en llenar esta falta de norma, para que el derecho sea práctico⁶⁹. Los órganos de la materialización de los derechos, que construyen la institucionalidad, son los jueces en tanto aplican el orden jurídico como garantes del sistema.

Gráfico No 7

Título: Dinámica del Estado Garantista



Fuente: Norberto Bobbio. *Liberalismo y Democracia*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1986.

Elaborado por: Gilda Guamán.

Ferrajoli establece tres formas relacionadas entre sí para entender el Garantismo y son susceptibles de ser tratadas en el ordenamiento jurídico:

- a) El garantismo como un modelo normativo de Derecho o de estricta legalidad.
- i) En el plano político, es la técnica de tutela de los derechos fundamentales como límites.
- ii) En el plano jurídico, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de las personas humanas⁷⁰. Un Estado garantista se define por el grado de atención que otorga a los principios constitucionales y a su práctica efectiva. La bondad de un Estado Constitucional está dada por la efectividad e idoneidad de los mecanismos de validación y reparación de los derechos fundamentales; por las técnicas coercitivas que permitan el control y el ejercicio del derecho legítimo, hasta lograr la legitimidad formal y sustancial de los derechos fundamentales. Justicia creada a partir de la redimensión del concepto de democracia.

⁶⁹ *Constitución de la República del Ecuador*. Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008.

⁷⁰ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid. Editorial Trotta 1.989. p. 851.

b) Según la Teoría del Derecho y Crítica del Derecho, el Garantismo puede entenderse como la Teoría Jurídica de la “validez” y de la efectividad de las normas. Separa en el Derecho, el ser y el deber ser, el sistema normativo y la realidad jurídica. Opera como una doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación. Propone un iuspositivismo crítico frente al iuspositivismo dogmático. Privilegia el contenido ante el esquema riguroso de producción y vigencia de la norma. Retoma las tres características de la norma: validez, vigencia y eficacia. Dota de sustancia a la ley ante la existencia de lagunas y antinomias. De tal forma que el juez posee discrecionalidad y se encuentra obligado a emitir juicios de validez de las normas y de la positivización de los derechos. constituyen cualidades propias del positivismo jurídico y del garantismo.

c) Desde la Filosofía Política que concibe al Estado como un instrumento o fin para garantizar los derechos fundamentales, impone al Derecho y al Estado una carga de justificación de su existencia. Asume un punto de vista externo, común en toda doctrina democrática de los poderes del Estado. Expresa valores primordiales o necesidades naturales, que argumentan la razón de ser de las instituciones jurídicas y políticas. La carga de justificación externa e idónea, admite defensas contingentes y condicionadas, más no absolutas. Ferrajoli retoma las doctrinas heteropoieticas, éstas sostienen que el Estado es un medio legitimado solo para de garantizar los derechos fundamentales; políticamente es ilegítimo si no los ampara o peor aún si el mismo los viola. Establece una deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas, subordinadas en forma directa a la eficacia con la que los derechos estén amparados⁷¹.

Para Ferrajoli, estas tres teorías delimitan los fundamentos de una Teoría General del Garantismo; los cuales son: “el carácter vinculado del poder público en el Estado de derecho. La divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de legitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior. La distinción entre un punto de vista externo (o ético-político) y un punto de vista interno (o jurídico), la divergencia entre justicia y validez. La autonomía y procedencia del primero y cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes⁷². Los argumentos de este modelo son aplicables en el ordenamiento jurídico, en la legitimación de justicia y en el modelo garantista de

⁷¹Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid. Editorial Trotta 1.989. p. 853.

⁷²Ibíd. p 854.

legalidad. El presupuesto principal de esta teoría es la separación entre Derecho y moral. Autores como Bidart Campos, Ferrajoli y Bobbio coinciden, en afirmar que un derecho sin garantía es inexistente o inocuo.

Según Avila Santamaría pueden darse tres situaciones de las garantías frente a los derechos: a) no hay garantías, pero hay derechos, b) hay garantías deficientes y derechos y c) hay garantías adecuadas para cada derecho.⁷³

La Constitución del 2008, clasifica a las garantías en dos: a) En relación a los poderes del Estado y b) En relación a los derechos en la justicia constitucional. Las primeras son: normativas (la institución del Estado con capacidad de normar), políticas públicas (autoridades con capacidad de realizar plan, programa o proyecto). Las segundas son jurisdiccionales (control judicial de los actos públicos). Las garantías normativas son aquellas emanadas por autoridades del Estado con capacidad para dictar leyes, reglamentos, ordenanzas o resoluciones. Quedan obligadas “a adecuar esa norma a la Constitución y a desarrollar en lo que se pueda y corresponda a los derechos”⁷⁴

Las garantías jurisdiccionales se clasifican en: la Acción de Protección que protege todos los derechos; la Acción de Habeas Corpus que resguarda el derecho a la libertad, integridad física y vida; la Acción por Incumplimiento garantiza la aplicación de la norma, sentencia o informe sobre una obligación de hacer o no hacer, la Acción de Habeas Data que protege el acceso y uso de la información privada personal; la Acción de Acceso a la información pública que avala el derecho a conocer de forma íntegra y completa la información pública; la Acción Extraordinaria de Protección defiende los Derechos Humanos en el ámbito judicial ordinario; y, las medidas cautelares.

⁷³ Ramiro Avila Santamaría. *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Las garantías: Herramientas imprescriptibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución 2.008. Ministerio de Justicia y Derechos Quito. V&M Gráficas, 1ra edición, octubre 2008. p 90.*

⁷⁴ Ramiro Avila Santamaría. *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Las garantías: Herramientas imprescriptibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución 2.008. Ministerio de Justicia y Derechos Quito. V&M Gráficas, 1ra edición, octubre 2008. p 90.*

75

Gráfico No 8 Título: Las Acciones

GARANTIA	DERECHO PROTEGIDO	AUTORIDAD COMPETENTE
ACCION DE PROTECCION Art. 88 CRE.	Todos los derechos	Juez de Garantías Constitucionales.
HABEAS CORPUS Art. 89 CRE.	Libertad, integridad física y vida	Juez de Garantías Constitucionales.
ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ART. 91 CRE.	Acceso a la información pública fidedigna.	Juez de Garantías Constitucionales
ACCIÓN DE HABEAS DATA ART. 92 CRE.	Acceso a sus documentos, datos genéticos, banco de datos y otros que consten en entidades públicas o privadas.	Juez de Garantías Constitucionales.
ACCION DE INCUMPLIMIENTO ART. 93 CRE.	Acceso a la información pública Intimidad Eficacia del Sistema Jurídico	Corte Constitucional
ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION Art. 94 CRE	Derechos Humanos	Corte Constitucional

Fuente: Ramiro Avila Santamaría. *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Las garantías: Herramientas imprescriptibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución 2.008. Ministerio de Justicia y Derechos Quito. V&M Gráficas, 1ra edición, octubre 2008. p 90.*
Elaborado por: Ramiro Avila Santamaría. *Desafíos Constitucionales.2.008*

Según la naturaleza de la garantía se dividen en cautelares y de fondo o conocimiento. Las primeras tienen un efecto de prevención o de suspensión, carecen de procedimiento judicial y el juez se halla obligado a resolver y tomar medidas inmediatas para evitar violación inminente de un derecho. La Constitución las reconoce expresamente como medidas cautelares. Las garantías de fondo o conocimiento buscan la reparación del daño causado por violación de uno o varios derechos, el juez debe comprobar el hecho transgresor y de existir lo declarará y ordenará las formas o procedimientos de reparación del daño⁷⁵.

Las garantías se las constituyen como instrumentos jurídicos constitucionales, cuyo ejercicio se lo realiza ante los jueces y juezas constitucionales como garantes

⁷⁵ Ramiro Avila Santamaría. *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Las garantías: Herramientas imprescriptibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución 2.008. Ministerio de Justicia y Derechos Quito. V&M Gráficas, 1ra edición, octubre 2008. p 95.*

de la eficacia del ordenamiento jurídico, que se lo logra a través de sus sentencias enmarcadas en los principios constitucionales. No hay derechos sin garantías.

Los jueces bajo las limitaciones impuestas por la Constitución, se convierten en los veedores constantes, en garantes judiciales de la protección de los derechos, no obstante todas las funciones del Estado, ejecutivo, legislativo, electoral, y la función de transparencia y control social, se encuentran obligados a garantizar los derechos constitucionales, (Art. 11 No 9 CRE); y el Estado tiene como máximo deber la protección los derechos.

Los derechos fundamentales los reconoce la Constitución, con una valoración o justificación axiológica, o juicios de valor jurídico, gozan de instrumentos jurisdiccionales que los protegen frente al propio poder constituyente; subordina la Ley a la Constitución; el sistema normativo queda sujeto al control constitucional y a la organicidad de la misma; reconoce tanto los derechos como sus garantías.

1.2.8 Principios de aplicación de los derechos.

Para Norberto Bobbio los principios generales del derecho son normas fundamentales o generalísimas del sistema.

Estos se encuentran desarrollados en el Art. 11 de la CRE para la aplicación de los derechos, de la siguiente forma:

a) Los jueces constitucionales como las autoridades competentes obligadas a garantizar su cumplimiento, ante ellos puede concurrir cualquier persona en igualdad de derechos, oportunidades y deberes; en caso de desigualdades la persona será beneficiada con acciones positivas (afirmativas) por parte del Estado; por ejemplo una legislación a favor de los discapacitados para fomentar una igualdad real, ellos tienen protección especial como reza el Art. 35 de la CRE, como grupos de atención prioritaria, y tal condición se ratifica en el Art. 424 CRE y los Tratados Internacionales. Son normas que reconocen la prevalencia de sus derechos sobre cualquier otro contemplado en cualquier norma del sistema jurídico. Se proscribire toda forma de discriminación en el pleno ejercicio de sus derechos.

b) En materia de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y demás Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos son de directa e inmediata

aplicación; el Art. 426 de la CRE obliga a todas las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos a su aplicación y cumplimiento inmediato; cualquier exigencia de condición o requisito que no estén contemplados en la Constitución no serán admitidos.

c) La norma jurídica que contenga restricción en el contenido esencial de los derechos y garantías es inválida.

d) El principio de interpretación *pro homine*, ratificado en los Arts. 417, incisos segundo y tercero, 426 y 427 de la CRE, son de carácter no restringibles tanto en su interpretación y como aplicación, a más de ser de naturaleza inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, además son implícitos pues todas las normas constitucionales contienen principios gérmenes en cuanto a los derechos fundamentales, cualquiera que se deriven y de clausula abierta por parte de los Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador;

d) Son derechos programáticos, que tornan inconstitucionales cualquier norma, política pública o acto que contraríe el desarrollo progresivo de los mismos, principio de progresividad, ratificados en los Arts. 340 y 341 CRE. El más alto deber del Estado es la protección de los derechos de las personas, tiene responsabilidad patrimonial y este puede repetir contra la servidora o servidor, funcionaria o funcionario que vulnere los derechos fundamentales.

Los principios de aplicación están claramente exteriorizados en el ordenamiento constitucional, con una concreta formulación positiva e histórica y universalmente conocida, como por ejemplo, el principio *pro homine*, de carácter general y expreso, constituye una fuente formal, dotada de fuerza de convicción jurídica; es norma fundamental que debe valorarse desde el punto de vista estructural.

Los titulares de los derechos son las personas humanas con facultad para ejercer los principios de aplicación de los derechos y lo ejercerán mediante los instrumentos constitucionales ante los jueces llamados a ejercer la protección de los DC.

1.3 El rol del Juez en la administración de justicia constitucional.

El dogma de la plenitud nació probablemente en la tradición románica medieval. Un Derecho sobre el cual no había nada que agregar, con reglas suficientes. El buen intérprete estaba en capacidad de resolver todos los problemas jurídicos presentes y futuros. Se desarrolló la técnica de la hermenéutica con la cual el intérprete debía excavar la infinita sabiduría jurídica. Puede resumirse diciendo que se había desarrollado un método de la extensión a costa del método de la equidad. Inspirado en el principio de la autoridad, antes que en la naturaleza de las cosas. En la modernidad, este dogma fue el fundamento de la concepción estatalista del Derecho; donde la producción jurídica era monopolio del Estado y se vuelve necesario un derecho paralelo para romper este privilegio.

Se mantuvo grandes codificaciones conforme al sistema vigente, con las cuales el juez debía juzgar. El código se convierte en el prontuario infalible del cual no puede apartarse: se trata del “fetichismo legislativo”⁷⁶. En Francia, la escuela de la exégesis plantea que el código se basta a sí mismo. En 1925, Eugene Erlich, adjudica a este dogma el problema del razonamiento jurídico, se fundamentó en tres presupuestos: la proposición de todo ordenamiento jurídico es la norma, ésta siempre debe ser una ley del Estado y todas ellas deben formar una unidad. A pesar de que el problema de las lagunas fue planteado de manera crítica.

A fines del siglo XIX, la escuela científica surge simultáneamente en Francia y Alemania. Cuestiona el monopolio estatal del Derecho y que este no es completo. Afirmaron que el Derecho Positivo está repleto de vacíos y para cubrir es necesario confiar en el poder creativo del juez. Este es el llamado a resolver los casos suscitados en las relaciones sociales más allá de la regla preconstituida⁷⁷. Su propuesta se fundamentó en a) el envejecimiento de los códigos y el desarrollo industrial generó eventos desconocidos para legislar; b) El desarrollo de la filosofía social y de las ciencias sociales, que se caracterizó por la polémica y una lucha contra el Estado; c) El descubrimiento de la sociedad por debajo del Estado, la filosofía hegeliana planteó la transformación de los medios de producción, hacía una vida contrastante con el Estado; d) La Sociología hizo evidente el desfase entre el derecho positivo y la realidad social; e) Asumió la tarea de demostrar que el Derecho era un fenómeno social, era un producto de la sociedad y no solamente del Estado, el juez y el jurista debían deducir

⁷⁶ Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis 2005. pp. 211-21

⁷⁷ *Ibíd.* pp. 213-214.

las reglas jurídicas adecuadas a las necesidades de la sociedad, a la dinámica entre las diversas fuerzas sociales y los intereses que estas representan. No debe limitarse a las reglas cristalizadas de los códigos.

La plenitud del derecho no era más que una exigencia social de justicia y la certeza uno de los valores supremos que debían servir al ordenamiento jurídico. Detrás de un método hay una lucha ideológica, ¿Cuál era el deber de los juristas? ¿Estos debían defender una justicia legal o substancial? Sostuvieron que las lagunas del Derecho son un “espacio jurídico vacío”, que surgió de una aparente identificación de lo jurídico con lo obligatorio, algo distinto al ordenamiento. Frente a este argumento se distinguieron los ámbitos del permiso o el de libertad, el primero jurídicamente relevante y el segundo irrelevante. Esta contradicción no puede existir, dado que lo lícito o ilícito no puede excluirse mutuamente. No puede haber una situación que sea lícita e ilícita al mismo tiempo. Puede hablarse de libertad no jurídica como libertad no protegida. La libertad protegida, aquella garantizada frente al incumplimiento de terceros o al Estado que impidan su ejercicio, por medio de la coerción jurídica. El ámbito del permiso jurídico puede ser considerado desde la obligación de no impedir su ejercicio. Al Estado se le impone la obligación de proteger y a la persona el derecho a elegir. En la libertad no protegida, cambia la relación entre el derecho y el deber⁷⁸.

Una segunda teoría denominada de la norma general exclusiva. Sostiene que regular un comportamiento no se limita la reglamentación y a sus efectos jurídicos. Sino que además de modo simultáneo excluye todos los otros comportamientos. No existe un espacio jurídico vacío, sino esferas de acciones reguladas por normas generales exclusivas. Toda actividad humana estaría regulada por normas particulares y normas generales exclusivas.

Uno de los criterios que caracterizan al Derecho, es el sujeto al cual está destinada la norma. Tiene un significado por la convicción de obligatoriedad, el incumplimiento le enfrenta al poder judicial con una posible una sanción. Está destinada a los súbditos y a los jueces a quien una norma del ordenamiento le atribuyó el poder y el deber de determinar si hay razón o culpa, y a establecer si es posible la

⁷⁸ Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis 2005. pp. 218-220

ejecución de una sanción”⁷⁹. Las escuelas sociológicas dan énfasis a la figura del juez creador del Derecho. Surge el problema de considerar como verdadero Derecho al derecho viviente o en formación. Distinguen fuentes de conocimiento y fuentes de calificación de derecho. El derecho vivo como una fuente de conocimiento, es una serie de hechos de los cuales el juez saca las aspiraciones jurídicas de la sociedad. Para que adquieran un carácter jurídico es necesario que el juez las acoja y les atribuya una normativa. Una capacidad inherente a su función de órgano capaz de producir normas jurídicas.

El Derecho viviente no es Derecho hasta cuando no sea eficaz, requiere que el juez sea reconocido como creador de Derecho para que éste sea válido. Cuando el juez descubre reglas existentes en la realidad social que aún no lo son, las reconoce como tales y les da fuerza coactiva, es creador de Derecho. Entonces el juez y el legislador pueden ser considerados como fuente de conocimiento y calificación jurídica⁸⁰.

La escuela realista, particularmente Roscoe Pound, planteó que la interpretación y la aplicación del Derecho parte de los hechos sociales, de ellos se deriva el derecho y su regulación. Para Jerome Frank, el Derecho es una permanente creación del Juez, en el momento en que decide una controversia. Desmitifica el principio de la certeza del Derecho entendida como la previsibilidad del Juez. Estos problemas se resolvieron en torno a la investigación y reevaluación otras fuentes del Derecho como son: el Derecho consuetudinario y el Derecho judicial (el juez legislador)⁸¹.

Para completar el ordenamiento jurídico también se puede recurrir a los métodos de heterointegración y autointegración (terminología de Carnelutti). El primero tiene dos métodos: i) Puede recurrir a otros ordenamientos y ii) recurrir a fuentes distintas del sistema dominante (legislativo). Y, en caso de existir lagunas, pueden ser resueltas con el poder creativo del juez, también denominado Derecho judicial. El Derecho anglosajón uno de sus mayores exponentes, le reconoce al Juez un poder creativo de Derecho, en ciertos casos le otorga el poder o facultad de fallar en equidad. Por otro lado, el Código Civil suizo para el caso de lagunas, reconoce al juez la capacidad de resolver como si

⁷⁹Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis 2005., p147

⁸⁰Ibíd. pp. 38.146-147.

⁸¹Ibíd. p 36.

fuese legislador. Se ha visto que no ha hecho uso de tan amplios poderes, con lo que demuestra el apego de la tradición jurídica a la autointegración. Entendida como la unificación llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante o recurrir mínimamente a otros ordenamientos o fuentes⁸².

Cuando se observa el paso de la Ley ordinaria a la decisión judicial, la regulación dada por el Juez en un caso concreto, se encuentran dos límites: i) sobre el derecho sustancial, entendidas como reglas dirigidas a los jueces antes que a los ciudadanos. Límites de contenido al poder normativo del juez, que le obliga al momento de decidir, buscar y encontrar una solución prevista en la ley. De no haber correspondencia puede declararla sin valor, igual en el caso cuando una ley no se encuentra acorde a la Constitución; ii) el Juez se halla sujeto al cumplimiento de las normas de procedimientos, limitan su actividad creadora de normas jurídicas. Ésta debe cumplir un rito que establece la Ley, en el paso de la Ley al Juez. Considera que es difícil que se dé la ausencia de límites materiales, aún en los casos de concesiones de amplio poder creador. Tienen límites que se derivan de fuentes superiores, puede ser el precedente judicial, la costumbre⁸³.

La Constitución de 1998, se contempló el reconocimiento de los derechos constitucionales no judicializables; en consecuencia no contó con normas constitucionales procedimentales para el ejercicio de los mismos y sus instrumentos de garantía. La Constitución del 2008 establece normas generales de procedimiento constitucional tanto para los derechos como para las garantías. Ante una jueza o juez de primera instancia del lugar en que se origino el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, se inicia el proceso con una demanda y puede ser propuesta por cualquier ciudadano; es el órgano competente de Justicia Constitucional, garante de los derechos constitucionales, conforme lo establece el Art. 86 numeral 2 de la CRE. Con la sentencia ejecutoriada el proceso se remite a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia, con carácter vinculante y obligatorio. Transforma el derecho adjetivo en un instrumento de seguridad jurídica en materia de protección de derechos constitucionales, y puede determinarse una exigibilidad de los mismos.

⁸² Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis 2005.,. pp. 230-232.

⁸³ *Ibíd.* pp. 166-167.

El juez constitucional, en caso de haber constatado la vulneración de los derechos, en sentencia la declarará y ordenará su reparación integral, material e inmaterial, con especificidad de las obligaciones positivas y negativas a cargo de los destinatarios de la sentencia. La tarea del juzgador no concluye sino con el cumplimiento de la reparación de los derechos vulnerados Art. 86 No 6 de la CRE.

El juez de primera instancia, tiene atribuciones constitucionales en dos ámbitos: primero, en la resolución de las Acciones, como la de protección, Habeas Corpus, habeas data y las demás señaladas en el texto constitucional; y, segundo lugar, en el control difuso de la constitucionalidad, para otorgar a las decisiones una mayor certeza jurídica⁸⁴. Su marco de actuación es la defensa de la Constitución como norma suprema y ante la inconstitucional de una norma, remitirá el proceso a la Corte Constitucional a fin de que resuelva.

Con el recurso constitucional de apelación, sube el proceso a las Cortes Provinciales de Justicia y de ésta a la Corte Constitucional. Quienes cuentan con jurisdicción y competencia constitucional. Por otro lado, las sentencias aún las de casación, dictadas por la Corte Nacional de Justicia que vulneren los derechos constitucionales, pueden ser revisadas por la Corte Constitucional, mediante el ejercicio de la acción extraordinaria de protección. El juez está obligado a velar el cumplimiento de la Constitución y tutelar los derechos constitucionales vulnerados, los torna eficaces, con una función crítica y valorativa de la Ley. Su aplicación diaria da validez al ordenamiento jurídico, en cuanto ejercita los principios y derechos normativos constitucionales, sin mediación de Ley. Es el ejecutor de la Constitución por su contacto permanente con la norma, la sociedad y los afectados en sus derechos⁸⁵.

1.3.1. Determinación de la vulneración de los derechos constitucionales

El diccionario de la Real Academia de la lengua, define vulnerar como la acción de: Transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto. La Constitución 2008 prescribe

⁸⁴ Franco Sánchez Hidalgo. *Del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de derechos y justicia: Modelo Garantista y Democracia sustancial del Estado. Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional. La Corte Constitucional para el período de transición. La Función Judicial y la Justicia Constitucional en la nueva Constitución. Quito. Editorial Quipus-CIESPAL. 2009. p 74*

⁸⁵ Jorge Zabala Egas. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación jurídica. Guayaquil Edilex S.A. 2010. p 360.*

que los derechos constitucionales al ser vulnerados por acción u omisión por persona natural o jurídica, privada o pública, cuentan con una acción constitucional general o especial para su exigibilidad, constituyen instrumentos de garantía que buscan eficiencia en la protección de los derechos de las personas humanas. Frente a la afectación, debemos plantearnos una pregunta: ¿Quién se determina la vulneración de un derecho constitucional y cómo?

Para contestar se puede afirmar: el Juez conoce la acción y determina si existe o no vulneración de los DC, y cuenta con un proceso constitucional. Atiende a condiciones tanto formales como materiales. El Juez cuenta con un marco de principios de interpretación tanto en el campo normativo como fáctico. Uno de ellos es la ponderación, en torno a la no jerarquización de los derechos constitucionales. Asume una organización móvil de los derechos, atendiendo a sus condiciones y circunstancias de un determinado caso. Esta ruptura es temporal, existe bajo condiciones excepcionales en tanto las condiciones fácticas varíen. No implica una propuesta de prevalencia de un derecho sobre otro, sino es una respuesta a una condición particular.

El uso del método de la ponderación para la determinación de la vulneración de un derecho frente otro igualmente fundamental, debe responder a los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en su sentido más estricto. "Cuanto mayor es el grado de afectación de un derecho, tanto mayor debe ser el grado de satisfacción del derecho opuesto". Nos indica la necesidad de definir el resultado por la afectación grave, media o baja de un derecho constitucional. ¿Cómo lo determina el juez? Mediante una determinación previa de la afectación y una argumentación de cara a la solución del conflicto. Entra en juego el ejercicio de motivación del intérprete del conflicto. Se las establece a través de razones sólidas, suficientes y válidas, que se producen en el proceso sobre el derecho vulnerado. La motivación de las condiciones fácticas en sus ámbitos de espacio, plazos y niveles de determinación.

La ponderación, como técnica de determinación de la vulneración de un derecho, es criticada por la indeterminación que causa en el Derecho. Se dice que este fenómeno no ocurre con las normas, las cuales siguen un proceso estricto, un presupuesto de hecho y una conclusión. También es muy criticada en tanto produce una carga valorativa en el Juez, dotándole de un gran margen de subjetividad. Alexy reconoce que la ponderación no es una solución definitiva cuando se da la colisión de dos derechos constitucionales, ésta labor se encuentra a cargo del Juez, quien debe argumentar las razones por las

cuales un derecho es prevalente a otro. Con lo dicho llegamos al punto en que si el juez de garantías concede o no la acción. De hacerlo se puede inferir que se produjo una afectación al núcleo del derecho demandado, se produjo un juicio de fondo. Con una valoración normativa y axiológica. Para el caso de una negativa, se entendería que no existieron precisiones valorativas que cumplan ciertos estándares. Es decir la denegatoria no se limita a una resolución de un conflicto, sino una estimatoria de que no existieron elementos suficientes. Queda latente la idea que se dio una vulneración de un derecho fundamental en su contenido no esencial y quedaría otra vía procedimental para su exigencia.

Por el carácter de sumario del proceso constitucional, el Juez debe actuar la prueba admisible de forma inmediata, que se encuentra adjunta a la demanda. Su evaluación tiene un carácter de directa aportación y convencimiento. La convicción, se entiende como un juicio mínimo de suficiencia probatoria, que permita establecer la existencia de bases normativas y fácticas, que harían necesaria la tutela de urgencia. Es eficaz en tanto se adjunta en forma directa e inmediata al proceso constitucional y la decisión del juez se basa en ella. También encontramos las bases normativas, que determinan la existencia de la vulneración de un derecho constitucional. Tienen un carácter relevante por definir la forma de vulneración de un derecho, pero resulta insuficiente la simple enunciación. Requiere una adecuada base descriptiva, fáctica y suficiente, para determinar la existencia del quebrantamiento del derecho y cuál es su nivel. Con toda esa carga, el juez procedería a constatar la situación violatoria, sea de acción u omisión, y justifique tomar las medidas preventivas o reparatorias que se demandan.

El reclamo del acto violento, evidencia la relación directa entre los hechos fácticos y la justificación de la vulneración, sujeto a prueba. Los hechos justificados determinan si la afectación es grave, media o leve, son el argumento de la decisión del Juez. Así como son necesarios los exámenes de idoneidad, también lo son determinar la necesidad de las medidas y el peso o importancia de los derechos constitucionales en cuanto al grado de satisfacción de los objetivos constitucionales.

Le queda al juzgador constitucional una facultad discrecional sujeta a la motivación adecuada, para construir su decisión en relación a la norma jurídica y a los hechos fácticos. A más de lo expuesto, la decisión del Juez deberá enmarcarse en la compatibilidad con los principios y valores previstos por la Carta Constitucional, como

soporte axiológico. La motivación es el elemento transcendente que legitima la actuación del Juez frente a la protección eficaz de los derechos constitucionales.

La vulneración puede darse por acto administrativo, norma, política pública y acto judicial. La responsabilidad es vertical, pública o privada, por la relación Estado/persona. La Acción de Protección procede cuando existe una relación de poder, de subordinación o de indefensión, así los derechos constitucionales, tienen carácter de directa e inmediata aplicabilidad, lo cual obliga a su protección por parte de los servidores públicos administrativos o judiciales, de oficio o a petición de parte (Art. 11, numeral 3 CRE) de manera individual o colectiva.

La vulneración de origen normativo, consiste en toda norma que contravenga las disposiciones constitucionales, y carecen de eficacia jurídica. La garantía normativa permite demandar ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de ellas, y lograr su expulsión del sistema normativo.

Toda reforma a la Constitución y leyes del ordenamiento jurídico no pueden desconocer los derechos y garantías constitucionales o restringir su contenido, (Art. 11 No 4 CRE). La Asamblea Nacional y todo órgano Estatal con potestad normativa, está en la obligación de adecuar a los derechos reconocidos por la Constitución y los Instrumentos Internacionales (Art. 84 CRE), las leyes y toda norma jurídica, tanto en sus aspectos formal como material.

La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, son los medios para hacer efectivos los derechos fundamentales, deben garantizarlos sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el particular. Las políticas deben ser reformuladas o se adoptan medidas alternativas (Art. 85 No 2 CRE) favorables a los DC. La Acción de Protección (Art. 88 CRE) faculta demandar las políticas públicas que supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

Finalmente si los actos judiciales, trátase de sentencias o autos definitivos que por acción u omisión vulneren los derechos constitucionales, puede interponerse la acción extraordinaria de protección. Agotados todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, salvo el caso que la falta de interposición de estos recursos, no fueren atribuibles a la negligencia del titular de los derechos. La acción se interpone ante la Corte Constitucional (Art. 94 CRE).

1.3.2. Reparación de los derechos vulnerados.

Un vez que el Juez declara la vulneración de los derechos constitucionales de la víctima, da lugar a la reparación del mismo (Art. 86 de la CRE). La sentencia debe contener la forma específica de los actos positivos o negativos a realizarse para alcanzar la reparación integral tanto material como inmaterial del derecho vulnerado. A la reparación material le corresponde la cuantificación monetaria del daño causado y debidamente justificado. En la reparación inmaterial de lo que no puede ser cuantificado económicamente, cuenta la opinión de la víctima en cuanto a la forma de reparación⁸⁶. Las dos formas de reparación no son excluyentes, pueden aplicarse simultáneamente.

Para que la reparación sea integral, se podría pagar y pedir disculpas. La opinión de la víctima estará siempre presente en el proceso de reparación (hasta su satisfacción). Cuenta con el tiempo que sea necesario, hasta la ejecución total de la sentencia. El Juez que dictó la sentencia, está obligado a tomar las medidas conducentes al cumplimiento de la misma. Si las medidas cautelares proceden con o sin acción, con mayor razón para dar cumplimiento a una sentencia. Se pone en juego la creatividad del juez y su obligación de reparar los derechos constitucionales.

Después de la sentencia, las partes procesales: Juez, titular activo y el obligado permanecen ligados, requiere un proceso en virtud de lograr la reparación integral del derecho. Cuando los derechos que no pueden ser reparados, como es el caso de la desaparición forzosa de una persona, fuera de la reparación económica, requiere de medidas tendientes a modificar lo imaginario y lo social. Toda la sociedad a la que pertenece la víctima sufrió una vulneración a su derecho de vivir en una sociedad de paz. En esa medida los procesos de reparación toman relevancia, se convierte en un conjunto de medidas tomadas por el juez que afectan al equilibrio político y social. Por lo que pueden ser externas y/o internas.

La reparación externa está conectada con el derecho a la verdad y a la justicia igualitaria, no puede ser sustituido por la satisfacción solo material; de serlo daría paso a la compra del silencio y de la impunidad. Desde el punto de vista interno, existe una

⁸⁶ Ramiro Avila Santamaría. *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Las garantías: Herramientas imprescriptibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución. Quito-Ecuador.* Humanos., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. V&M Gráficas, 1ra Edición, octubre 2008. P. 105.

relación directa de la reparación con las víctimas. Las dos deben ser coherentes y complementarias, para lograr un equilibrio político y social.

Para alcanzar la integralidad de la reparación, se hace necesaria la participación directa de las víctimas en el proceso de reparación; pues ellas conocen sus necesidades y prioridades, de tal forma que puedan orientar la forma idónea de reparación. Esto para el caso específico de la reparación no material, la cual no puede venir solo desde el juez, pues este no sufrió la vulneración. La víctima que vivió el estado de anulación personal, recuperó un estado de presencia en su propia existencia, asume un sentimiento de apropiación del proceso y de su presencia como persona humana, como parte del proceso de su recuperación psicológica.

CAPITULO II

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

La Acción de Protección, tiene origen en la prohibición de la autotutela o justicia por propia mano. Es consecuencia del monopolio del Estado sobre la jurisdicción, como su único titular. Es un instrumento de tutela judicial efectiva, para acceder a la justicia o pedir la intervención de ella mediante los órganos jurisdiccionales, en búsqueda de protección sus derechos constitucionales.

Para la protección de los derechos de las personas humanas, se crearon instituciones jurídicas que cumplan dicha función y a los particulares se les otorga la facultad para activarlos. La Acción, a más de herramienta de garantía, es un derecho constitucional de protección jurisdiccional efectiva del Estado, de carácter subjetivo, público y de naturaleza fundamental, que tutela los intereses reconocidos.

La Constitución de 1878, dio inicio a la protección de los derechos del hombre mediante el ejercicio jurisdiccional y sin firma de abogado⁸⁷.

En la Carta Magna del año de 1945, el Estado reconoció veinte derechos. Estableció la responsabilidad de los funcionarios públicos y crea el Tribunal de Garantías Constitucionales. Nace como órgano con facultades limitadas para: excitar, observar, dictaminar y suspender la vigencia de normas inconstitucionales. Establece un proceso rápido ante el Congreso, pero no cuenta con independencia⁸⁸.

En 1967 la Constitución reconoció los Derechos Humanos y los garantiza. La norma constitucional gozó de supremacía. La ley protegía a las personas humanas del abuso del poder público y de particulares. Reconoce el derecho de reparación que obliga al Estado y el de repetición contra el vulnerador. La Carta Magna concede el derecho a

⁸⁷ *Constitución Política del Ecuador 1878. TITULO II DE LOS ECUATORIANOS, DE SUS DEBERES Y DERECHOS POLITICOS SECCION III De las garantías.*

⁸⁸ *Constitución Política del Ecuador 1945. TITULO XIII DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES SECCION PRIMERA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Art. 141 y 148.*

demandar el amparo jurisdiccional contra las violaciones de las garantías constitucionales⁸⁹.

La Constitución Codificada de 1984, contempló la vigencia y garantía de los derechos fundamentales del hombre. El libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, constitucionales y más Instrumentos Internacionales vigentes⁹⁰. El Tribunal de Garantías Constitucionales podía conocer las quejas contra cualquier persona natural o jurídica por el quebrantamiento de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados. Cobra fuerza punitiva frente al desacato de sus resoluciones, con la remoción del funcionario vulnerador sea mediante proceso administrativo sin perjuicio de la acción penal. Establece un procedimiento y el requerimiento de un marco legal para el ejercicio de las atribuciones y competencias del Tribunal y sus límites con respecto de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Puede suspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo de oficio o a petición de parte, los efectos de leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, ordenanzas o resoluciones inconstitucionales por la forma o por el fondo, sin efecto retroactivo⁹¹.

La Constitución 1978 codificada en 1997 establece un Estado garantista de los derechos reconocidos por la Constitución, con un ejercicio libre y eficaz, con plena aplicación e invocación ante cualquier juez, Tribunal o Autoridad pública. Instituye la figura del amparo judicializada, para la protección de un acto ilegítimo de la autoridad,

⁸⁹ *Constitución Política del Ecuador 1967. TITULO IV DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS CAPITULO I Disposiciones Generales Art. 23.- Derechos Humanos.- Art. 26.- Primacía constitucional.- Art. 27.- Responsabilidad.- El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo. No obstante lo establecido en el inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes. CAPITULO II De los Derechos de la Persona Art. 28.- Derechos garantizados.- Art. 28 No 15. El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes.*

⁹⁰ *Constitución Política del Ecuador 1984. TITULO II DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS. SECCION I De los derechos de la persona, Arts. 2, 19, 44, 141.*

⁹¹ *Constitución Política del Ecuador 1967. Decreto Legislativo No. 000. R.O. / 133 de 25 de Mayo de 1967.*

con un proceso expedito. Con capacidad de suspender el efecto del mismo, por ser una resolución de cumplimiento inmediato, tiene apelación ante el superior.

La Constitución 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), prevén un debido proceso con normas comunes para todas las garantías y especiales para el ejercicio de la Acción de Protección.

Constitucionalmente esta garantía es de directa e inmediata aplicación, sin embargo el carácter imperativo no se mantiene en la LOGJCC donde la acción toma el carácter de subsidiario.

Pasaremos a realizar un análisis de la Acción de Amparo en la Constitución de 1998 y la Acción de Protección del 2008, de las Reglas para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales en el periodo de transición y (LOGJCC). Para lograr una mayor visibilidad de los cambios, se complementará en el capítulo III con el análisis de las sentencias.

2.1. Amparo Constitucional en la Constitución de 1.998.

La Acción de Amparo se institucionalizó en el año de 1997 mediante la expedición de la Ley de Control Constitucional; ingresa al sistema constitucional el 10 de agosto 1998, pese a que se publicó el 11 de agosto del mismo año⁹², se transforma en ley orgánica al contemplar la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, y sus procedimientos de actuación. La Ley contenía la regulación de las

⁹² *Constitución Política del Ecuador de 1998*, amparo constitucional: “Art. 95.- *Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave, también podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.*

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecta grave o directamente un interés comunitario, colectivo o de derecho difuso.

Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles. .El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho”

garantías de los derechos fundamentales, como el amparo, habeas data y Habeas Corpus. En el año 2001, el Congreso Nacional le otorga la jerarquía de orgánica, con ella trae una serie de reformas en cuanto a su naturaleza, como garantía de los derechos constitucionales⁹³.

En el Derecho Constitucional ecuatoriano, el Amparo se desarrolló como sistema de control de la juridicidad para la protección de los derechos subjetivos constitucionales. Es una garantía o fórmula procesal con carácter cautelar, pues previene, cesa o remedia la vulneración de un derecho fundamental, cuya naturaleza es actuar de forma urgente⁹⁴. A continuación veremos algunos de sus aspectos.

La legitimación activa: La podía proponer cualquier persona por sus propios derechos, mediante poder o como agente oficioso (se debía justificar la imposibilidad del afectado). Requería: el consentimiento del afectado, la representación legitimada de una colectividad u órganos de representación en el caso de las personas morales. Se limitaba a los actos impugnados que recayeron sobre el afectado, no sobre otras personas. Las personas jurídicas no gozaron de este derecho, conforme el criterio del Tribunal Constitucional, restringió el acceso de la acción para estos casos. Los derechos colectivos (Art. 83 al 92) constantes en la Constitución de 1998, fueron declarativos. La Corte Suprema estableció la legitimidad activa para los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos u otros derechos de grupo; los derechos difusos, el Tribunal, los definió como aquellos que no se puede determinar prima facie al titular del derecho vulnerado, como son los casos de afectación al medio ambiente y el derecho de los consumidores. Los primeros podían ser interpuestos por cualquier persona natural o jurídica, no existió la forma de legitimación. El Defensor del Pueblo podía interponer la acción acompañada del requerimiento del afectado o que el mismo comparezca conjuntamente en la petición inicial, es decir, por sí solo no tuvo la facultad para hacerlo solo, so pena de inadmisión. En cuanto a las entidades del Estado, estas carecían de capacidad para proponer acciones de amparo⁹⁵.

La legitimación pasiva, correspondió a la autoridad pública como la fuente del acto u omisión o sujeto pasivo, cuyo acto provenía de entidades estatales. La Institución

⁹³ Rafael Oyarte Martínez. *La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito. Fondo Editorial. 2006. pp. 12-16

⁹⁴ *Ibíd.* pp. 167-169.

⁹⁵ *Ibíd.* pp. 31-56

pública gozaba de la presunción de legalidad de sus actos. Presentaba su argumentación e informe sobre la legitimidad o inexistencia de su actuación e improcedencia de la petición del accionante. Procedía la acción contra los actos del poder legislativo y judicial. En el caso de la función ejecutiva, eran impugnables bajo la vía del amparo, todos los actos emanados de sus órganos, aún los del régimen seccional. También cabía contra los actos administrativos del Tribunal Supremo Electoral y los Tribunales Provinciales, no contra las juntas receptoras del voto. De igual manera procedía la interposición de la acción, en contra de los actos de los organismos de control y regulación, como: Contraloría General del Estado (con excepción de las glosas), Ministerio Público, Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las Superintendencias Compañías, Bancos y Telecomunicaciones, los actos del régimen seccional autónomo y de organismos creados por disposición constitucional. En cuanto a los actos del Procurador General del Estado, pese a su carácter vinculante para toda la administración pública, las vías directas contra estos actos fueron desechadas y la acción de amparo no procedía. Estableció para este caso las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y las acciones contencioso administrativas.⁹⁶.

La legitimidad pasiva existió para el caso de los actos violatorios provenientes de particulares, en calidad de concesionarios, delegatarios del Estado o prestadores de servicios públicos. El Amparo era límite a la protección de los derechos individuales, solo su titular gozaba de dicha facultad. Si de manera individual y particular, vulneraba los derechos, no era sujeto de un amparo⁹⁷. Su demostración correspondía al accionante, quien debía identificar plenamente el hecho sobre el cual pesaría la decisión del juez. Le correspondía probar que el acto era de autoridad pública bajo las calidades indicadas inicialmente, se exceptuaron los actos contractuales y si los particulares tenían relación directa con la actividad de prestación del servicio público o concesión. Se excluyeron a los particulares que prestan servicios públicos sin concesión estatal. Se Limitó la acción en contra de particulares por el nexo ya indicado, si ellos violaban un derecho fundamental, no se contó con mecanismos para la protección inmediata que

⁹⁶ Rafael Oyarte Martínez. *La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito. Fondo Editorial. 2006. pp. 57-69

⁹⁷ *Ibíd.* pp. 69-70

evitara o reparare los daños causados por los particulares⁹⁸, su competencia estuvo en la jurisdicción ordinaria.

Desde su competencia hasta su forma, causa y objeto del acto impugnado, se consideró que la violación de una de esos aspectos era suficiente para establecer la ilegitimidad del acto, no se consideró su legitimidad política y obvió la necesidad social. Se la consideró en cuanto a territorio, materia, persona y tiempo. Si la autoridad pública incumplía por actuar sin el título o este fuese defectuoso o el acto lo cometía antes o después de la vigencia de su cargo o normas emitidas en contra del ordenamiento jurídico. El juez constitucional se encontró limitado para resolver sobre la legitimidad de su contenido.

En cuanto a su forma, debía observar el debido proceso, probar que no le permitieron el ejercicio del derecho a la defensa o bien el acto estuvo en el orden de satisfacer un interés distinto para el cual tenía potestad. Debía contener la motivación como elemento constitutivo del acto administrativo. Los actos de la autoridad pública gozaron de la presunción de legitimidad, que admitía prueba en contrario por parte del accionante. Perdían dicho carácter cuando los actos eran ilegítimos y vulneraban los derechos constitucionales. La omisión como acto ilegítimo, podía provenir de la autoridad y de los particulares, en la medida que tenían una obligación de hacer⁹⁹.

Esencialmente, se requería la inminencia del daño a los derechos constitucionales. Los derechos civiles y políticos, podían ser demandados mediante el amparo con carácter de exigibilidad. Para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, el Tribunal no contó con la facultad de volverlos exigibles. Los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Ecuador, se orientaron a un logro progresivo para hacerlos efectivos. No gozaron de jerarquía constitucional, pero en la práctica los derechos fundamentales protegidos por el amparo, fueron tutelados por el Tribunal Constitucional como derechos subjetivos, inherentes a la persona humana, sobre todo cuando se encontraron ante la inminencia de un daño.

⁹⁸ Rafael Oyarte Martínez. *La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito. Fondo Editorial. 2006. pp. 72-84

⁹⁹ *Ibíd.* pp. 85-96

El Tribunal en varios fallos, se refirió a la inminencia del daño que pueda causar el acto ilegítimo, entendiéndose que el efecto vulnerador fuese grande, cuantioso o casi permanente¹⁰⁰; un gran perjuicio y lesión real en los derechos, trátase de hechos ocurridos, que ocurren o pueden suceder, hechos que existan al momento de presentarse la acción.

En cuanto a la prescripción, conforme al criterio del Tribunal no existió plazos ni tiempos para caducidad del amparo; no gozó de norma expresa, pero con el tiempo podía perderse la inminencia del daño.

La norma no exigía que el amparo fuese por escrito, pero requería del patrocinio de un abogado, fijación de casilleros judicial y constitucional, el juramento de no haber presentado causa similar en la misma materia, como seguro de que no existieren causas iguales. Existía un criterio dividido, unos exigieron el juramento como parte de las solemnidades otros no. Se pedían solemnidades que debían ser subsanadas para la validez del proceso, so pena de la inadmisión del amparo. La presentación escrita se hacía necesaria.

El amparo se limitó a tutelar los derechos, el juez no contó con la facultad para resolver sobre las reparaciones pecuniarias.

El amparo fue improcedente frente a: la norma constitucional, las decisiones judiciales, a la interpretación sistemática de la Constitución; tampoco procedía por actos inexistentes o actos que de haberlos dejaron de existir, porque no evidenciaron efectos perennes. Por norma constitucional expresa fueron excluidos los actos judiciales, excepto para los casos de actos judiciales del poder ejecutivo (Jueces de Coactivas), actos administrativos del Poder Jurisdiccional y la ejecución de un acto judicial. La procedencia estuvo limitada a los actos administrativos de los poderes del Estado. Era improcedente cuando se tratan de asuntos de mera legalidad, estos se dirimían ante la justicia ordinaria.

Frente a cada acto que vulnere los derechos reconocidos en la Constitución, la persona goza de una vía para el ejercicio de la protección. No podía ser subsanada ni

¹⁰⁰ Rafael Oyarte Martínez. *La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito. Fondo Editorial. 2006. p. 125.

reemplazada. Por el carácter subjetivo de los derechos, la protección de los mismos se limitó a los derechos de una persona individual, fue específico; de tal forma que los efectos de la concesión del amparo se limitaron al accionante.

El amparo fue una acción de carácter no residual, pues no requería que se agoten las vías. Era inadmitido cuando existía otro amparo interpuesto con identidad de objeto y sujeto, sin oponerse a la existencia y ejercicio de otras acciones paralelas. En cuanto garantía procesal de protección de los derechos fundamentales, tuvo naturaleza cautelar. No resolvía, pero podía a tomar medidas de protección frente a actos ilegítimos y suspender sus efectos. Tampoco gozó de la facultad para suplir los procedimientos establecidos en los actos impugnados.

La Ley de Control Constitucional, en cuanto a la autoridad competente, designó a los jueces del lugar de la comisión u omisión de la violación del derecho; incluyó a los jueces penales (cuando actúan fuera de horario, días feriados y vacancia judicial), y a los Tribunales de Instancia, tales son las Cortes Superiores, Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal. En cuanto al territorio, permitió que el accionante escoja el lugar de impugnación del acto. La competencia por fueros no es extensible en tanto era una acción en contra del acto. Todos los días y horas fueron hábiles, se atendían situaciones excepcionales que debían ser expresamente invocadas por el accionante, so pena de inadmisión. La Constitución prohibió al juez la inhibición del conocimiento del amparo, pero la LCC, la reconoció cuando fuese sustentada en razón de su competencia y sujeta a la resolución del Tribunal Constitucional. También como excepción la LCC estableció las razones de parentesco, en cuanto afectaba a la tutela efectiva e imparcial, como causa de inhibición.

Del trámite, este consistía en la presentación, sorteo y admisibilidad. El sorteo se omite en el caso de ser día feriado o fin de semana. Su admisibilidad fue tratada en cuanto al cumplimiento de requisitos de procedencia. La tasa judicial establecida por el Consejo de la Judicatura por el trámite, fue anulada en tanto garantizó los derechos fundamentales. Cumplido con lo antes expuesto, en 24 horas las partes eran llamadas a la audiencia de amparo y el juez debía resolver en 48 horas, plazos que no se cumplieron. El juez, pudo ordenar en su primera providencia la suspensión provisional del acto impugnado; también resolver por la suspensión definitiva del acto vulnerador; y, de no existir decisión favorable, estaba facultado para revocar las medidas cautelares ordenadas durante proceso. La falta de comparecencia del legitimado activo por sí

o su defensor a la audiencia, se consideró como un desistimiento (LCC) tácito; salvo el caso, que la inasistencia fuese causada por fuerza mayor, la cual debía ser justificada en la misma petición de nuevo señalamiento. La audiencia pública no contó con mayor regulación, en cuanto a tiempos de intervención y contenidos.

La resolución sobre el amparo fue apelable, y para su conocimiento eran competentes las Salas del Tribunal Constitucional. No tuvo tiempo expreso de apelación, el Tribunal aplicó el término de tres días previsto el Código de Procedimiento Civil. Tuvo carácter devolutivo pero no suspensivo. La competencia de la causa la tenía la Sala del Tribunal y para elegir el Magistrado a cargo, el proceso era sorteado. La autoridad constitucional tuvo facultad para dictar medidas cautelares en caso de no existir o adicionales de creerlas convenientes. También gozó de discrecionalidad para convocar a una audiencia, disponer de oficio o por requerimiento de las partes, la práctica de pruebas. Contó con un plazo de 10 días para resolver, so pena de que los vocales perdiesen la competencia. Con la resolución, el proceso pasaba al pleno de Tribunal; y, a estas resoluciones solo cabía solicitar la aclaración.

En cuanto a la reparación, la resolución debía identificar el sentido del acto ilegítimo y como el legitimado pasivo pueda corregirlo. El juez de origen se encargaba de la ejecución de la resolución, aún con el uso de la fuerza pública; pero no contó con una regulación que asegure el cumplimiento de la resolución.

Puede verse que gran parte de las exigencias para la eficacia de la Acción de Amparo, fue la generación de normatividad constitucional para la ejecución de las sentencias. Los jueces se remitían a leyes, reglamentos y fallos del Tribunal Constitucional, restándole el carácter garantista de los derechos fundamentales.

2.1.1. Principios constitucionales que regulaban la Acción de Amparo

La Constitución de 1998, reconoce los principios constitucionales básicos, tal como la división de poderes, entre otros, con objeto de lograr que el poder controle al poder de manera eficiente, sin él, no existiría el respeto a la juridicidad. Razón por la cual es necesario de que el órgano de control de la constitucionalidad sea autónomo.

La supremacía constitucional, dice de la norma constitucional como suprema, efectiva, constituye la condición de validez y unidad del ordenamiento jurídico. Así, la

acción de amparo, como garantía contó con mecanismos, como la rigidez y el control de la constitucionalidad. Sin la supremacía de las normas constitucionales, los derechos y sus garantías serían una declaración de buenas intenciones, de no gozar de la capacidad de anular las normas inferiores que se le opongan¹⁰¹.

El principio de la Instancia de parte, existió, en tanto en tanto para el ejercicio se requería de la petición de parte. El TC resolvía solo frente a petición de parte y sólo sobre el asunto requerido, esto es para todas las garantías de los derechos; con excepción de la declaratoria de inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución.

Por el principio de definidad, a las decisiones del Tribunal Constitucional no podían interponerse recursos, pues estas se entendían como la última decisión respecto del acto impugnado.

En cuanto al principio de prosecución, como excepción se planteó la suspensión del trámite, sólo en el caso de ausencia justificada por del accionante.

El principio de directa e inmediata aplicación, estuvo vigente en tanto las normas constitucionales eran aplicables en forma directa, aún en ausencia de la ley. Esta, no era alegable para justificar la violación o desconocimiento de los derechos positivados en la Constitución. La aplicación de las disposiciones constitucionales, eran obligatorias aún cuando no se las invoque.

La Acción de Amparo, estuvo sujeta a los principios antes enumerados, los cuales se encontraban dispersos en varias normas tanto constitucionales como reglas de carácter secundario.

2.1.2. La Acción de Protección en la Constitución del 2008.

La Convención Americana y en el mismo sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dicen: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley”¹⁰². Establecen como

¹⁰¹ Rafael Oyarte Martínez. *La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito. Fondo Editorial. 2006. pp. 17-19

¹⁰² *Declaración Universal de Derechos Humanos. Edición Especial 1948-2008*. Naciones Unidas.

obligación inmediata del Estado la protección de los derechos constitucionales aún de manera progresiva, mediante el reconocimiento de los mismos e implementación de recursos judiciales que permitan a las personas exigir su ejercicio.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana coinciden, en la responsabilidad de los Estados en la tutela de los derechos sociales. Consagra el derecho de gozar de una acción de tutela y con un sistema normativo organizado en ese orden, así como fiscalizar su efectividad.

Acorde con el Derecho Internacional, los Tratados y Convenios suscritos por el Ecuador, el modelo garantista y la Constitución de la República 2008, establecen las acciones de tutela. Reconocen los derechos de protección y las garantías jurisdiccionales, el respeto y hacer respetar (protección) los derechos constitucionales; como deberes del Estado. Para lo cual instrumenta la Acción de Protección como medio de exigibilidad y reparación ante la justicia ordinaria. Es la garantía (Art. 85 CRE), que sustituye y replantea la acción de amparo constitucional prevista en la Constitución de 1998. Le otorga el carácter de recurso efectivo de los derechos.

En efecto, la Acción de Protección, consta en la Constitución como un proceso de conocimiento, especial, declarativo, “ampliamente reparatorio”, no residual, de rango constitucional y de carácter jurisdiccional. El amparo directo y eficaz de los derechos, el acceso directo a ellos mediante la judicialización, con trámite preferente, sumario (no formalista), sencillo y oral, con el objeto de lograr un instrumento eficiente de garantía como recurso efectivo de los derechos.

Contrariamente a lo declarado en la Constitución, la LOGJCC, para el ejercicio de la acción establece como requisito la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado¹⁰³. De igual manera, también requiere que se encuentren agotadas las vías ordinarias y extraordinarias en el campo jurisdiccional o judicial común. Lo cual le da un carácter de recurso subsidiario.

Los derechos constitucionales (Art. 11 No 1-9 CRE), están dotados de un sistema de principios de aplicación en el ejercicio de los mismos, como el de igualdad,

¹⁰³ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52, 22-octubre-2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. Art. 1 y 40.

no discriminación, de directa e inmediata aplicación, justiciables, inalienables, irrenunciables, indivisibles, de igual jerarquía, progresividad, *pro homine*, la falta de norma no impedirá el ejercicio de un derecho. A más de ellos, establece, el principio tutelar, preferente, intercultural reparatorio y preventivo.

Para todas las garantías jurisdiccionales, se instituyen principios de justicia constitucional; como son los siguientes: principio de aplicación más favorable a los derechos, optimización de los principios constitucionales, obligatoriedad del precedente constitucional y obligatoriedad de administrar justicia constitucional¹⁰⁴.

Se suman los principios procesales: el debido proceso, aplicación directa de la Constitución, *iura novit curia*, gratuidad de la justicia constitucional, inicio por demanda de parte, impulso de oficio, dirección de proceso, formalidad condicionada, doble instancia, motivación, comprensión efectiva¹⁰⁵, economía procesal, concentración, celeridad, saneamiento, publicidad y subsidiaridad¹⁰⁶.

Establece el sistema normativo con los métodos y reglas de interpretación constitucional, y son: reglas de solución de antinomias, principio de proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva y dinámica, interpretación sistemática, teleológica y literal. Prevé otros métodos de interpretación que atiendan a los principios de derecho y equidad, unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación¹⁰⁷.

A más, el Art. 436 No 6 CRE, indica que dentro de las atribuciones de Corte Constitucional, debe expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección¹⁰⁸. Es decir, en uso de sus facultades elegiría las sentencias que tendrán dicho carácter.

Las garantías jurisdiccionales cuentan con normas comunes de procedimiento. Tales como: el legitimado activo, el legitimado pasivo, la competencia, un procedimiento sencillo, rápido, eficaz, y oral en todas sus instancias. Elimina toda aplicación de

¹⁰⁴ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52, 22-octubre-2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. Art. 2.

¹⁰⁵ *Ibíd.* Art. 4

¹⁰⁶ *Ibíd.* Art. 4 No 11.

¹⁰⁷ *Ibíd.* Art. 3.

¹⁰⁸ *Ibíd.* p 126.

norma que retarde el proceso. Al juez le otorga la capacidad para hacer efectiva una sentencia, aún con la destitución del funcionario que la incumpla; y para el particular se hace efectiva la responsabilidad. Se contempla la reparación para instituciones públicas y privadas, se remite a lo que establezca la Ley. Todas las sentencias ejecutoriadas se remiten a la Corte Constitucional para el desarrollo de la jurisprudencia. Adicionalmente las medidas cautelares pueden ser ordenadas de forma independiente de la Acción de Protección.¹⁰⁹

La Constitución ni la Ley de Garantías, nos da una definición de la Acción de Protección, pero sí su objetivo. El Art. 88 de la CRE, dice: "La Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación"¹¹⁰.

Su finalidad y objeto como garantía, la prescribe la LOGJCC en su Título II Garantías Jurisdiccionales de los derechos constitucionales, Capítulo I, Normas Comunes, Art. 6 Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. ... Salvo el caso en que esta Ley dispone lo contrario, la Acción de Protección..., se regulan de conformidad con este capítulo¹¹¹. Capítulo II Acción de Protección, **Art. 39.- Objeto.-** "la Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que no estén amparados por las acciones de Hábeas Corpus, Acceso a la información pública, habeas data, por incumplimiento,

¹⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. Art. 86 y 87. p. 33

¹¹⁰ *Ibíd.* p. 33

¹¹¹ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52, 22-octubre-2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. p. 4.

extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra la justicia indígena.”¹¹².

Pasamos a realizar un análisis de los elementos de la acción, que son comunes a todas las garantías jurisdiccionales.

El legitimado activo, ¿Quién ejerce la acción?, cualquier persona natural, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, (Art 11 No 1 y Art. 86 No 1 CRE), puede actuar por si o apoderado, el Defensor del Pueblo también está facultado para proponer la acción; “la titularidad es popular, en cuanto la violación de los Derechos Humanos no puede ser ajena a la persona y a la comunidad, hay interés y deber del Estado y la sociedad conocer la existencia de esos hechos”¹¹³. La Constitución y la Ley, las designa como las personas afectadas, quienes son víctimas directas o indirectas de la violación de derechos. Puede presentar la acción de manera verbal o escrita, no requiere de abogado. El reglamento de sustanciación de procesos, establece que al ser presentada en forma oral, debe ser grabada y reducida a escrito¹¹⁴.

La acción tiene un carácter general que ampara los derechos constitucionales, vulnerados por acto u omisión público o particular. Es una garantía amplia en relación a los poderes públicos de tipo jurisdiccional, con la cual los jueces cuidan que los actos públicos no violenten los derechos. Es complemento de eficacia del sistema jurisdiccional con la acción de incumplimiento.

Las notificaciones de los actos procesales, se pueden realizar por cualquier medio. En la práctica requieren de un casillero judicial (cuyo acceso es solo para abogados); en circunstancias especiales se usan otros medios, aún los electrónicos. Pese a las dificultades físicas y materiales que tienen los jueces y los legitimados pasivos, estos son notificados en su despacho con el aporte logístico del accionante. Pero siempre queda la problemática en los lugares donde los servicios de tecnología

¹¹² *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52, 22-octubre-2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. p 14

¹¹³ Ramiro Avila Santamaría. *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008*. Quito-Ecuador. V&M Gráficas, 1ra edición, octubre 2008. p. 94.

¹¹⁴ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52, 22-octubre-2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. Art. 8 No 2.

no llegan, los casilleros judiciales no existen, que son de difícil acceso tanto para el Juzgado como para las partes¹¹⁵.

La ausencia injustificada del legitimado activo a la audiencia, se considera como un desistimiento tácito de la acción, siempre y cuando su presencia fuese esencial para demostrar el daño que se argumenta; el juez puede disponer el archivo de la acción. Si la ausencia es debido a fuerza mayor, debidamente justificada, el juez señalará nuevo día y hora, en forma inmediata.

Las funciones del Defensor del Pueblo, como son las de tutelar, proteger y defender los derechos constitucionales, puede patrocinar la Acción de Protección, de oficio o a petición de parte, sin perjuicio de ejercer su facultad de emitir medidas de cumplimiento obligatorio para la protección de los derechos¹¹⁶.

El legitimado pasivo puede presentarse bajo tres formas: a) cualquier autoridad pública no judicial que vulnere un derecho constitucional; b) quien emita una política pública que violente un derecho; y c) un particular que provoque daño grave o preste servicios impropios. Los actos del legitimado pasivo, pueden ser por acción u omisión en contra de los derechos constitucionales o de una amenaza grave e inminente o bien si el afectado se encuentra en estado de subordinación.

La autoridad pública, se entiende como el representante del órgano público no judicial, también al funcionario público en relación a sus funciones, sea por órdenes o instrucciones del superior o acto propio¹¹⁷. En cuanto a los particulares, estos pueden ser personas naturales o jurídicas, en cuanto a éste último, se actúa en contra de su representante legal.

¹¹⁵ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52, 22-octubre-2009..Art. 8 No 4.

¹¹⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. Art. 215, No 1 y 2.

¹¹⁷ Corte Constitucional. *Reglas de Procedimiento Para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional*. R.O.-S 466: 13-Nov-2008. Quito. 2008 Art. 48. A la presente fecha estas reglas fueron derogadas por la LOGCYCC.

Dentro de las Garantías Constitucionales (Título III CRE), Capítulo II, las políticas públicas y servicios públicos¹¹⁸, se encuentran contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo como instrumento de ejecución. Este goza de carácter obligatorio, elaborado por el SEMPLADES. La acción se plantearía contra este órgano público en la persona de su representante legal y el funcionario a cargo de la política dictada, se limita a una política privativa de derechos constitucionales.

Continuamos como el procedimiento; la ausencia de la autoridad pública o del particular en la audiencia, significa una aceptación tácita. Está obligado a justificar la legitimidad de su acto u omisión y política; la presunción de acto legítimo de autoridad desaparece. De no justificar, se presumen como ciertos los argumentos del accionante. La carga de la prueba queda a cargo de la autoridad u órgano público, mediante la información que suministre o demostración que deba hacer sobre el acto, omisión, política o hecho que se plantea como vulnerador. El accionado puede allanarse en forma total o parcial a la acción; en el primer caso concluye con el acuerdo reparatorio, y en el segundo caso, el proceso continua sobre la parte no acordada.

El objeto de la acción como medio directo y eficaz de protección y reparación, es llegar a la declaratoria de vulneración de derechos constitucionales (Art. 88 CRE). Se incluyen los reconocidos en Instrumentos Internacionales y los derechos conexos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así se estructura la acción como sencilla y que otorga las medidas cautelares (Art. 88 CRE).

El proceso es informal, en parte, porque se puede iniciar con una petición oral, que será transcrita a un documento; cuya actividad es a cargo del Juzgador. Se colige como prohibición expresa al juzgador, de aplicar normas procesales que retarden el proceso. No requiere firma de abogado, cita de la norma infringida, pero si debe puntualizar el derecho constitucional vulnerado. Son hábiles todos los días y horas. Las notificaciones se sujetan a los medios con que cuente el juzgador, aún los electrónicos. Las formalidades son básicas, en el orden del conocimiento de las partes y de manera especial del Juez.

¹¹⁸ Cuya formulación, ejecución, evaluación y control, se la regulan conforme a las siguientes disposiciones, (no principios o valores), hacer efectivos el buen vivir, a partir del principio de solidaridad, sin perjuicio de la prevalencia del interés general al particular, las políticas deben reformularse, en búsqueda de una distribución presupuestaria equitativa y solidaria en las políticas y bienes y servicios públicos, garantizados por las participación de las personas, comunidades pueblos y nacionalidades. Dentro del presupuesto del Estado no se considera los provenientes de la empresa pública. Art. 6 No 2. P 6 y Art. 292 CRE.

La acción se resuelve mediante sentencia y sobre el fondo. Es susceptible de apelación en el término de tres días después de su notificación por escrito.

La prueba puede ser presentada y/u ordenada, al momento de calificación de la demanda o bien durante la audiencia. El Juez puede ordenar de oficio y verificarla personalmente, o nombrar una comisión para recabarla, cuyo informe constituye prueba. Puede solicitarla el accionante o accionado, lo cual facilita y permite el acceso directo a los actos que se alegan como ilegítimos, para determinar eficaz y materialmente la argumentación de la vulneración del derecho. En segunda instancia, a criterio del juzgador puede practicársela, dentro del término de ocho días de convocada la audiencia, lo cual permite a las partes un mayor acceso a la justicia.

La competencia de la acción, se radica en la jueza o juez del lugar en el cual se origina el acto u omisión o el lugar donde se producen sus efectos (Art. 86 No 2 CRE) a elección de la víctima. En el caso de los particulares, la competencia se radica en el juez del lugar del domicilio del accionado. Es de carácter preventivo, se sortea con carácter preferente, lo que garantiza la imparcialidad del juzgador. En días no hábiles, conoce el juez de turno, puede afectar a la imparcialidad del proceso y prestarse para argucias.

El procedimiento para la Acción de Protección: a) Se presenta mediante escrito en la oficina de sorteos o directamente al juzgado y; de ser verbal procede con la sola identificación del accionante; b) En el primer caso existe el sorteo preferente e inmediato; c) El Juez resolverá sobre la aceptación o inadmisión de la demanda dentro de 24H00 siguientes a su presentación, lo hará mediante un Auto. En él debe constar la convocatoria con día y hora para a la audiencia pública, no mayor a tres días desde su fecha de admisión. Se corre traslado al legitimado pasivo y a las personas que deban comparecer a la audiencia. De ser el caso, ordenará a las partes la presentación de los elementos probatorios y dictará las medidas cautelares de considerarlas convenientes (Art. 13 LOGJYCC); d) Fijada la audiencia, puede comparecer el accionante o el titular del derecho vulnerado cuando no sean la misma persona. Las partes cuentan con veinte minutos en la primera intervención y diez minutos de réplica. En caso de presentarse un *amicus curiae*, el tercero interesado cuenta con diez minutos de participación. Las intervenciones se centrarán en el tema de derecho vulnerado. Concluye, cuando el Juez considere que ha tomado suficiente conocimiento de la situación. Sólo entonces dictará sentencia y hará conocer su decisión en la misma audiencia, esto no significa una obligación, sino una posibilidad que tiene el juzgador. A quien, bien le queda, ordenar la

práctica de pruebas, para lo cual suspenderá la audiencia; una vez efectuadas continuará la audiencia para resolver, en el día y hora señalados por el juzgado.

El juez tiene la prohibición expresa de inhibirse del conocimiento, excepto en dos circunstancias: a) Cuando el legitimado activo y el juez, tienen parentesco; y, b) Por las incompatibilidades señaladas en la ley¹¹⁹. Surte efecto inmediato y debe dejar el conocimiento de la acción y pasarla a otro juez.

De la apelación, cabe en dos momentos: a) En la misma audiencia y b) dentro del término de tres días después de notificada por escrito; y pasa a segunda instancia ante la Corte Provincial. La apelación presentada por el accionante, no suspende la ejecución de la sentencia, la Corte puede resolver en mérito del expediente en el término de ocho días, contados desde que la conoce. Puede suspenderse, si considera que es necesaria la práctica de pruebas, las ordenará de oficio o a petición de parte. Fijará una audiencia de prueba, dentro de los ocho días hábiles de la recepción del proceso. De fijarse esta audiencia, el término para resolver es de ocho días, que se cuenta a partir del día de la audiencia de prueba. Resueltas y ejecutoriadas, todas las sentencias remiten a la Corte Constitucional para una eventual selección.

La sentencia debe contener: antecedentes con identificación del afectado, identificación de la persona natural o jurídica contra quien se ha interpuesto la acción; fundamentos de hecho con hechos, relación de hechos probados relevantes para la resolución; fundamentos de derecho, argumentación jurídica que sustenta la resolución; y resolución que contenga la declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas, el daño causado y la reparación integral que proceda, más el inicio del juicio para determinar la reparación económica si hubiere lugar. De no existir violación de un derecho de igual forma debe cumplir con los requisitos antes señalados en lo que fuere aplicable¹²⁰.

El proceso no concluye sino con la ejecución integral de la sentencia, en caso de no cumplirse, el juez puede ordenar la destitución del funcionario sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal existente en la ley. En la medida que la

¹¹⁹ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52, 22-octubre-2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. Art. 7 inc. segundo.

¹²⁰ *Ibíd.* Art. 17. Numeral 1, 2, 3, y 4.

reparación debe ser integral tiene dos ámbitos, uno orientado al goce del derecho vulnerado y otro que se restablezca a la situación anterior a la violentación del mismo.

Prevé la reparación de varias formas: restitución del derecho, compensación material o económica, rehabilitación de la satisfacción, entre otras. Con ello esta acción tiene dos aristas, una preventiva y otra reparadora. Pero en los dos casos requieren de especificidad en los ámbitos: temporal, espacial, de forma y modo que deben guardar armonía entre sí, con el fin de reparar el derecho.

En caso de existir reparaciones económicas, de tratarse de particulares se la hace mediante juicio verbal sumario, se sujeta a la normativa procesal ordinaria y de ser autoridad pública mediante juicio contencioso administrativo. Lo que vuelve inalcanzable la reparación integral, igual cosa sucede con la responsabilidad y repetición contra el funcionario responsable, frente al cual el Estado debe actuar conforme a la ley. Se pierde la inmediatez de la reparación, para a ser postergada por muchos años; lograrla requeriría de ingentes recursos por parte del accionante.

Contenido de demanda de la Garantía: a) Designación del juez ante quien se le propone; b) Nombre, domicilio, estado civil, edad y profesión del accionante, sino fuera la misma persona, los datos serán los del afectado; c) Nombre, función y ubicación del despacho de la autoridad o particular demandado; d) Descripción del acto u omisión violatorio del derecho vulnerado, o una relación circunstanciada de los hechos. Implica una Identificación precisa del hecho reclamado e individualización exacta del derecho fundamental violado; e) Prueba del acto ilegítimo o del daño inminente, grave e irreparable; f) Justificar que no existe otro medio idóneo de protección de los derechos fundamentales; g) Petición de protección de los derechos constitucionales; h) Petición y justificación para que se suspenda de forma inmediata el acto actual o inminente que afecte o amenace los derechos protegidos, o se dicten las medidas cautelares se crean necesarias; i) Declaración bajo juramento del peticionario, de no haber presentado otro recurso "sobre la misma materia y con el mismo objeto"; j) Señalamiento de domicilio judicial; y, k) Firma del proponente del recurso y/o de su defensor.

Sin ser una tercera instancia, la Corte Constitucional está obligada a realizar una selección de sentencias relativas a las garantías jurisdiccionales. Los fallos dictados sobre sobre las garantías jurisdiccionales son remitidas a la Corte en el término de tres días contados a partir de su ejecutoría, para su eventual selección y revisión. La Sala

de Selección escoge las sentencias bajo el estricto criterio: gravedad del asunto, novedad del caso, negación de los precedentes judiciales y relevancia nacional. El Defensor del Pueblo o Jueza o Juez de la Corte Constitucional podrá solicitar la selección en base a los requisitos ya señalados. La sentencia al ser seleccionada, la Corte tiene el término de cuarenta días para resolver. Emitido el fallo, el expediente se remitirá al juez de primera instancia para su ejecución. Se publicará en el Registro Oficial, de modo obligatorio, por su carácter vinculante. Mientras medie el tiempo de revisión los efectos de la sentencia de primera instancia en la práctica quedan suspendidos, contrario a lo dispuesto por el Art. 25 No 10 inc. Segundo de la LOGJYCC.

El proceso de la Acción de Protección se sujeta a los principios de contradicción, oportunidad, pertinencia e interculturalidad. También se aplican las reglas y principios generales de la prueba en su valoración y los principios generales previstos en el Código de Procedimiento Civil.

2.1.3 Nuevo Paradigma Constitucional

El Estado Constitucional de derechos, requiere una institucionalidad conforme a las exigencias dirigidas a la prometida materialización los Derechos Humanos; para lograr una mejor comprensión del proceso, tomaremos la perspectiva del doctor Ramiro Avila Santamaría sobre el paradigma constitucional que nos rige.

La “institucionalidad” será entendida en este ensayo como un conjunto complejo e interrelacionado de tres elementos: (1) una ideología que sustenta y justifica un sistema normativo que, a su vez, crea una organicidad, que lo llamaremos genéricamente “saber”, (2) un sistema normativo, al cual denominaremos “Derecho”, y que responde directamente a un “saber”, y (3) la institucionalidad propiamente dicha, que es la estructura que se genera con el objeto de aplicar el Derecho, a la cual denominaremos genéricamente “órganos”¹²¹.

En un Estado de derecho, los órganos son creación de la norma y estas no pueden existir sin un paradigma conceptual, es decir, los saberes generales del Derecho. Este crea órganos, que reproducen saberes y normas, generan un círculo

¹²¹ Ramiro Avila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad. Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos*. Quito. Imprenta V&Gráficas, 1ra edición agosto 2008. p 16.

de interacción. Los saberes crean poder, este se sostiene y se ejerce mediante el saber¹²².

El Estado de derechos es una imitación imaginativa de los Estados eurocontinentales. Nuestros conocimientos ancestrales desde la conquista son invisibilizados. Enrique Dussel, sostiene que en la práctica el discurso ha sido “necesariamente ideológico, encubridor, justificante de la dominación”. En la medida que el conocimiento produce hechos, construye, justifica o movilizan realidades, tales como la institucionalidad. Uno de sus productos es el derecho, cuyo objetivo es regular las relaciones entre sujetos y ser el mecanismo para ejercer control sobre un grupo humano. Un instrumento de poder, que determina que es lo que debe hacer o no, lo correcto o incorrecto. Así al Derecho, se lo debe entender no solo como norma expedida por autoridad competente, sino como componente ideológico de la institucionalidad. Tiene una relación directa con la cultura, política y moral dominante. En esa medida el Derecho es algo vivo, creado, interrelacionado y modificable¹²³.

El Derecho se materializa mediante los órganos encargados de su aplicación eficaz. Ellos encarnan la institucionalidad y la autoridad aplica el Derecho. Por órgano ha de entenderse todo el aparato burocrático con competencia, recurso y que ejerce poder sobre las personas. Como los ministerios, jueces, y otros, que toman decisiones que refuerzan o alteran el Estado, con una cualidad, deben estar vinculados con el Derecho¹²⁴.

La conquista de los Derechos Humanos, son producto de las crisis de la humanidad, que lograron alcanzar reformas normativas y jurisprudenciales de importancia¹²⁵. Desde la mitad del siglo XX se desarrolla la era de la información, confiere velocidad a la circulación de los saberes y su hegemonía. En materia de violación de Derechos Humanos permitió reaccionar y organizar protestas. El modelo liberal y neoliberal del Estado se refuerza y persiste en su permanencia. Se plantean

¹²² Ramiro Avila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad. Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos*. Quito. Imprenta V&Gráficas, 1ra edición agosto 2008.. p. 16.

¹²³ *Ibid.* p. 18.

¹²⁴ *Ibid.* pp. 19-20

propuestas con el objeto de dar un paso adelante, como es el paradigma constitucional democrático. Parecería el mismo modelo con presentación diferente.

El modelo neoliberal pretende renovar el ideal liberal decimonónico con elementos renovados como: democracia, discursos emancipadores, Derechos Humanos, participación, acceso a la justicia y género. En lo internacional propone la figura de un Estado facilitador pero mínimo. Si revisamos elementos como la propiedad de bienes tangibles, las finanzas, pasan a constituirse en bienes inmateriales, las dos formas tienen como base la seguridad y el desarrollo humano. Aún, cuando incorpora conceptos como propiedad en función social de manera excepcional, prima la propiedad privada que facilita su desarrollo.

Otro elemento es la libertad, entendida como la libre iniciativa para incrementar la producción. Ella trae la libre competencia y acceso a los mercados internacionales que constan en la agenda internacional. Se justifica la agresión a otras sociedades con el escudo de la defensa de los Derechos Humanos, estos se limitan a los derechos civiles y políticos, a las obligaciones de carácter negativo (derechos de inmunidad); que incluyen las cláusulas de salvedad que restringen los derechos en los estados de excepción y por razones de orden público o bien común, como recordaremos la doctrina de la seguridad nacional. En la política económica del Banco mundial se los restringe a cinco objetivos, calificados como necesidades básicas establecidas en el consenso de Washington. Promueve un equilibrio macroeconómico, un gobierno mínimo y eficiente, y el sector privado es el encargado de reducir la pobreza.

Por otro lado la participación social se presenta como opciones a escoger por parte de los beneficiarios, la misma legitima la intervención externa. El centro de su discurso es el desarrollo, en materia de género renueva el autoritarismo patriarcal, y la democracia es el concepto más fuerte que se usa para justificar el poder estructurado como división de poderes. Elecciones libres en cuanto a representación y deliberación¹²⁶.

El modelo constitucional democrático está comprendido por los avances del modelo liberal, con otros aspectos como la libertad y los derechos DC, se entienden de

¹²⁶ Ramiro Avila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad. Los Retos en la exigibilidad del buen vivir en el derecho ecuatoriano. Ministerio de Justicia y derechos humanos*. Quito. Imprenta V&Gráficas, 1ra edición agosto 2008. p. 35.

manera integral. Se agregan principios como la dignidad, igualdad sin discriminación, solidaridad y democracia sustancial.

La libertad se la entiende desde su dimensión prestacional y para ejercerla deben existir condiciones que viabilicen su ejercicio como información, alimentación, salud, educación, entre otras. Ellas implican que el Estado por un lado debe abstenerse en intervenir en el ejercicio de la libertad, pero además se obliga a acciones deliberadas y afirmativas que permitan el ejercicio de la misma.

La igualdad no se limita a la formal, esto es igualdad ante la ley, se la entiende como la igualdad entre iguales y los diferentes como diferentes, una concepción de igualdad sustancial. La dignidad se la entiende como la consideración y respeto de la persona y no al utilitarismo, la persona como medio y fin en sí mismo, el deber del Estado es realizarla¹²⁷.

El principio de solidaridad como fuente de obligaciones, Kant la llama como el deber de beneficencia, con él se puede ayudar a cumplir la dimensiones de libertad, igualdad sin discriminación, como el acto de dar para recibir, que permite imponer el cuidado a los hombres, el pago de tributos de acuerdo a la capacidad, los servicios sociales y otros. Así la democracia, no es solo procedimental sino sustancial, en la que importa el contenido, en nuestro caso son los Derechos Humanos y a su vez son límites y referentes para el control de la constitucionalidad. Este lo realizan los jueces en los casos que conocen y la Corte Constitucional en las leyes que tienen efecto general, pues si bien estas pueden ser vigentes pero inválidas por no corresponder a la parte dogmática de la Constitución. Cabe sin embargo decir, que existe un déficit de reflexión sobre el contenido y alcance de los derechos. No se limita a los civiles y políticos sino a los sociales, de igual modo los derechos de las minorías son marginales, como es el caso de los derechos indígenas¹²⁸.

En cuanto a las normas, el neoliberalismo produjo una red enorme de detalle de regulaciones sobre la propiedad, inversión y otros en similares intereses. Frente al neoconstitucionalismo que desarrolla normas en el ámbito de los Derechos Humanos contenidos como tales principalmente en los cuerpos constitucionales con el carácter

¹²⁷ Ramiro Avila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad. Los Retos en la exigibilidad del buen vivir en el derecho ecuatoriano. Ministerio de Justicia y derechos humanos*. Quito. Imprenta V&Gráficas, 1ra edición agosto 2008. p. 36.

¹²⁸ *Ibíd.* p. 37.

de fundamentales y de cumplimiento inmediato. Armonizan su texto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención contra el Genocidio, el Derecho Internacional Humanitario, La Convención Europea de Derechos Humanos, desarrollan y renuevan listas de derechos. Sin embargo no dejan de ser ambiguas y cuando constan en las Constituciones se limitan a ser un texto. Comprensible en tanto nuestra cultura jurídica que es positivista, conservadora y civilista, que se basa en la validez formal de la norma. Que considera al sistema jurídico como completo y su interpretación se basa en la exégesis de la norma, cuya columna vertebral se encuentra en el Código Civil que protege intereses como la autonomía de la voluntad y la propiedad privada.

El neoconstitucionalismo avanza en la producción de normas, deja de ser la única fuente de Derecho; compite con las emanadas por el Derecho indígena, la Corte Constitucional, las Cortes Internacionales. Las normas constitucionales sobre los derechos humanos son normas positivas, que requieren una interpretación moral para su aplicación, así la dignidad y el trato degradante¹²⁹. Las sentencias de la Corte Constitucional mudan en fuente de Derecho, se convierten en un precedente general y obligatorio. Este fenómeno se inicia en la década de los noventa.

El Estado mantiene su estructura liberal, con privilegio entre sus órganos. Se encamina al desarrollo macroeconómico del Estado, como medio de resolver la inequidad y exclusión de los Derechos Humanos, que privilegia entre ellos los intereses empresariales. No invierte en la protección de la dignidad, en tanto que el 21% de los jueces constitucionales tutela los derechos. Es un activismo marginal y excepcional¹³⁰, trátase de los órganos nacionales como internacionales. Requiere de una respuesta de acción a través de la participación activa de la ciudadanía, como contestación al pensamiento hegemónico. No podemos limitarnos a la razón externa, debe buscarse el replanteamiento del pensamiento latinoamericano y ecuatoriano. Que implica una estructuración de método propio de la investigación, para no caer en resultados presupuestados.

Como respuesta a la crisis de la razón occidental y centrada en la realidad, el pensamiento indígena, latinoamericano y ecuatoriano, existente, debe reconocerse,

¹²⁹ Ramiro Avila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad. Los Retos en la exigibilidad del buen vivir en el derecho ecuatoriano. Ministerio de Justicia y derechos humanos.* Quito. Imprenta V&Gráficas, 1ra edición agosto 2008. p. 39

¹³⁰ *Ibíd.* p.41.

socializarse y promoverse como discurso emancipador. La sabiduría popular dice al enemigo hay que tenerlo de cerca y alterar su realidad. Bobbio privilegia al conjunto de derechos eficazmente garantizados, en tanto el problema no se reduce solo al campo filosófico sino también al político. No se limita tan solo a la inexistencia de protección para invalidar la existencia de un derecho. No existe si no se logra materializar, esto afecta a la realidad fáctica de los Derechos Humanos, debe pensarse en la eficacia de un derecho, su garantía¹³¹.

Su materialización y reparación, requiere que un Estado fuerte garantice los derechos sociales, con interlocutores válidos para ejercerlos. La participación efectiva de la sociedad civil y sus movimientos organizados, mediante el ejercicio de las acciones constitucionales, es imperante para alcanzar una institucionalidad alternativa¹³².

2.1.4. Análisis comparativo.

La Acción de Protección otorga una mayor cobertura del número de derechos protegidos, la Constitución reconoce: Los de primera generación, como la libertad, igualdad y propiedad; los de segunda generación, los derechos civiles y políticos; los de tercera generación, los derechos sociales, económicos y culturales; y los de cuarta generación, derechos a la Paz, Justicia y Medio ambiente sano y de los consumidores. Salvo los derechos de la naturaleza, los otros derechos son menciones declarativas. Como el derecho a la paz y el derecho a la justicia que le da un aparente carácter amplio de protección. Por la jerarquía de las leyes (Art. 425 CRE), primero es la Constitución y luego los Instrumentos Internacionales, así dejan de ser “todos los derechos” y se limitan a los reconocidos por la Constitución (Art.424CRE). La garantía que otorga la acción queda reducida tan solo a los derechos positivados en la Constitución.

Posición que es ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a su juicio los derechos sociales, económicos y culturales, carecen de carácter autoejecutable. Se sujetarán a los preceptos normativos o de medidas de carácter

¹³¹ Ramiro Avila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad. Los Retos en la exigibilidad del buen vivir en el derecho ecuatoriano. Ministerio de Justicia y derechos humanos*. Quito. Imprenta V&Gráficas, 1ra edición agosto 2008. pp. 44-45.

¹³² *Ibíd.* p. 46.

complementario para que un derecho sea vigente¹³³. En lo que toca a la Acción, debe sujetarse al orden jerárquico de aplicación de leyes. Cuya disposición jerárquica es: la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales, leyes orgánicas, ordinarias, normas regionales y ordenanzas distritales, provinciales, municipales, los decretos y reglamentos, los acuerdos y resoluciones, y los demás actos y decisiones de los poderes públicos (Art. 425 CRE). Su vigencia y protección se trata conforme al sistema normativo vigente.

Cuadro No 9.
Elementos comparativos del recurso de amparo y la Acción de Protección.

DINÁMICA	1998	2008
Naturaleza de la garantía	Cautelares	Cautelares de fondo o conocimiento.
Legitimación activa	Individual o representación	Individual y/o colectiva Art. 86 No 1 CRE.
Legitimación pasiva	Autoridad Pública y particular en relación directa de servicio.	Organo, funcionario público y particular.
Relación	Relación vertical pública	Relación vertical pública y/o privada.
¿Que protege?	Derechos individuales civiles (solo humanos) y de la naturaleza.	Derechos individuales y de dimensión social (humanos) y derechos de la naturaleza.
¿Contra quién protege?	Estado y particulares con relación directa de servicios.	Estado y particulares
Acto ilegítimo	Actos administrativos.	Actos públicos, política pública y actos de particulares.
Identificación del hecho	Elementos probatorios por el recurrente.	Elementos probatorios presentados por las partes.
Formal	Si (formalismo judicial)	Formalidad condicionada. (Reglamento de Procesos)
Abogado	Si	No
Notificaciones	Casillero judicial o constitucional	Cualquier medio.
Prueba	si y De oficio si	Si, De oficio si, Comisión
Prescripción	Si	No
Improcedencia	Si	Si
Competencia	Jueces Ordinarios y Tribunal Constitucional.	Juez Ordinario, Corte Provincial y Corte Constitucional.
Trámite	Propio de una acción cautelar con formalismo judicial. Formalidad total.	Tiene formalidad básica, sumada la capacidad discrecional del juez, operadores, litigantes y víctima.
Apelación	No	Si
Instancias	Juez ordinario y Tribunal Constitucional.	Juez Constitucional u ordinario, Cortes Provinciales y Corte Constitucional.
Reparación	No	Si (excepto la indemnización)

¹³³ José García Falconí. *La Corte Constitucional y la acción extraordinaria de protección en la nueva Constitución política del Ecuador*. Quito. Editorial Rodín. p. 127.

		económica)
Jurisprudencia	No (todas se revisan); No vinculante-	Si (selección de la Corte Constitucional) Vinculante
Control de inconstitucionalidad de normas.	Si, con apoyo de 1000 ciudadanos.	Si. (remitir a la Corte Constitucional, Art.428 CRE)
Juez	Ejecutor de la Ley o boca de la ley.	Juez Creador de derecho.
Naturaleza de la acción	No residual	Residual Art. 40 No 3 LOGJYCC

Fuente: Rafael Oyarte Martínez. *La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina.* Quito. Fondo Editorial. 2006. Ramiro Avila Santamaría. *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito-Ecuador. V&M Gráficas, 1ra edición, octubre 2008. *Constitución de la República del Ecuador. 2008.* Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010. y *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.* R.O. 25 52: 22-oct.2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010.

Elaborado por: Gilda Guamán.

Gráfico No 10.
El derecho protegido.

Derecho protegido	1998	2008
Violaciones graves e inminentes	Amparo (Art.95)	Medida cautelar (Art. 87)
Todo derecho (Fondo)	No existe	Acción de Protección
Libertad (detención arbitraria)	Hábeas Corpus	Hábeas Corpus
Integridad física (Tortura)	No existe	Hábeas Corpus
Desaparición forzada	No existe	Hábeas Corpus
Libertad (prisión preventiva)	No existe (amparo judicial en el código de procedimiento penal)	Hábeas Corpus
Acceso a la información pública	No existe (ley orgánica de acceso a la información pública)	Acceso a la información pública
Intimidad (protección información personal)	Hábeas data	Hábeas data
Eficacia sistema Jurídico	No existe	Acción de Incumplimiento
DD.HH. y seguridad Jurídica de lo judicial	Expresamente Prohibido	Acción extraordinaria De protección.
Garantía normativa	No existe	Garantías Normativas Acción de inconstitucionalidad
Garantía de política pública	No existe	Garantía de política pública. Acción de Protección
Total	Tres Garantías	Doce Garantías

Fuente: Ramiro Avila Santamaría. *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito-Ecuador. V&M Gráficas, 1ra edición, octubre 2008. p.98.

Elaborado por: Ramiro Avila Santamaría.

2.2. Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición.

Las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición (RPPT), las describiré en sus aspectos más esenciales, con el propósito de establecer el proceso evolutivo de las garantías constitucionales, de modo específico sobre la Acción de Protección. Se hará referencia a la estructura general de las reglas, en la parte de la Acción de Protección. Los Arts. 424 y 426 de la (CRE), prescriben la supremacía y aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, como garantía de los derechos fundamentales (Arts. 11 No 3 y 5 CRE). El ejercicio efectivo de ellos requería Reglas temporales que regulen, hasta la expedición la Ley¹³⁴.

Las Reglas fueron estructurados de la siguiente manera: Disposiciones fundamentales, Procesos Constitucionales; estos se dividieron en los siguientes capítulos: Disposiciones comunes para la sustanciación de las acciones ante la Corte Constitucional, Interpretación de la Constitución y los Tratados Internacionales, Control Abstracto de Constitucionalidad, Control Concreto de Constitucional, Consulta de Constitucionalidad, Conflictos de competencia, las garantías jurisdiccionales de los Derechos e Incumplimiento de Sentencias Constitucionales¹³⁵. El Capítulo VI, de las Garantías Jurisdiccionales de los Derechos, regula: Disposiciones Comunes, Acción de Protección de los Derechos Fundamentales (Art. 45 RPPT), y jurisprudencia vinculante¹³⁶. Las RPPT establecieron como principios de justicia Constitucional los siguientes: la supremacía de la Constitución, aplicación directa e inmediata de la norma constitucional, interpretación conforme a la Constitución y el acceso a la justicia

¹³⁴ *Reglas de Procedimiento Para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional.* Quito. R.O.-S 466: 13-Nov-2008. p. 1

¹³⁵ Ibid. Índice

¹³⁶ Ibid. Índice.

constitucional¹³⁷. Mantuvieron correspondencia con los principios que rigen la Constitución y, que son ampliados en la LOGJCC.

Los principios comunes a todas las garantías jurisdiccionales para los derechos constitucionales, son: informalidad, celeridad, no subsidiaridad, tramite preferencial y diversidad intercultural¹³⁸. La Acción de Protección goza del principio específico de tutela directa, sumaria, preferente, inmediata, intercultural y reparatoria o preventiva de los derechos constitucionales (Art. 46 RPPT)¹³⁹.

En cuanto a su finalidad, la Acción de Protección tiene como fin garantizar judicialmente los derechos constitucionales y demás derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la CC. En el caso de no encontrarse señalados en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos, se estará a las prescripciones más favorables contenidas en la norma fundamental¹⁴⁰.

¹³⁷ Ibid. Art. 3. pp. 1-2.

¹³⁸ *Reglas de Procedimiento Para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional*. Quito. R.O.-S 466: 13-Nov-2008. Art. 43. p. 10

¹³⁹ Ibid. p. 12

¹⁴⁰ Ibid. Art. 45. p. 12

Grafico 11.

Cuadro Comparativo entre Constitución 2008 y Reglas.

DINAMICA	CONSTITUCION 2008	REGLAS
Naturaleza de la ACCIÓN DE PROTECCION	Cautelares, de fondo o conocimiento. Art. 88 CRE	Cautelar, de fondo o de conocimiento Art. 46, 49 Lit. d)
Legitimación activa	Individual y/o colectiva Art. 86 No 1 CRE.	Individual y/o colectiva Art.47
Legitimación pasiva	Órgano, Políticas públicas, funcionario público y particular	Órgano, políticas públicas, funcionario público y particular. Art. 48
Relación	Relación vertical pública y/o privada.	Relación vertical pública y/o privada. Art. 48 Inc. 2do.
¿Que protege?	Derechos individuales y de dimensión social (humanos) y derechos de la naturaleza.	Derechos individuales y de dimensión social (humanos) y derechos de la naturaleza. Art. 45
¿Contra quién protege?	Estado y particulares	Estado y particulares Art. 47
Acto ilegítimo	Actos públicos, política pública y actos de particulares.	Actos públicos, política pública y actos de particulares. Art. 48 y 45
Identificación del hecho	Elementos probatorios presentados por las partes.	Elementos probatorios presentados por las partes. Art. 49 Lit. d.
Formal	Formalidad condicionada. (Reglamento de Procesos)	Formalidad condicionada. (Reglamento de Procesos) Art. 49
Abogado	No	No, alternativo Art. 49 lit. h)
Notificaciones	Cualquier medio.	No alternativo Art. 49 lit. h)
Prueba	Si, De oficio si, Comisión	Si, De oficio si, Comisión, Art. 44 No 2 Lit. c)
Prescripción	No	No hay norma expresa
Improcedencia	Si	Si, Art. 50
Competencia	Juez Ordinario, Corte Provincial y Corte Constitucional. Art. 86	Juez de Garantías Constitucionales (Todos los jueces ordinarios y especiales), Corte Provincial.
Trámite	Tiene formalidad básica, sumada la capacidad discrecional del juez, operadores, litigantes y víctima.	Tiene formalidad básica, sumada la capacidad discrecional del juez, operadores, litigantes y víctima. Art. 43 inc. 1ro.
Apelación	Si	Si, plazo de 5 días después de su notificación Art. 44 No 4
Instancias	Juez Constitucional u ordinario, Cortes Provinciales y Corte Constitucional.	Juez de Garantías Constitucionales (ordinarios y especiales), Cortes Provinciales Art. 44 No 1, lit. a) y b).
Reparación	Si. Integral, material e inmaterial Art. 86 No 3 CRE.	Si (excepto la indemnización económica) Art. 44 No 3
Jurisprudencia	Si Vinculante Art. 440	Si Precedente constitucional Art. 18.
Control de inconstitucionalidad de Normas	Si. (remitir a la Corte Constitucional, Art.428 CRE)	Si. Art. 26 y sig.
Juez	Juez Creador de derecho.	Juez Creador de derecho. Art 3
Naturaleza de la acción	No	Residual Art. 50 lit. a).

Fuente: CRE 2008 y Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición.
Autor: Gilda Guamán.

Del cuadro comparativo no denota una contradicción entre las Reglas y la Constitución. La expedición de la Reglas por parte de la Corte en transición, tiene como finalidad hacer efectivos los principios constitucionales en el ejercicio de los derechos constitucionales, como son de aplicación directa e inmediata y plena justiciabilidad de los derechos y garantías, que permitan más que el ejercicio mismo de los derechos, pues para ello no requeriría normas adicionales, son expedidas por, el control del ejercicio de los mismos por parte de la administración de justicia constitucional, amparados en los artículos 424, 426, y 11 en sus Nos 3,y 5 CRE.

2.2.1 La Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

Con el objeto de ajustar la normativa legal a la Constitución, garantizar los derechos humanos, de la naturaleza y la supremacía constitucional; las garantías deben contar con un marco jurídico acorde con la estructura política y jurídica que conlleva. En su cumplimiento, la Asamblea Nacional promulgó la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, publicada en el R.O.-2S 52: 22-oct-2009 . Y la Corte Constitucional dictó el Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, publicada en el R.O.-S 127 del 10 de febrero del 2010. De ellos se revisará la parte pertinente a la Acción de Protección, a fin de establecer si cumple con el objetivo constitucional previsto¹⁴¹

Revisaré la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, dividida en siete Títulos, así: Normas Generales, garantías constitucionales de los derechos, Control Abstracto de la Constitucionalidad, Control Concreto de la Constitucionalidad, Otras competencias, Incumplimiento de Sentencias y dictámenes constitucionales y Estructura de la Administración de Justicia Constitucional. Corresponde revisar específicamente la Acción de Protección.

¹⁴¹ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52: 22-oct.2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010. Art. 1. p. 2.

Los principios generales que regulan de la justicia constitucional, son: lo principios pro homine, optimización de los principios constitucionales, obligatoriedad del precedente constitucional, y obligatoriedad de administrar justicia constitucional. Art. 4 LOGCYCC.

Art. 3, los métodos y reglas de interpretación constitucional, son para: la solución de antinomias, proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva o dinámica de interpretación sistemática, teleológica y literal; en caso de necesidad, prevé la posibilidad de otros métodos de interpretación.

Establece la sujeción a los principios generales del Derecho y la equidad, así como a los principios de unidad, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación. Los principios procesales, son: el debido proceso, aplicación directa de la Constitución, gratuidad de la justicia constitucional, el inicio de procesos por demanda de parte e impulso de oficio, formalidad condicionada, doble instancia, motivación, comprensión efectiva, economía procesal (concentración, celeridad, saneamiento), publicidad; *lura novit curia* y subsidiaridad⁴².

Las garantías jurisdiccionales otorgadas a los derechos constitucionales¹⁴³, tienen como finalidad lograr su protección eficaz e inmediata; y, su declaratoria de vulneración tiene como objetivo la suspensión del acto amenazante, del hecho vulnerador y la reparación integral de los mismos¹⁴⁴. La Acción de Protección, y todas las garantías jurisdiccionales se regulan por normas comunes, constantes en los Artículos 6 al 25 de la Ley, para actos consistentes en hechos o actos irreversibles, intensos y/o frecuentes que vulneren los derechos. Las medidas no caben cuando estén

¹⁴² *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O+. 25 52: 22-oct.2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010. Art. 2-4.

¹⁴³ La Convención de Viena define Tratados en su Art. 21, dice: "Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre dos Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Esta convención da prioridad al Derecho Internacional Convencional al Derecho Interno. Los Instrumentos Internacionales son variados de alcance y contenido, uno de ellos los Tratados. La Acción de Protección se limita a los Tratados, pese a que el Art.417de la CRE dice: "y otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos" son de aplicación directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución. La Convención Americana, en materia de los derechos económicos, sociales, y culturales, para su vigencia establece como necesaria su remisión a la Ley o medidas complementarias internas. El Estado debe adecuar la Ley a la Convención Americana para que un derecho humano reconocido en esta sea ejecutable por parte de un Juez. Siempre queda el principio *pro homine*.

¹⁴⁴ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52: 22-oct.2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010. Art. 6)

previstas vías administrativas u ordinarias, ejecución de órdenes judiciales o se interponga la Acción extraordinaria de protección. Las medidas ordenadas por el Juez, carecen de valor probatorio al igual que no significan un prejuzgamiento respecto a la demanda. Al incumplimiento de las medidas cautelares ordenadas por un juez, puede interponerse la Acción de incumplimiento para lograr la ejecución de las mismas ¹⁴⁵.

El objeto de la Acción de Protección, es el lograr el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales y de aquellos contemplados en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Esta garantía procede siempre y cuando el derecho no esté amparado por otras acciones, como el habeas corpus, la extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena y otras, (Art. 39 de la LOGJCC). Para su ejercicio establece la concurrencia de los siguientes requisitos: violación de un derecho constitucional, la acción u omisión de autoridad pública de un particular de conformidad con el Art. 41 de a la misma ley, e inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para la protección de un derecho. ¹⁴⁶. La competencia se radica en los jueces de primer nivel y, las Cortes Provinciales para conocer las apelaciones.

La identificación del acto ilegítimo, el Art. 41 de la LOGJCC, mantiene la división constitucional y agrega. La discriminación mantiene un carácter general en cuanto a su origen, la cometida por “cualquier” persona¹⁴⁷, sin embargo, se excluyen a los originados por el Consejo Nacional Electoral.

El proceso de la Acción y de las otras garantías jurisdiccionales puede terminar por auto definitivo el cual contenga la declaración el desistimiento o apruebe el allanamiento o finalmente mediante sentencia, Art. 15 LOGJCC. En los dos últimos casos se tratará de la reparación integral, material e inmaterial del derecho, de existir el acuerdo sobre ella, ésta será aprobada mediante auto definitivo, el mismo que no será susceptible de apelación. La sentencia o el auto de manera expresa debiera contener las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, el tiempo, el modo y el lugar de como cumplirse la reparación a cargo del obligado por decisión judicial. El juez cuenta con los medios necesarios para hacer cumplir su sentencia o acuerdo reparatorio. Al

¹⁴⁵ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. R.O. 25 52: 22-oct.2009. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010. Art. 26-30.

¹⁴⁶ *Reglas de Procedimiento Para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional*. Quito. R.O.-S 466: 13-Nov-2008. Art. 40 No 1, 2, y 3.

¹⁴⁷ *Ibíd.* Art. 41.

tratarse de un particular, se tramitará ante el mismo juez o jueza que conoció la causa y en juicio contencioso administrativo si fuese contra el Estado. Se sujeta a los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, con todos los recursos de apelación previstos para ellos. La reparación encuentra muchas dificultades por los procesos a seguirse, se vuelve inalcanzable en el tiempo y en el costo, no realizable.

Las reparación, trátase de incumplimiento o violación de sentencia, dispone dos vías adicionales: a) Por el incumplimiento: la acción de incumplimiento; y b) la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales, por violación originada en sentencias en el sistema judicial, la acción extraordinaria de protección.

a) Por incumplimiento, en cuanto la sentencia y/o medidas de reparación emanadas por el juez, esto es, las obligaciones de hacer o no hacer, deben estar determinadas en forma clara, expresa o exigible establecida en la resolución, son de inmediato cumplimiento. Requieren de más de cuarenta días para que se configure el incumplimiento e interponer esta acción. existe obligatoriedad del Juez o jueza el cumplimiento de la sentencia. Si hay inejecución o defecto en la ejecución cabe la acción contra el juez, procede solo a solicitud de parte y, el juzgador en el término de cinco días contados a partir de la solicitud, remitirá el proceso e informe del incumplimiento. De no ser atendida, el peticionario puede presentarla ante la Corte Constitucional de manera directa, dentro del término de diez días contados a partir de fenecido el término ya señalado. La Corte Constitucional, cuenta con todas las facultades otorgadas por la Constitución, la LOGJCC, y la Ley Orgánica de la Función Judicial para hacer efectiva la sentencia incumplida y la reparación de la misma (Art. 52 54, 162, 163 y 164 LOGJCC).

b) Para las violaciones originadas en sentencias del sistema judicial, tenemos acción extraordinaria de protección, cuyo objeto es la protección de los derechos constitucionales y el debido proceso. Para el caso de sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, que sean violatorios por acción u omisión de un derecho constitucional. Trata sobre actos vulneradores de origen jurisdiccional. Puede interponerse dentro del término veinte días subsiguientes a la notificación judicial o desde que tuvieron conocimiento de la providencia (Art. 52-60 LOGJCC).

La Acción de Protección al parecer tendría una mayor cobertura de los derechos protegidos por su enumeración; por esta razón limita el accionar del juez en la protección de los derechos detallados, y se restringe por jerarquía de las leyes (Art. 425 y 424 CRE)

y siempre que no encuentren amparados por las otras acciones jurisdiccionales. (Art. 39 LOGLCC).

Gráfico 12.

Título: Dinámica de la Acción de Protección en la Constitución 2008 y LOGJCC

DINAMICA	CONSTITUCION 2008	LOGJCC
Naturaleza de la ACCION DE PROTECCION	Cautelares, de fondo o conocimiento. Art. 88	Cautelar, de fondo o de conocimiento Art. 39, 42 No 5.
Legitimación active	Individual y/o colectiva Art. 86 No 1 CRE.	Individual y/o colectiva Art. 9
Legitimación pasiva	Organo, funcionario público y particular.	Organo, funcionario público y particular. Art. 41.
Relación	Relación vertical pública y/o privada.	Relación vertical pública y/o privada. Art. 41.
¿Que protege?	Derechos individuales y de dimensión social (humanos) y derechos de la naturaleza.	Derechos individuales y de dimensión social (humanos) y derechos de la naturaleza. Art. 39
¿Contra quién protege?	Estado y particulares	Estado y particulares Art. 41
Acto ilegítimo	Actos públicos, política pública y actos de particulares.	Actos públicos, política pública y actos de particulares. Art. 41
Identificación del hecho	Elementos probatorios presentados por las partes.	Elementos probatorios presentados por las partes. Art. 40.
Formal	Formalidad condicionada. (Reglamento de Procesos)	Formalidad condicionada. (Reglamento de Procesos) Art.8
Abogado	No	No, Alternativo. Art. 8
Notificaciones	Cualquier medio.	Si, medios eficaces, preferente electrónicos. Art. 8 No 4.
Prueba	Si, De oficio si, Comisión	Si, Accionante en la demanda y audiencia, excepto cuando se invierte la carga de la prueba. Art. 16.
Prescripción	No	No hay norma expresa
Improcedencia	Si	Si, Art. 42.
Competencia	Juez Ordinario, Corte Provincial y Corte Constitucional. Art. 86	Juez de primera instancia. Art. 7.
Trámite	Tiene formalidad básica, sumada la capacidad discrecional del juez, operadores, litigantes y víctima.	Tiene formalidad básica, sumada la capacidad discrecional del juez, operadores, litigantes y víctima. Art. 13, 14, y 15.
Apelación	Si	Si, término de 3 días después de su notificación Art. 24
Instancias	Juez Constitucional u ordinario, Cortes Provinciales y Corte Constitucional.	Jueces de primera instancia (ordinarios y especiales), Cortes Provinciales en segunda instancia. Art. 24.
Reparación	Si.	Si material e integral (verbal sumario para particular, contencioso administrativa, de haber reparación económica) Art. 18, 19.
Jurisprudencia	Si Vinculante Art. 436 No 6	Si Precedente constitucional, Selección. Art. 2 No 3
Control de inconstitucionalidad de normas	Si. (remitir a la Corte Constitucional, Art.428 CRE)	Control abstracto. Art. 42 No 3.
Juez	Juez Creador de derecho.	Juez Creador de derecho.
Naturaleza de la acción	Directa e inmediata.	Residual, Subsidiaria, Art. 42 No 4.

Fuente: Constitución 2008 y LOGJCC. Elaborado por: Gilda Guamán.

CAPITULO III

Análisis de la Sentencias de los Jueces Constitucionales de la Acción de Protección y el Estado.

3.1. Liberación de tributos para la importación de vehículos para personas con capacidad diferente.

El proyecto Rap, financiado por Conservación Internacional (CI.) Organizó un sobrevuelo de observación científica en la cordillera de Chongón-Colonche, que concluye en un accidente. Alfredo Luna, quien colaboró desde el 12 de julio al 24 de agosto de 1993, fue uno de sus sobrevivientes. Como resultado del suceso quedó con una discapacidad corporal del 60%, progresiva y degenerativa; así calificada por el Consejo Nacional de Discapacitados (CONADIS). Solicitó una nueva evaluación por la progresividad de su incapacidad, basado en un certificado otorgado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). El CONADIS, le solicitó nuevos exámenes e informes médicos adicionales, y exige la primera radiografía del accidente. En 11 de marzo de 1998, niega la autorización, argumentó: "... La importación de vehículos ortopédicos solo podrá ser autorizada por el CONADIS y gozará de las exoneraciones ...UNICAMENTE CUANDO SE DESTINEN Y VAYAN A SER CONDUCIDOS POR PERSONAS CON DISPACIDAD QUE NO PUEDAN EMPLEAR OTRA CLASE DE VEHICULO, situación que no es la suya **en las condiciones actuales**, ya que su nivel de limitación le permite conducir o acceder a un transporte normal...¹⁴⁸".

El Tribunal Fiscal No 1 mediante sentencia publicada en el R.O. 84, de fecha diciembre 9 de 1996, declara la nulidad de algunos artículos del Reglamento de la Ley 180 (R.O. 374, de febrero 4 de 1994), del Reglamento de la Ley de Defensa Nacional (R.O. 641, febrero 24 de 1995). El CONADIS interpone el recurso de casación ante la Corte Suprema, la cual resuelve que la inconstitucionalidad debe ser resuelta por el Tribunal Constitucional (TC).

El 30 de junio de 1.998 ante dicho organismo se presenta la demanda (previa la recolección de más de 1.000 firmas), en contra del señor Presidente de la República (PR), los Ministros de Estado de las Carteras de Finanzas, Salud, Bienestar Social y

¹⁴⁸ Oficio CONADIS

Procurador General del Estado (PGE). Por la inconstitucionalidad de algunos artículos del Reglamento de la LD. La sentencia (R.O.118 de enero 28 de 1999), aceptó en su totalidad la demanda y dictaminó que "...la decisión del Presidente del CONADIS, decisión alejada de una visión más humana y sensible¹⁴⁹". Así como, la Presidencia de este organismo (Art. 77 del Reg.) es una creación incorporada en el Reglamento ya que no consta en la Ley.", sobre ese punto la Corte no pudo pronunciarse, pero suspendió algunos artículos del Reglamento de la LD. Pese al Fallo del Tribunal Constitucional, el CONADIS negó nuevamente la autorización.

Con la vigencia de la Constitución 2008, la señora Silvia Game y Alfredo Luna presentaron una acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional para el Periodo de Transición. En contra del PGE y la CAE, por que incumplieron lo previsto el Art. 23 de la Ley Reformatoria de la Ley de Discapacidades Codificada. Desconociendo el derecho a la exención tributaria en la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos, nuevos o usados (éstos últimos con tres años de fabricación a la fecha de autorización del CONADIS). El incumplimiento del PGE consiste que mediante oficio N 01421 de junio 23 de 2008, considera inadmisibile la posibilidad de importar vehículos de hasta tres años de antigüedad, pues el mencionado artículo contradice preceptos jurídicos superiores. Y la CAE incumpliría por suspender los trámite de importación, a causa del pronunciamiento anterior¹⁵⁰.

A la CC se le plantearon dos problemas, uno de la admisión o no de la acción de incumplimiento. Y dos, la constitucionalidad o no de las normas conexas dentro del caso planteado.

El PGE en ejercicio sus facultades atribuidas por Ley y la Constitución declaró la inaplicabilidad de una norma, ello implica impugnar mediante la acción de inconstitucionalidad no por medio de la acción de incumplimiento. En cuanto a la CAE, esta si ha incumplido, pues la autorización del CONADIS es dada con fecha junio 2008, con anterioridad al dictamen del PGE, debiendo aplicarse los anteriores dictámenes de la PGE.

¹⁴⁹ El Tribunal Constitucional. R.O. 118. Suplemento enero 28 de 1999. Caso No 335-98-TC. p. 6.

¹⁵⁰ Manuel Atienza. *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito. Editorial Jurídica Cevallos. 2010. p. 104

En relación a las normas conexas, la Corte analizó si se estuvo facultada para revisar su constitucionalidad de oficio (Art. 436 No 3 CRE), y se plantea tres cuestiones: a) La constitucionalidad o no del dictamen del PGE, que lleva dos preguntas, la primera si el dictamen es una norma, que responde que sí. Entendiéndose por tal el derecho objetivo y que el dictamen modifica el mismo. La segunda pregunta, si el dictamen en cuanto al fondo es constitucional, la respuesta es no. Se basó en las siguientes razones: i) No tuvo en cuenta la normativa constitucional e internacional sobre Derechos Humanos, que opera como límite a todo ordenamiento jurídico y que sustenta la protección de los derechos de los discapacitados, ii) Frente al criterio del PGE, la Corte utiliza la fórmula de peso de Alexy: los derechos de los grupos vulnerables (exención tributaria) y de atención prioritaria, frente a los derechos del medio ambiente y del consumidor. Considera dos elementos: el primero, el grado de afectación de cada derecho y, el segundo la seguridad de las premisas empíricas. No utiliza el peso abstracto en tanto en la Constitución los principios y los derechos son de igual jerarquía (Art. 11 No 6 CRE). En cuanto al derecho a la exención tributaria, la Corte considera que es el más afectado. En tanto priva a la población afectada en su derecho a la autonomía y, la conexión entre la importación de los vehículos usados de hasta tres años de uso y la afectación al medio ambiente, es bastante débil.

La CC resolvió sobre la constitucionalidad de los Art. 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, frente a la Constitución vigente, declaró que contradicen los Art. 436 No 1 y 237 No 3. En tanto la CC es la máxima institución para la interpretación constitucional y, aún el legislador perdió esa capacidad. La Procuraduría no tiene competencia sobre la “inteligencia o aplicación de la ley”.

En cuanto al Art. 44 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas, la CC declaró este artículo como constitucional, ajustó el requisito de “factura comercial y póliza de seguros expedida de conformidad con la ley”, a la presentación del documento equivalente que puede obtenerse para vehículos usados. De tal modo que la factura comercial no se constituya en obstáculo para que los discapacitados ejerzan sus derechos.

La CC resuelve la demanda de la siguiente forma: i) Niega la acción de incumplimiento con PGE y la acepta en contra del gerente de la CAE; ii) Declara la Inconstitucionalidad del dictamen 01421 del PGE; iii) Declara inconstitucional la

expresión “constitucionales” del Art. 3 lit. e y Art. 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; iv) Declara la constitucionalidad del Art. 44 Lit. b) de la Ley Orgánica de Aduanas condicionó la “factura comercial” a un equivalente en el caso de discapacitados.

La CC realizó una protección eficiente de los derechos de los discapacitados, en cuanto negó en forma parcial la acción de incumplimiento, pero reguló el sistema normativo con el caso específico de los discapacitados. En tanto declaró la inconstitucionalidad del dictamen del PGE sobre el caso específico y resolvió sobre el requisito con un equivalente. Reformó por inconstitucional la capacidad de interpretación constitucional contemplada en la Ley para el Procurador.

Como jurisprudencia vinculante de la Acción de Protección se encontró el expediente No 0182-10JP. El señor Arturo Pazos Jijón, sufre una discapacidad visual del 100%. Demandó al Presidente del Consejo Nacional de Electricidad, por no otorgar las rebajas de los precios de los servicios públicos y privados de transporte y espectáculos (Art. 47 No 3 CRE). El Juez Constitucional de Primer nivel concedió la petición, que ratificadas por la Corte Provincial de El Oro y la Corte Constitucional. Argumentaron que las garantías constitucionales, son los medios idóneos para que las personas hagan efectivos los derechos constitucionales. Previstos con el fin de otorgar protección a los derechos subjetivos al momento de ser amenazados o perturbados por particular o por el Estado. Se puede observar que nada dice sobre la restitución de los valores cobrados en exceso. El perjuicio económico que sufrió durante el periodo de su reclamo y demanda se mantiene, pero se suspendió el efecto futuro.

3.2 Acción de Protección, en el derecho fundamental de educación y trabajo.

La Asamblea Constituyente de Montecristi, mediante el Mandato N° 14, derogó de Ley 130, con la cual se creó la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador (UCCE). Medida que solicitó el CONESUP, luego de comprobar múltiples irregularidades, cometidas por dicho centro de educación superior. Por mandato estuvo en la obligación de revisar en forma exhaustiva e individual las carpetas académicas de los estudiantes y graduados. En ese proceso encontró serias irregularidades, así: malla curricular no idónea, documentos sin fechas ni firmas

emitidos por la Universidad, inconsistencias de fechas de estudio, carreras no coincidentes con los títulos otorgados. Razones que motivaron negativas de registro y, generaron numerosas acciones de protección, contra del CONESUP.

Por su impacto en la ciudad de Esmeraldas, se ha elegido la Acción de Protección propuesta por Edison Vélez, en calidad de representante de Estudiantes y graduados de la EXUCCE (juicio No 087-2009), conocida por el Juez Tercero de Garantías Penales de Esmeraldas. Se demanda el incumplimiento del Mandato Constituyente No 14, y esto les acarrea vulneraciones varios derechos constitucionales. Estos eran entre otros: a la educación, al trabajo, a la honra, al progreso familiar y personal. Cumplido el debido proceso, sin presentación de pruebas por parte del accionante aún la de representación. El CONESUP presentó sus pruebas, como las copias certificadas de las carpetas académicas que le fueron entregadas por las autoridades de la EXUCCE, con un informe explicativo de no cumplir con los requisitos prescritos por la Ley Orgánica de Educación Superior y sus Reglamentos.

El Juez de Garantías Jurisdiccionales, dictó sentencia que notificó al CONESUP y no al delegado del Procurador General del Estado. Esta es favorable para los accionantes y ordenó que en el plazo de 15 días, se practique el registro y la emisión de los certificados de registro de títulos. Esta se ejecutoría, al no haber interpuesto la apelación dentro del plazo que establece la Ley. Y procedió al envío de copias de las carpetas y listado de personas que no eran los accionantes, para su registro. Ante el incumplimiento de su sentencia, el Juez dictó medidas sancionatorias, como la destitución de algunos funcionarios del CONESUP (Art. 86 No 4 CRE), prohibición de ausentarse del país, prohibición de enajenación de bienes (Art. 44 No 5 RPECCC), ente otras.

El CONESUP concurrió ante la Corte Constitucional con una Acción Extraordinaria de Protección, por la violación de los derechos constitucionales que contenía la sentencia que dictó el Juez Tercero de Garantías Penales de Esmeraldas, Admitió a trámite, dio curso al proceso y, dictó su resolución No 031-09-SEP-CC. Analizó los siguientes aspectos: a) La legitimidad activa, la Corte refiriéndose a la fotocopia certificada por la secretaria EXUCCE, doctora Castillo; expresó que no existía una certificación que justifique la calidad de la funcionaria que certifica. Consideró que el accionante no puede endosarse la calidad de representante de los

graduados. Y razonó como vergonzoso que el juez no se haya pronunciado sobre este aspecto, a pesar de la impugnación por parte del CONESUP¹⁵¹. b) La Corte consideró que el efecto interpartes para las garantías es regla general, pero pueden existir excepciones a la misma. En el caso su iudice, constató que el juez constitucional de instancia, otorgó a la garantía efectos inter comunis. Éste es aplicable a terceros que atraviesen circunstancias similares a quien interpuso la acción¹⁵². La petición del accionante fue denegada; c) La sentencia se encuentra ejecutoriada por no haberse presentado la apelación en el plazo prescrito para ello; d) La Corte analizó en virtud del principios iura novit curia, sobre eventuales vulneraciones a derechos constitucionales, no alegados por el accionante, como la eficiencia, celeridad de los servicios públicos y, sustentó la Acción de Protección en la vulneración de derechos constitucionales provenientes del Mandato 14. El Juez Tercero de lo Penal de Esmeraldas aceptó la pretensión, aún cuando esta se relacionara a otras garantías constitucionales. El juez dispuso que a partir de su sentencia, se cumpla con la Ley Orgánica de Educación Superior, esto es el registro de los títulos, cuyo un efecto es propio de la acción de incumplimiento.

La Corte considero: Que el juez no actuó erróneamente en su sentencia estableció el efecto intercomunis, declaró ejecutoriada la misma y desechó el recurso de apelación. Pero ha trastornado una de las garantías previstas en la Constitución y ha privado de eficacia a la otra y resolvió una acción que de inicio debió ser inadmitida. Al no hacerlo vulneró el principio de interpretación sistemática de la Constitución previsto en su Art. 420; que propende a la interpretación integral de las normas preceptivas, para evitar que una elucidación aislada prive de eficacia a otros preceptos constitucionales. La Constitución reconoce para este caso la acción por incumplimiento (Art, 93 CRE). De tal modo que privó de eficacia a dicha disposición constitucional y, el juez optó, como si se tratara de una selección, por ventilar la causa bajo la garantía prevista en el Art. 88 de la CRE.

Todo lo dicho se traduce en una vulneración seria a las garantías del debido proceso y a la tutela judicial efectiva. En efecto la Constitución de la República en su Art. 76, prescribe” En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las

¹⁵¹Corte Constitucional. Sentencia No 031-09-SEP-CC. Quito. 2009. p. 5

¹⁵²Ibíd. p. 9

siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”. La sentencia acepta la acción extraordinaria de protección planteada por el CONESUP, deja sin efecto todo el proceso de la Acción de Protección ventilado el Juez de Garantías Constitucionales de Esmeraldas, y dispuso al Consejo Nacional de la Judicatura, que examine la conducta del juez a-quo.

CONCLUSIONES

Como hemos visto, el Ecuador inicia su vida republicana como un Estado liberal incipiente, sin un mayor cambio en sus estructuras de poder. Respondió a los parámetros internacionales, prescritos en los diversos Instrumentos Internacionales. Sobre todo en materia de los derechos, con una mayor intervención del Estado, puede decirse que a mayor garantía Estatal, se le confiere mayor poder de control sobre el individuo. Se ingresó en una línea de garantía de bienestar básico como alimentación, vivienda, salud, comodidad adicional para el hombre, a cambio de un mayor control, ese el precio. N. Bobbio, propuso un desarrollo y concesiones de derechos jurisdiccionales, como obligaciones del Estado, como la forma de evitar la rebelión de la sociedad, y el control de los grupos de poder. Dentro de una realidad social, materialmente desarrollada, donde la condición del ser humano “feliz”, se convierte en la pieza fundamental de una sociedad de consumo para mantener una economía dinámica de producción.

Pasamos a la cabeza de las Constituciones modernas en América latina, con una estructura similar de la Constitución española del año de 1978 y la alemana de 1949. Con los lineamientos de un neoconstitucionalismo o una renovada presentación del neoliberalismo. Se ratifica el positivismo jurídico, con una dinámica diferente; el Art. 1 No 2 fortalece la delegación legítima de poder del pueblo a la función pública. Que refuerza y legitima la fortaleza de la institucionalidad estatal. Responde a los ideales de la modernidad (racionalidad instrumental, autonomía de voluntad, validez de los discursos, representación, emancipación, igualdad, libertad, etc.). Sería conveniente partir de las particulares características de la cultura política local: “lo importante es estudiar lo que es específico a nuestra versión de la modernidad...en lugar de esperar que el progreso nos equipare con las prácticas políticas de los países democráticos

occidentales”¹⁵³, diríase hoy Constituciones, tendientes a estandarizar los procedimientos y las personas. Sin perder de vista, el fracaso de los modelos occidentales al interior de sus propios países, que evidencian los límites de la racionalidad formal dominante, que no es aplicable para lograr la cohesión de nuestra sociedad.

El Art. 283 de la Constitución 2008 establece un Estado Constitucional de derechos, cuyo sistema de mercado que garantiza la producción y reproducción de las condiciones de mercado, tendiente a asegurar una adecuada distribución del ingreso y la riqueza nacional; en la cual el objetivo de la política económica es incorporar un mayor valor agregado, máximo nivel de producción, e impulsar el consumo local¹⁵⁴; en pocas palabras orientada básicamente a desarrollar una mejor sociedad de consumo, que promueve un orden global, y con participación activa en él, con una integración política, cultural y económica, que cuente con mecanismos de control internacional¹⁵⁵. Bajo la perspectiva de una economía de mercado, la parte primordial de la Acción de Protección, en tanto reparación económica del daño causado, dentro de su misma visión se vuelve inalcanzable al caer en un proceso administrativo o judicial. El Estado no responde, pero también es cierto que si permite que al particular se le exija más rápidamente su reparación económica. Evidencia la estructura lenta y burocrática, el tortuguismo estatal, frente a la agilidad del particular. Los derechos, las garantías y su reparación se convierten en una promesa no cumplida.

Frente a la doctrina ideológica planteada por N. Bobbio, nos deja una vía abierta con gran responsabilidad, cuando plantea la necesaria unión de filosofía y Derecho, ese puente, nos queda el desarrollo de una filosofía Latinoamericana, Ecuatoriana, necesaria para llenar conceptos y normas jurídicas que evidencien las ideas, pensamientos, conocimiento y necesidades de una sociedad, para que la participación social tenga su presencia con contenido. ¿Cuánto trabajo se ha desarrollado en ese campo?

¹⁵³ Mario Mejía Huamán. *Hacia una filosofía andina. Doce Ensayos sobre el componente andino de nuestro pensamiento. Lima-Perú. Primera edición computarizada.*

¹⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008 Art. 284. p 87.

¹⁵⁵ *Ibid.* Art. 416 P 120.

La Declaración de Morelia de 1975, suscrita por Enrique Dussel, Francisco Miró Quesada, Arturo Andrés Roig, Abelardo Villegas y Leopoldo Zea, orienta a mirar las ideas interculturales de la colonia, como las manifestaciones culturales ancestrales. En Ecuador encontramos por los años ochenta a los maestros Roig, Rodolfo Mario Agoglia, Carlos Paladines, Carlos Rojas, Hernández Alvarado, Bolívar Echeverría, Ximena Núñez, Emilio Uzcátegui, Agustín Cueva y Ximena Núñez. El doctor Mario Mejía Huamán, no da una reseña de las ideas que nos parecen más importantes para nuestra propuesta, y dice: “Desde 1945 fecha en que el filósofo Leopoldo Zea, sostuvo que “...la filosofía americana debe tener como centro al hombre americano, o su esencia, o sus necesidades”¹⁵⁶. Antonio Gómez Robledo, en 1946, sustentó que “entre nosotros existe una suerte de entreguismo filosófico, correlato, en el orden del espíritu, del entreguismo político”¹⁵⁷. Enrique Dussel, “sostiene que: el hombre no debe pensar en lo universal a través de lo particular; como tal, debe pensar en resolver sus problemas sobre todo en liberarse no sólo de la opresión política y económica, sino también, y es lo más importante, de la ideológica”¹⁵⁸.

Augusto Salazar Bondy en 1954 sostuvo que nuestro continente no tuvo una filosofía propiamente dicha y la actual tiene como “el primero de sus rasgos negativos... es el sentido imitativo de la reflexión”. “Se piensa de acuerdo con moldes teóricos previamente conformados, a los modelos del pensamiento occidental, sobre todo europeo, importado en la forma de corrientes de ideas, escuelas, sistemas totalmente definidos...”, -que todavía no hemos tomado en cuenta- “... la tradición vernácula... el pensar indígena no fue incorporado al proceso de la filosofía hispanoamericana”¹⁵⁹.

Francisco Miró Quesada en 1964, sostenía una tesis parecida a la de Mariátegui, “Si el desgarramiento consistía en el desconocimiento del ser del indio, la reconciliación tenía que consistir en una afirmación del ser del indio. No para negar el ser del blanco, no para rechazar los grandes y eternos valores heredados de la cultura hispánica y occidental, sino, sencillamente, para integrar lo que desde el comienzo había sido separado”, también sostiene que existe en el pueblo una Filosofía

¹⁵⁶ Mario Mejía Huamán. *Hacia una filosofía andina. Doce Ensayos sobre el componente andino de nuestro pensamiento*. Lima-Perú. Primera edición computarizada. 2005. p. 39

¹⁵⁷ *Ibíd.* P. 39.

¹⁵⁸ *Ibíd.* p. 40

¹⁵⁹ *Ibíd.* p. 40.

Sapiencial; esto es, una filosofía surgida de cultura popular que da orientación y sentido a su existencia”¹⁶⁰.

La Dra. María Luisa Rivara de Tuesta sostiene que “el planificar cambios estructurales en nuestros países necesita siempre de un modelo integral ideológico; para nuestro caso, sugirió hacerlo siguiendo el modelo occidental pero con ingredientes nacionales auténticos, completa diciendo "lo que llama a la reflexión es que la América india subsiste y está presente en Centroamérica, México y el Área andina", y que en Latinoamérica "el movimiento filosófico ha adoptado fundamentalmente filosofías occidentales no dando todavía cabida a un planteamiento filosófico de la problemática indígena”¹⁶¹.

Por su parte el Dr. Antonio Peña sostiene que: “Los primeros europeos que llegaron a América se encontraron con un mundo que no entendían; pero no se dieron cuenta de que en verdad no querían entenderlo y, en consecuencia, poco esfuerzo hicieron por mirarlo desde adentro, desde la realidad americana”. Guillermo Federico Hegel, quien, en sus Lecciones de Historia de la Filosofía, sostiene que: “La filosofía es filosofía de su tiempo, un eslabón en la gran cadena de la evolución universal; de donde se desprende que sólo puede dar satisfacción a los intereses propios de su tiempo”. Consideramos que el punto de vista de Hegel nos sirve de punto de apoyo en la concepción de una filosofía que intenta satisfacer los intereses propios de nuestro tiempo histórico apuntan en el sentido de que la reflexión filosófica latinoamericana debía tener como centro y objeto al hombre latinoamericano, su esencia o sus problemas fundamentales. Este ocuparnos del hombre o de sus problemas debería ser según los mencionados autores el sello propio a nuestra reflexión. De Hegel, de que la filosofía latinoamericana debe sugerir la solución de sus problemas actuales...”¹⁶²

Para concluir con estas líneas de pensamiento solo puedo referirme que este trabajo se realizó en base a la recomendación de “David Sobrevilla, propone, “apropiarse del pensamiento filosófico occidental. Someterlo a crítica... y luego de adquirir una familiaridad con él, replantear el pensamiento filosófico, teniendo en

¹⁶⁰ Mario Mejía Huamán. *Hacia una filosofía andina. Doce Ensayos sobre el componente andino de nuestro pensamiento. Lima-Perú. Primera edición computarizada.* p. 41.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 42.

¹⁶² *Ibíd.* pp. 43-44.

cuenta los más altos estándares del saber, pero al mismo tiempo desde nuestra situación peculiar y a partir de nuestras necesidades concretas”¹⁶³

Bobbio, enuncia seis promesas no cumplidas o no mantenidas en el transcurso de la historia Europea; la representación de los intereses; espacios no democratizados; la supervivencia de las oligarquías y el poder invisible; la falta de educación al ciudadano y el espacio limitado en que funciona la democracia, como causas que han generado crisis de las democracias.

Al igual que las democracias en América Latina no se han desarrollado plenamente, como una de las causas por las condiciones de pobreza, marginalidad, discriminación existentes, a lo cual los gobiernos no han podido dar respuestas; la gobernabilidad significa menor democracia, la rapidez, eficacia y eficiencia puede traducirse en pérdida de democracia, un consenso implica más demora a cambio de una mayor democracia, el ideal de la tolerancia, el pluralismo existente requiere la posibilidad de un disenso.

Así, el único derecho que la Constitución lo declara como fundamental es el agua, Art. 12, pero a su vez es patrimonio nacional estratégico, el Art. 313 nos dice el Estado se reserva el derecho de administrar, controlar, regular y gestionar los sectores estratégicos, a cambio de otorgar los servicios públicos, como agua potable, energía eléctrica, telecomunicación e infraestructura vial y portuaria (Art. 314); de igual forma todos los recursos naturales son de propiedad del Estado, con beneficio igual que la empresa que los explote, además les garantiza la producción consumo y uso (Art. 408), aún las áreas protegidas son susceptibles de explotación todo bien fundamentado (Art. 407); un derecho que no es derecho, que no cuenta con la garantías de ejercicio ante el poder del Estado.

El agua, un elemento fundamental para la vida y el desarrollo de todas las actividades de producción está limitado, con ella tenemos unos más otros menos a la soberanía alimentaria, a la salud, a la vivienda, sin ella las personas pierden sus derechos.

¹⁶³ Mario Mejía Huamán. *Hacia una filosofía andina. Doce Ensayos sobre el componente andino de nuestro pensamiento. Lima-Perú. Primera edición computarizada.* p. 42.

Se propone el desarrollo de la filosofía ecuatoriana, a fin de que se refleje en la formación de leyes, y una urgente reforma a la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, especialmente se establezcan los procedimientos rápidos en cuanto de indemnizaciones económicas, esto permite por un lado que el propio funcionario busque cumplir su función, así como la persona pueda enfrentar la acción, pues aún con el tema de la gratuidad, el proceso enfrenta gastos, que su propia condición ha sido vulnerado frente a alguien de mejor condición, los poderes invisibles, de mayor o menor grado.

BIBLIOGRAFIA

ATIENZA, Manuel. Como analizar una argumentación jurídica, Editora Jurídica Cevallos. Edición Quito, diciembre 2009.

AVILA SANTAMARIA, Ramiro, Del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de los derechos y justicia: Modelo Garantista y Modelo Sustancial del Estado, Quito, Primera Edición. Editorial Quipus-Ciespal. 2009.

AVILA SANTAMARIA, Ramiro, Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008, Imprenta: V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008 1ra. Edición, octubre 2008

AVILA SANTAMARIA, Ramiro, Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional. Del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de los derechos y justicia: Modelo Garantista y democracia sustancial del Estado, Quito, Editorial Quipus-CIESPAL, 2009.

AVILA SANTAMARIA, Ramiro, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos. ISBN: 978-9978-92-611-6, Derecho de autor 029375, Imprenta: V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, 1ra edición: agosto 2008.

BOBBIO, Norberto, Liberalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986.

BOBBIO, Norberto, Teoría General de la Política, Editorial Trotta, México, 1996.

BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2005.

BOVERO, Miguel Angel, Democracia y Derecho en el pensamiento de Norberto Bobbio, entre realismo y utopía, (págs. 20-50).

CARBONELL, Miguel, La protección judicial de los derechos sociales, Eficacia de la Constitución y derechos sociales: Esbozo de algunos problemas, Ministerio de Justicia. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores Imprenta: V&M Gráficas, 1ra. Edición: octubre de 2009, Quito, Ecuador.

CLÉRICO, Lucia, Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, ISBN: 978-9978-92-803-5 Derechos de autor: 032426, Imprenta: V&M Gráficas, Editorial . Quito, 2009.

Constitución Política de la República del Ecuador de 1830. En Constitución Política de la República del Ecuador de 1830. Quito.

CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1978 CODIFICADA EN 1997. Ley No. 000. RO/ 2 de 13 de Febrero de 1997.

El Tribunal Constitucional. . R.O. 118. Suplemento enero 28 de 1999. Caso No 335-98-TC.

ESCOBAR GARCIA, Claudia, Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, El rol de las reglas en la era de los principios, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. ISBN: 978-9978-92-803-5 Derechos de autor: 032426, Imprenta: V&M Gráficas, Quito, Ecuador 1ra. Edición: enero de 2010

FERRAJOLI, Luigi, Democracia y Derecho en el pensamiento de Norberto Bobbio, En L. Ferrajoli, Democracia y Derecho en el pensamiento de Norberto Bobbio (págs. 15-55). Italia.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Madrid: Trotta S.A. 1989.

FERRAJOLI, Luigi. El Constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho positivo, Sobre los derechos fundamentales (págs. 114-138).

FREIXES SANJUÁN, Teresa. y.. Los valores y principios en la interpretación constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional , 97-267. 1992

GARCIA FALCONI, Jorge, La Corte Constitucional y la acción extraordinaria de protección en la nueva Constitución política del Ecuador (Primera Edición ed.). Quito, Ecuador, 2008.

GRIJALVA, Agustín, Derechos Ancestrales, **Justicia en Contextos Plurinacionales**, El Estado plurinacional e intercultura en la Constitución ecuatoriana de 2008, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ISBN: 978-9978-92-774-8 Derecho de

autor: 032358 Imprenta: V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2009 1ra. Edición, diciembre de 2009.

HUHLE, Rainer, La violación de los Derechos Humanos- privilegio de los Estados. Actores no gubernamentales KO`AGA ROÑE`ETA se iv (1993)- <http://www.derechos.org/koaga/iv/i/huhle.html>,1.993.

IESS, Información de cobertura, población, afiliada y pensionista. Quito.2007

KYMLICKA, Will. Derechos Ancestrales, **Justicia en Contextos Plurinacionales**, El derecho de la minorías en filosofía política y el derecho internacional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ISBN: 978-9978-92-774-8 Derecho de autor: 032358 Imprenta: V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2009 1ra. Edición: diciembre de 2009

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 25 52: 22-oct.2009. (2010). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

MEJIA HUAMÁN, Manuel, Hacia una filosofía andina. Doce Ensayos sobre el componente andino de nuestro pensamiento, Lima-Perú, Primera edición computarizada.

MONTAÑA PINTO, Juan, Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional, Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución, Editorial Quipus-CIESPAL. Primera edición abril 2009. Quito-Ecuador

NUÑEZ ENDARA, Pablo, Relaciones Internacionales del Ecuador en la Fundación de la República, Quito, Corporación Editora Nacional, Ediciones Abya Yala, 2001. 103 p. Serie Magíster, No. 14.

OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina. (2da Edición. ed.). (F. Andrade&Asociados, Ed.) Quito, Ecuador: Fondo Editorial, 2006.

PISARELLO, Gerardo, La protección judicial de los derechos sociales. Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada "desde abajo", Ministerio de Justicia. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores Imprenta: V&M Gráficas, 1ra. Edición: octubre de 2009, Quito, Ecuador

RAMIREZ GALLEGOS, Fernando. Explorando en un agujero negro* Apuntes para una crítica de las visiones dominantes sobre cultura política en el Ecuador. Quito: [Http://bibliotecasemplades.gov.ec/fulltex/bjambr/v32_1/1237.pdf](http://bibliotecasemplades.gov.ec/fulltex/bjambr/v32_1/1237.pdf).

Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición. . (R.O. 466, noviembre 13,2008.). Quito.

RIVADENEIRA, Ramiro, Jornadas de Capacitación en justicia constitucional, Aproximación de la Teoría de los Derechos y Garantías en la nueva Constitución: Los principios de aplicación de los derechos de la nueva Constitución. Editorial Quipus-CIESPAL. Primera edición abril 2009. Quito-Ecuador

SILVA PORTERO, Carolina. Neconstitucionalismo y Sociedad, Las garantías de los derechos. ¿invención o reconstrucción? ISBN: 978-9978-92-611-6, Derecho de autor 029375, Imprenta: V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, 1ra edición: agosto 2008.

SILVA PORTERO, Carolina, Los derechos sociales y el desafío de la Acción de Protección, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ISBN: 978-9978-92-751-9 Derechos de autor: 031982, Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores Imprenta: V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 1ra. Edición: octubre de 2009.

WILHELMI, Marco Aparicio, Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Derechos: enunciación y principios de aplicación, Imprenta: V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008 1ra. Edición, octubre 2008.

ZABALA EGAS, Jorge, Apuntes sobre Neoconstitucionalism, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional, Guayaquil, 2009.

ZABALA EGAS, Jorge,. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo, y Argumentación jurídica. Guayaquil: Edilex S.A. 2010.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

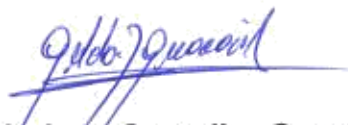
DECLARACION Y AUTORIZACION

Yo, GILDA JANET CARMELINA GUAMAN SALAZAR, c.c. 180161920-4, autora del trabajo de graduación intitulado: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES, previa a la obtención del grado académico de Abogada, en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando 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 el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 19 de septiembre del 2011



Lcda. Gilda Janet Carmelina Guamán Salazar

c.c. 180161920-4