

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

**“LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A POLÍTICAS
PÚBLICAS: ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA, Y LOS LÍMITES
DEL JUEZ CONSTITUCIONAL.”**

AUTOR:

CRISTIAN ANDRÉS ALVAREZ FREIRE

DIRECTOR:

ABG. SALIM ZAIDAN ALBUJA

QUITO, junio 2017

*Por favor agregar el
respetivamente al estudianto.
J.V. 08/06/2017*

Quito, 8 de junio de 2017

Estimada Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
Secretario Abogado de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Presente. -

En cumplimiento de lo encomendado por la Facultad, sobre la disertación de grado "**LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A POLÍTICAS PÚBLICAS. ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA Y LOS LÍMITES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL**" del estudiante **CRISTIAN ANDRÉS ALVAREZ FREIRE**, a continuación, encontrará mi informe sobre el mencionado trabajo:

1. La disertación representa una aplicación reflexiva de los elementos teóricos adquiridos por la estudiante durante su carrera.
2. El tema que presenta el estudiante es interesante y de actualidad.
3. La bibliografía es suficiente.
4. El capítulo 1 de la disertación analiza conceptos de políticas públicas, los cuales, al ser ajenos al campo jurídico, constituyen una contextualización necesaria para la disertación.
5. El capítulo 2 es innecesario y extenso. En éste se desarrollan definiciones amplias de garantías jurisdiccionales y la acción de protección que no aportan al tema concreto de la disertación.
6. El capítulo 3 es en el que finalmente se desarrolla la disertación. Contiene un abordaje teórico interesantes. Sin embargo, no analiza fallos de acciones de protección en donde se han impugnado políticas públicas.
7. Considero que el trabajo cumple con las exigencias reglamentarias para alcanzar el grado de licenciatura. Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, consigno la calificación de **OCHO (8) PUNTOS**.

Saludos cordiales,



DAVID CORDERO HEREDIA, LL.M.

Quito, 9 de febrero de 2017

Señor Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
Secretario Abogado, Facultad de Jurisprudencia
Presente.

De mi consideración

En atención a su atento oficio No. 017-SJG-2017, en el que solicita informe cualitativo y asentamiento de nota respecto a la Disertación de Grado titulada "La acción de protección frente a políticas públicas. Análisis de su procedencia y límites del Juez Constitucional", escrita por el alumno Cristian Andrés Alvarez, me permito hacer los siguientes comentarios, que usted puede encontrar la tabla adjunta al presente documento

De acuerdo a los datos presentados, considero que la nota que debe asentarse en el presente caso es de siete puntos sobre diez.

Atentamente,

[Signature]
Efrén Guerrero Salgado

Parámetro	Pregunta	SI	NO	Desarrollo de la respuesta
Estructura General de la Disertación	1. ¿El tema de la disertación se ajusta a los requerimientos de la Facultad de Jurisprudencia ¹ ?		X	El estudiante ha hecho un análisis de la procedencia de la figura de la acción de protección frente a las políticas públicas. A mi entender no ha logrado hacer una diferenciación (básica en este caso) entre la política pública, como una serie de actos administrativos separados entre sí, susceptibles de reclamo, y la política pública como garantía. Al respecto, hay otros textos hechos por estudiantes de la PUCE y de nuestra facultad que efectivamente hacen ese ejercicio, atacando el problema jurídico desde sus causas principales. El estudiante no ha hecho una revisión bibliográfica adecuada por lo que queda incompleta la identificación y tratamiento de la institución de la política pública en el sistema público ecuatoriano.
	2. ¿El título del texto es adecuado?	X		Si, en el escenario de que hubiera un análisis completo del tema. En otros apartados se harpa referencia a las falencias de fondo y forma encontradas.
	3. ¿El texto aporta a la teoría del conocimiento sobre el área que trata?		X	No. El primer capítulo del texto es simplemente enunciativo y muestra un análisis sesgado y sólo basado en fuentes extranjeras, el mecanismo de <i>public policy</i> y sus instituciones principales. No hay referencias a la variada literatura ecuatoriana respecto al tema, que se ha hecho la última década. Ese es un error que no puede ser admitido, considerando la naturaleza de la disertación como elemento integrador de conocimientos.
	4. ¿Existe concordancia entre las diferentes secciones del texto?	X		De acuerdo al índice del texto, la revisión bibliográfica se remite a las dos terceras partes del texto (Capítulos I y II) mientras que la tercera parte es la que realmente se propone como aporte. Es un error común en varias disertaciones, hacer una revisión de literatura absolutamente nominal y no analítica que impide mostrar las auténticas capacidades del estudiante. En este caso, sucede este error que debió haber sido corregido.
	5. ¿El contenido del texto es comprensible para el/la lector(a)?	X		Si, el lenguaje aunque no es cuidado, es claro y no afecta la comodidad de la lectura. Hay errores de escritura y sintaxis que resultan mínimos, aunque incomprensibles para un estudiante de último nivel de carrera.
Argumentación y uso de Herramientas Jurídicas	6. ¿Existe actualidad y pertinencia en la realidad social y jurídica materia del texto?		X	El tema de la garantía de política pública es imprescindible para aplicar y entender el sistema neo constitucionalista actual. Se ha vuelto una necesidad en el estudio. A nivel internacional se analiza la legalidad de las decisiones políticas (DENTE & SUBIRATS, 2014), o del alcance democrático de la acción del Estado (Brugué & Gallego, 2001), y ha tenido una fuerte presencia en la jurisprudencia comparada (Véase por ejemplo, Sentencias T-043-15 / T-736/15 y T-533/92 de la Corte Constitucional de Colombia). Desgraciadamente, el estudiante (en mi opinión) no hace ningún elemento ejemplificativo y se limita a hacer un análisis superficial del diseño de la institución de amparo, sin que haya una respuesta técnica.
	7. ¿Se incluye una hipótesis coherente o problema de investigación que fue realizado correctamente en		X	Se manifiesta un problema de investigación al menos extraño: "la concepción de política pública "la concepción de política pública es propia de las ciencias sociales y de la ciencia política" y es un concepto incierto en el ámbito jurídico". Al respecto, el estudiante no ha tenido en cuenta la literatura disponible, y las normas emitidas por los organismos de control y planificación del Estado.

¹ Según el reglamento de Régimen Académico del CES (art. 21.3) la titulación de pregrado incluye "la fundamentación metodológica y la integración de aprendizajes que garanticen un trabajo de titulación directamente vinculado con el perfil de egreso que contribuya al desarrollo de las ciencias, las tecnologías, las profesiones, los saberes y las artes".

Guía de análisis:

Las disertaciones presentadas en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE deben demostrar, de acuerdo a los objetivos de la carrera, que el estudiante sea capaz de:

- Identificar instituciones jurídicas.
- Analizar el funcionamiento y la estructura del sistema jurídico ecuatoriano.
- Valorar los hechos, fenómenos y problemas jurídicos- sociales dentro de las normas y demás fuentes del Derecho.
- Juzgar los mecanismos de solución y exigibilidad más adecuados para su pretensión.
- Asumir el rol del abogado en la sociedad a la luz de los valores éticos y cristianos.

	el desarrollo del texto?			
	8. ¿La literatura citada es actualizada y acorde al tema?		X	No. El estudiante asume que la literatura sobre política pública se lo ha tratado con mayor fuerza desde los años 90. Eso no es cierto, por cuanto la ciencia de la administración tiene una construcción de al menos 50 años, desde la cibernética del gobierno. Tiene una literatura limitada a actores clásicos de la Teoría de la Administración, pero no toma en cuenta paradigmas clásicos (Easton, Sabatier, etc). Tampoco define qué política pública debe tratarse, que llevaría a análisis distintos desde la concepción, o análisis del amparo. Por otro lado, no se tienen en cuenta los textos de fuente ecuatoriana.
	9. ¿Existe argumentación jurídica correcta y cumple las reglas mínimas de la hermenéutica?	X		El estudiante hace un análisis correcto de la institución, pero no es suficiente para el caso que nos ocupa. Por ejemplo, no toma la Guía de Políticas Sectoriales (R.O. 30/08/2016), ni los Lineamientos de Política Territorial. No se entiende qué parte del proceso de acción de protección es posible.
	10. ¿El estudiante es capaz de incluir pensamiento propio?		X	No se visibiliza la visión del estudiante.
	11. ¿Existe coherencia metodológica en toda la estructura del trabajo?		X	No se comprende el mecanismo metodológico solicitado.
	12. ¿Las conclusiones son claras y están relacionadas con el contenido del trabajo presentado?	X		Las conclusiones son valederas, pero no son realmente aportantes al cuerpo del conocimiento.
Forma y Presentación	13. ¿El estilo de escritura es didáctico, bien desarrollado y gramaticalmente correcto?		X	Hay, como se afirmó anteriormente, faltas menores de ortografía y redacción.
	14. ¿Se cumplen las reglas de estilo exigidas por la PUCE ² ?		X	No, no tiene en cuenta las normas APA. Varias páginas no están citadas, y se nota que el estudiante ha utilizado el sistema de citado automático de Microsoft Word, que cuenta con varios errores, en caso de que no se utilice con atención.

² De acuerdo a las reglas de la PUCE, se sugiere que se utilice el formato del *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association*

DEDICATORIA

A mi padre y madre, por su ejemplo, cariño y apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco, en primer lugar, a Dios, quien bendice mi vida cada día.

A mi familia: mis padres, mi hermana y mi sobrina, por su amor y comprensión en cada paso de este camino llamado vida.

A mis profesores de la Facultad de Jurisprudencia, por saber transmitir además de conocimientos, valores, los cuales se han convertido en pilares fundamentales en mi vida.

ABSTRACT

The present dissertation intends to address the difficulties presented around the possibility of challenging public policies through protective action.

Public policy could be understood as an articulated set of governmental decisions or actions that are given to solve a certain problem. However, this notion of public policy is typical of the social sciences and is not a concept clearly delimited within the legal ecuadorian scope. This constitutes a problem, and it generates several questions when taking into account that the Ecuadorian Constitution of 2008 established protective action as a mechanism for challenging public policies, which was subsequently regulated within the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control.

Although the possibility of challenging public policies through protective action could be considered as an advance in terms of guarantees and constitutional rights, by the way in which protective action is regulated within the Ecuadorian legal system, several difficulties are present regarding the origin, the contestable matter and even the role that the constitutional judge must adopt in this type of case. These questions have not yet been elucidated with a binding criterion.

Therefore, the present dissertation aims to clarify the above mentioned difficulties and to specify how protective action can be proposed and be appropriate in cases proposed against public policies. Likewise, it seeks to delimit what would be the scope of action of the constitutional judge.

RESUMEN

La presente disertación pretende abordar la problemática y las dificultades que se presentan en torno a la posibilidad de impugnar políticas públicas a través de la acción de protección.

Se podría entender por política pública a todo un conjunto articulado de decisiones o actuaciones gubernamentales, que son dadas en relación a solucionar una determinada problemática. Sin embargo, esta concepción de política pública es propia de las ciencias sociales, siendo un concepto que no se encuentra delimitado con claridad dentro del ámbito jurídico ecuatoriano. Lo anterior, constituye un problema y genera varios cuestionamientos al tomar en cuenta que, la Constitución ecuatoriana del 2008, estableció a la acción de protección como mecanismo de impugnación de políticas públicas, lo cual fue con posterioridad regulado dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Pese a que la posibilidad de impugnar políticas públicas a través de la acción de protección podría considerarse como un avance en materia de garantías y derechos constitucionales, por la forma en la que se encuentra regulada la acción de protección dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se presentan varias dificultades en torno a la procedencia, la materia impugnable e incluso el rol que debe adoptar el juez constitucional en este tipo de casos, cuestiones que no han sido dilucidadas con un criterio vinculante.

Por esto, la presente disertación tiene como objetivo esclarecer las dificultades mencionadas y precisar la forma en que la acción de protección puede proponerse y ser procedente en los casos que sea propuesta en contra de políticas públicas, y de igual forma, busca delimitar cuál sería el ámbito de acción del juez constitucional.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
ABSTRACT	iv
RESUMEN	v
TABLA DE CONTENIDOS	vi
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPITULO 1: LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	10
1.1 Las políticas públicas, alcances conceptuales y análisis.....	10
1.1.1 Los conceptos y tipología de las políticas públicas.....	11
1.1.2 Elementos constitutivos	15
1.1.3 El policy cycle.....	16
1.1.4 Actos e instrumentos de expedición.....	19
1.2 Las políticas públicas en el Ecuador.....	23
1.2.1 Las políticas públicas como garantías constitucionales	24
1.2.2 Las políticas públicas como instrumentos de planificación en el marco del plan nacional del buen vivir	27
CAPÍTULO 2: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	30
2.1 La Constitución de la República del Ecuador del 2008.....	31
2.1.1 El Estado Constitucional de derechos y justicia.....	32
2.1.2 Garantías Constitucionales	34
2.1.2.1 <i>Garantías Jurisdiccionales</i>	36
2.2 Objeto de la Acción de Protección	38
2.3 Derechos tutelados.....	39
2.4 Materia impugnabile	40
2.4.1 Actos u omisiones de autoridad pública no judicial.....	42
2.4.1.1 <i>Autoridad pública judicial y autoridad pública no judicial</i>	42
2.4.1.2 <i>Naturaleza de los actos y omisiones que constituyen materia impugnabile de la acción de protección</i>	44
2.4.2 Actos u omisiones de prestadores de servicios públicos.....	55
2.4.3 Políticas públicas.....	58
2.4.4 Actos u omisiones de particulares	61
2.5 Procedencia.....	63

2.6 Requisitos.....	71
2.7 Subsidiariedad.....	75
2.8 La acción de protección en el derecho comparado	78
CAPÍTULO 3: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A POLÍTICAS PÚBLICAS	81
3.1 Procedencia de la acción de protección	81
3.1.1 Los conceptos de privación del goce o ejercicio de los derechos y el principio de progresividad.....	87
3.2 Fases del ciclo de las políticas públicas en las que procede la acción de protección	91
3.2.1 ¿La acción de protección con carácter cautelar?.....	93
3.2.2 ¿Acción de protección por omisión?.....	95
3.3 Actos que constituyen materia impugnabile	99
3.3.1 Clasificación de los distintos tipos de actos	100
3.3.2 La acción de protección frente a determinados tipos de actos o contra la totalidad de una política pública.....	102
3.4 Las facultades del juez constitucional.....	106
3.4.1 El activismo judicial.....	107
3.4.2 El artículo 85, numeral segundo de la Constitución.....	110
3.4.3 El concepto de reparación integral	113
3.4.4 ¿El juez como formulador o fiscalizador de políticas públicas?.....	115
CONCLUSIONES.....	117
RECOMENDACIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	121

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 de fecha 20 de octubre del año 2008, estableció dentro de su artículo 88 que la acción de protección al tener por objeto el amparo directo y eficaz de derechos fundamentales, podría proponerse en contra de políticas públicas, cuando de estas se desprendiera una privación del goce o ejercicio de derechos fundamentales.

La impugnación de políticas públicas a través de la acción de protección trajo consigo una serie de dificultades y cuestionamientos que no fueron solventados por la Asamblea Nacional cuando en el año 2009 expidió la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, misma que fue publicada el 22 de octubre del mencionado año, y la cuál entre otros temas, regulaba la materia referida. Por otra parte, hasta la fecha, la Corte Constitucional tampoco ha dado respuesta a estas interrogantes, ya que no ha emitido un solo pronunciamiento que se refiera en concreto a solventar las dudas respecto a las políticas públicas como materia impugnable de la acción de protección.

Se debe considerar que si bien dentro de la actual Constitución ecuatoriana, las políticas públicas son concebidas como garantías constitucionales, la concepción de política pública es propia de las ciencias sociales y de la ciencia política, y es un concepto que, si bien se ha ido desarrollado en el ámbito jurídico ecuatoriano, aún puede considerarse incierto dentro de este ámbito. Por lo cual, es imperativamente necesario que la Corte Constitucional al menos defina lo que debería entenderse por política pública, en el marco de solventar las dudas que se generan a raíz de su impugnación a través de la acción de protección.

Tomando en cuenta la naturaleza de la acción de protección y lo incierto que se vuelve el concepto de políticas públicas, se han generado varios cuestionamientos y dificultades en torno principalmente a definir en cuál sería la materia impugnable de la acción de protección cuando se presente una demanda en contra de una política pública; además de otros cuestionamientos que se generan alrededor de las causales de improcedencia, inadmisibilidad, e incluso cuál sería el ámbito de actuación que tendría el juez constitucional al momento de conocer y resolver uno de estos casos.

Por lo cual, se podría partir de que la falta de una clara regulación o pronunciamiento al respecto, desencadenaría en que la procedencia y aceptación de una acción de protección

propuesta en contra de políticas públicas, varíe dependiendo de distintos factores como podrían ser la forma en la que este conformada la política pública impugnada o incluso el rol que adopte el juez constitucional.

En tal razón, en la presente disertación se desarrollan tres capítulos, con el objetivo general de analizar la naturaleza tanto de las políticas públicas, como de la acción de protección, para exponer y establecer conclusiones en torno a la problemática referida, de la siguiente manera:

El primer capítulo desarrolla una explicación sobre las nociones de las políticas públicas, abordadas desde el ámbito de la ciencia política y de las ciencias sociales. En donde se detalla las distintas concepciones de las políticas públicas dentro de la doctrina, los elementos, actuaciones y las distintas fases que conforman una política pública. Además de abordar un análisis sobre la forma en la que se entienden a las políticas públicas dentro del Ecuador, al ser consideradas como garantías constitucionales y mecanismos de planificación.

En el segundo capítulo se realiza una amplia explicación y análisis de la garantía constitucional jurisdiccional de la acción de protección. A su vez, se detallarán las complicaciones y contradicciones que surgen al en torno a la posibilidad de impugnar políticas públicas a través de la acción de protección.

Finalmente, en el capítulo tercero se expondrá, en base a lo desarrollado dentro los dos primeros capítulos, la forma en la que la acción de protección en contra de una política pública podría ser propuesta, ser procedente y ser aceptada, además del rol que debería adoptar el juez constitucional en estos casos. Lo cual permitirá extraer conclusiones sobre los alcances que en el marco jurídico ecuatoriano actual, podría llegar a tener la acción de protección como mecanismo de impugnación de políticas públicas.

CAPITULO 1: LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A continuación, se desarrollarán las nociones esenciales sobre las políticas públicas, tomando en cuenta las diferentes teorías y tipologías que se generan a partir de este concepto. Por otra parte, se considerarán las diferentes etapas del proceso de formulación e implementación de las políticas públicas, conjuntamente con sus respectivos actos o instrumentos, y se hará énfasis en la conformación de las políticas públicas en el Ecuador, tomando en cuenta a estas desde la perspectiva de garantía constitucional y como herramientas de planificación.

1.1 Las políticas públicas, alcances conceptuales y análisis.

El concepto de políticas públicas ha sido objeto de varias definiciones, las cuales han venido evolucionando, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, antes de adentrarme a esbozar estos distintos alcances conceptuales, primeramente es necesario tomar en cuenta que el idioma español, a diferencia del inglés, contempla una dificultad semántica para el término *política*, puesto que a la misma palabra se le otorga distintas acepciones que son las siguientes: 1.- la *política* entendida como un ámbito de gobierno, en inglés *polity*; 2.- se entiende a *política* como la actividad de organización y control del poder, en inglés denominado *politics*; y, 3.- se designa como *política* a los propósitos y programas de las autoridades públicas, en inglés *policy* (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009). La tercera acepción es ciertamente la más aproximada al objeto de esta investigación, al respecto, como lo indica Michael Hill (2009, pág. 15) basándose en Hecló (1972), el término *policy* es considerado como un curso o conjunto de acciones o inacciones y no solo como una decisión específica, las cuales emanan del Estado.

Sin embargo, este primer acercamiento viene a ser un tanto vano, ya que al ser nuestro objeto de estudio las políticas públicas o *public policy*, se debe entender que si bien este curso de acciones emanan del Estado, esto puede llegar a ser relativo, puesto que como se verá más adelante, la legitimidad de las mismas dependerá de que además del Estado, que si bien es el proveedor o expedidor, concurren también otros actores en el proceso de creación de las políticas públicas (Hill, 2009).

Partiendo de estas premisas podremos entrar al estudio de los distintos alcances conceptuales y tipologías de las políticas públicas, las cuáles se desprenden de diferentes enfoques teóricos, e incluso del contexto social y político en donde se han desarrollado estos conceptos, los mismos que serán analizados en esta sección, en donde se abordarán los elementos en común y diferenciadores emanados de estas concepciones.

1.1.1 Los conceptos y tipología de las políticas públicas

El concepto de políticas públicas y el objeto de su estudio han sido tan variados como cuantas diferencias existen entre las distintas sociedades en las que se ha introducido este concepto, lo que incluso ha conllevado el peligro de tener un alcance conceptual abierto y poco delimitado. Por ejemplo, se puede partir de ver a las políticas públicas como los procesos, decisiones y resultados que son producto de toda actividad política y de las disposiciones de los gobiernos de hacer o no hacer (Lindblom, 1991), este concepto denota claramente la dificultad arraigada a la que se puede llegar al momento de definir lo que es una política pública; puesto que, palabras como *proceso*, *decisión*, o más aún al decir *toda actividad*, conllevan un alto grado de subjetividad y amplitud, lo cual implica a que sea un concepto amplio, y por consecuencia, no se tenga claro cuál es el objeto de estudio de las políticas públicas (Aguilar Villanueva L. , 1992).

Similares al primer concepto dado, existen otros como los que veremos a continuación, en donde se entiende a las políticas públicas como un programa o conjunto de acciones de las autoridades públicas dentro de un determinado sector social (Meny & Thoenig, 1992). Con un criterio análogo, Roth (2009, pág. 26) cita a Muller y Surel (1998) quienes ven a las políticas públicas como el “*proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública, es decir dispositivos político-administrativos coordinados, en principio, alrededor de objetivos explícitos*”. Siguiendo este mismo sentido, se tiene claro que las políticas públicas comprenden todo un conjunto tanto de acciones, procesos e intercambios que se dan en los ámbitos del poder político, los cuales influyen o desencadenan en las variables mencionadas (Grau Creus & Mateos, 2002).

Una concepción más cercana, es la que brinda el autor colombiano Carlos Salazar (1999), quien entiende a la política pública como “*el conjunto de sucesivas respuestas del Estado... frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas*” (el subrayado es de mi autoría), este punto de vista es recogido de la obra de Roth (2009, pág.

26). Al igual que este último concepto, existen otros autores que se inclinan por esa misma línea. Entre estos se encuentran Rodríguez y Taborda (2009) quienes citan el concepto de La Serna (1999) el cual concibe a la política pública como:

(...) procesos complejos e internamente diferenciables de interacción social que, situados en momentos de crisis en ámbitos específicos de reproducción social, concentran la capacidad diferencial de actuación del estado y de actores sociales en torno a las modalidades de regulación de dicha reproducción. (el subrayado es de mi autoría) (pág. 20).

Por otra parte, Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone (2012), conciben a las políticas públicas como una serie de decisiones o acciones, que son dadas por diferentes tipos de actores, en su mayoría públicos, y que tienen como finalidad resolver un problema puntual, a través del nacimiento de actos formales que pretenden cambiar la conducta social que origina ese problema. Como se puede apreciar este concepto, trae consigo un nuevo componente, el cual es el nacimiento de actos formales como producto o parte de la política pública, sin embargo existe otra corriente que parecería no estar del todo de acuerdo con esto, por ejemplo Dubnick (1983), quien es citado por Roth (2009), menciona que la política pública *“está constituida por las acciones gubernamentales –lo que los gobiernos dicen y lo que hacen con relación a un problema o controversia (issue)-”*(el subrayado es de mi autoría) (pág. 26). Esta concepción más amplia deja de lado el nacimiento de actos formales, como elemento o requisito de las políticas públicas, ya que plantea que incluso las actuaciones verbales de los gobernantes podrían ser consideradas como políticas públicas, sin embargo, esto es discutible, y será tratado más adelante.

Como se puede denotar de lo expuesto en líneas anteriores, el concepto de las políticas públicas si bien se lo ha ido tratando con mayor fuerza desde la década de los noventa, no ha sido posible encontrar una definición completamente aceptada o que sea de completa satisfacción, puesto que la complejidad misma de las políticas públicas ha dado como producto que su naturaleza haya sido objeto de importantes variaciones, aunque por otra parte se pueden tomar ciertos elementos que serían indispensables para que un determinado procedimiento sea considerado como una política pública, lo cual se analizará dentro del siguiente acápite.

De igual forma, como las concepciones de políticas públicas son heterogéneas, existen una gran cantidad de tipos de políticas públicas, lo cual viene a ser otra problemática que deberá ser analizada, es por esta razón que dentro de la doctrina se han esbozado clasificaciones o tipologías para las políticas públicas, según los elementos o circunstancias que estas tengan en común, puesto que solamente de esta manera el estudio de las políticas públicas y su comparación puede ser facilitado.

En este ámbito, Theodore Lowi (2007)¹ propone una clasificación basada en los modos de influir que tienen las políticas públicas dentro de una determinada sociedad. Puesto que, el autor consideraba que esta categorización abarca todas las posibilidades de políticas públicas, dejando de lado una clasificación temática o esquemática en donde se divide a las políticas públicas en: políticas de educación, políticas de salud, políticas de vivienda, etc. Es así que Lowi, toma en cuenta el tipo de relaciones entre los destinatarios y el impacto que tienen las políticas, proponiendo la siguiente clasificación:

- Políticas públicas de distribución o distributivas.- Son aquellas que operan a corto plazo y se caracterizan por la facilidad con la que afectan al grupo destinatario, el cual está claramente definido e incluso individualizado. Por ejemplo, aquellas políticas en las cuáles el Estado destina y reparte recursos con facilidad, como son las políticas agrarias de división de tierras, o una política pública en donde se otorgue un subsidio o la gratuidad de un servicio público a favor de un determinado grupo destinatario.
- Políticas públicas de regulación.- Son aquellas que establecen una regla para que sea acatada por las personas destinatarias de la política pública. Si bien estas políticas buscan tener efectos a corto plazo, estas se diferencian de las políticas distributivas ya que el grupo destinatario no se encuentra individualizado de forma clara. Un ejemplo de estas políticas son aquellas que buscan reducir la tasa de consumo de alcohol.
- Políticas públicas de redistribución.- Tienen similitud con las políticas públicas regulatorias en el sentido de que afectan a grandes sectores de la sociedad, en donde los destinatarios finales no están claramente individualizados; sin embargo,

¹Nota: Publicado originalmente con el título “American Business, PublicPolicy, Case-Studies, and PoliticalTheory”, en WorldPolitics, XVI, 1964, pp. 677-715.

la diferencia radica en que estos sectores o grupos se encuentran ligados a las clases sociales, puesto que las políticas de redistribución tienen por objetivo lograr una igualdad entre estas clases sociales. Los efectos de estas políticas no son tan inmediatos o palpables como en el caso de las políticas distributivas, por el mismo hecho de que al encontrarse dirigidas a grandes sectores de la sociedad, el proceso para lograr una igualdad entre un sector y otro solo puede darse a largo plazo. Un ejemplo de estas políticas es el sistema de pensiones a jubilados, otorgado por la seguridad social.

Posteriormente, el mismo Lowi (1972) complementa y amplía su clasificación, tomando en cuenta las siguientes variables:

- La política pública puede aplicar su coerción en la *conducta individual* de sus destinatarios o, también puede llegar a afectar en la conducta del *entorno* o los *contextos* de los destinatarios. Refiriéndose a que una política pública para lograr su objetivo, puede incidir únicamente en la conducta del grupo destinatario, o a su vez, puede incidir en la conducta de terceros, aunque estos no sean los destinatarios de la política, esto dependiendo de cómo se encuentre formulada la política pública.
- La coerción se ejerce de forma *remota o lejana* o de forma *inmediata*, es decir, si con la sola expedición de la política pública ya se generan efectos o sanciones de forma directa sobre los grupos destinatarios será *inmediata*, mientras que si se necesitare del paso del tiempo o de otro acto para generar dichos efectos será *remota*. (Aguilar Villanueva L. F., 2007)

Conjugando de distintas formas estas variables, Lowi (1972) propone una nueva clasificación de políticas públicas, las cuales a criterio del autor, tienen relevancia ya que ellas abarcarían todas las posibles formas que puede adoptar una política pública, estos cuatro tipos son:

- Política distributiva.- Es aquella que actúa directamente sobre la conducta individual de los destinatarios, pero de forma remota.
- Política constitutiva.- Se ejerce sobre la conducta del entorno y de forma remota.
- Política regulativa.- Tiene efectos sobre la conducta individual de los afectados y de forma inmediata.

- Política redistributiva.- Actúa sobre la conducta del entorno y es inmediata.

Aunque la clasificación propuesta, llegaría a ser completa, se podría argumentar que en un ámbito fáctico, no llega a ser suficiente o completamente útil, ya que por la gran variedad de políticas públicas que se pueden expedir, podría darse el caso en el que dentro de una misma se conjuguen elementos que presenten una combinación de los distintos tipos que presenta Lowi. Sin embargo, es de recalcar que la clasificación tipológica que ha sido expuesta, ha servido de base e inspiración para gran cantidad de autores y estudiosos del tema, razón por lo cual esta ha sido recogida para llevar a cabo el presente estudio.

1.1.2 Elementos constitutivos

Hasta el momento hemos visto los alcances conceptuales y las tipologías en cuanto a políticas públicas, de los cuáles se pueden extraer ciertos elementos en común. En consecuencia, se debería tomar en cuenta que a pesar de las diferencias conceptuales, doctrinarias, ideológicas, políticas, etc., para que una política pública pueda ser concebida como tal, debería reunir ciertos elementos, los cuales aparecen en común en casi la totalidad de definiciones; por lo cual, vendrían a constituir componentes esenciales para que un producto gubernamental pueda ser considerado como política pública.

Para empezar a dilucidar cuáles vendrían a ser estos elementos, se puede partir de la obra de Roth (2009), quien plantea cuatro elementos fundamentales para poder identificar una política pública, los cuáles son: “*la implicación del gobierno, percepción de problemas, definiciones de objetivos, y proceso*” (pág. 27) . Estos cuatro elementos dejarían un marco que si bien sería acertado, puede tener la falencia de ser demasiado amplio y no ofrecer un criterio claro de cuáles serían en concreto los elementos que nos permitirían identificar a una política pública como tal.

Por otro lado, dentro de la obra de Subirats et al. (2012), constan expresa y taxativamente ocho elementos como constitutivos de las políticas públicas, los cuáles son más específicos que los nombrados por Roth y por lo tanto nos ayudarían a comprender de una mejor manera cuales son los elementos que forman parte de una política pública para que esta sea identificada como tal, estos elementos son los siguientes: 1. La presencia de un problema público, el cual deberá ser solucionado por la política pública; 2. La existencia de grupos de la población en concreto, a los cuáles está dirigida la política y por lo tanto cuales

constituyen el objetivo de la política pública; 3. Coherencia entre las distintas actividades, decisiones y acciones (no pueden ser contradictorias); 4. Conjunto de diversas acciones, no se puede limitar a una sola decisión o actividad específica; 5. Decisiones individualizadas a una persona o grupo en concreto, que permitan la aplicación de la política pública mediante un programa de intervenciones; 6. Existencia de actores públicos que sean los encargados de adoptar y llevar a cabo la política pública (pueden ser actores privados siempre y cuando posean suficiente legitimidad para actuar e influir, en base a una representación jurídicamente fundada); 7. La expedición de actos formales que servirán para la implementación misma de la política pública; y, 8. Decisiones y actividades con una naturaleza más o menos obligatoria.

1.1.3 El policy cycle

Han sido varios los autores que han intentado esquematizar el estudio de las políticas públicas dividiéndolas en distintas fases que forman parte de un mismo proceso, intentando de esta manera contribuir a la Ciencia Política con una herramienta que permita diagnosticar problemas y plantear soluciones y decisiones, y que de igual manera permitan la comprensión de las políticas públicas en sí. Autores como Lasswell y G. Brewer plantearon la idea del “*proceso de las políticas públicas*” el cuál se dividía en siete y seis fases respectivamente (Grau Creus & Mateos, 2002, pág. 36). Sin embargo, la idea que ha sido mayoritariamente adoptada dentro de la bibliografía es la propuesta por Ch. Jones, quien habla del “*ciclo de las políticas públicas*” (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009, pág. 49).

El ciclo de las políticas públicas, también conocido como *policy cycle* plantea la descomposición de la política pública en varias fases o etapas, contemplando una sucesión o secuencias entre estas, mismas que conforman en su totalidad la vida de la política pública. Es así que se reconocen cinco fases, las cuáles son: 1. identificación del problema; 2. formulación de soluciones; 3. toma de decisiones; 4. implementación; y, 5. evaluación (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009).

1. Identificación del problema.- Esta primera fase constituye el origen de la política pública, ya que se empieza a percibir a una determinada situación como problemática, teniendo en cuenta que esta situación debe de ser de atención pública (Grau Creus & Mateos, 2002); por lo que se solicita la acción pública y se busca

que este problema quede inscrito en la agenda de acción gubernamental, para la búsqueda de su resolución (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009).

2. Formulación de soluciones.- Una vez que la problemática se encuentra inscrita en la agenda gubernamental, los actores públicos y sociales tratan de dilucidar la problemática y proponer soluciones al mismo (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009). Es en esta fase en la que se formulará la política en sí, ya que se diseñarán los “*objetivos, instrumentos y procesos que deberán ponerse en práctica para resolver el problema en cuestión.*” (Subirats, et al., 2012, pág. 46).
3. Toma de decisiones.- En esta fase intervienen netamente los actores gubernamentales, quienes son los encargados de examinar las posibles soluciones planteadas y de decidir la que sea más adecuada (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009). Dentro de este examen que se realizan a las distintas opciones, es donde se deben considerar distintas variables, para elegir la que mejor se ajuste a la problemática planteada. Entre otras se deben considerar principalmente las siguientes: la forma en la que participará el gobierno, las limitaciones en cuanto a recursos, el contexto en el que se implementará la política pública, los objetivos y el pronóstico de los resultados de la política pública (Parsons, 2007).
4. Implementación o ejecución.- Esta fase consiste en la interacción entre todas las variables analizadas previamente, en donde se verá la forma en la que se ejecutará la política en cuestión (Parsons, 2007). Es decir, trata sobre la adopción y ejecución de la política pública a las situaciones concretas mediante la producción de distintos actos y mecanismos (Subirats, et al., 2012), traduciéndose en esta fase ya en hechos concretos de distinta naturaleza (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009).
5. Evaluación.- En la fase de evaluación, los actores políticos y sociales pretenden determinar los resultados, efectos y el grado en el que han incidido los mismos sobre el grupo-objetivo, como consecuencia de la política implementada. Para así determinar si se ha cumplido con el objeto de la política y si se ha dado solución a la problemática inicial (Subirats, et al., 2012). De esta manera, en el caso de que

como producto de la evaluación se determine que la política pública no ha cumplido con los objetivos para los que fue implementada, se puede optar por su supresión, o se puede dar cabida al reinicio de todo el ciclo de la política pública, con la finalidad de ajustar la política a la problemática dada (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009).

Si bien, este modelo tiene la ventaja de ser planteado de manera bastante general y por lo tanto aplicable a cualquier política pública (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009), se debe entender que el mismo no puede ser visto como algo totalmente rígido, sino como un esquema de referencia que trata de dar sentido y orden al conjunto de decisiones y actos que conforman una política pública. Sin embargo, lo que busca el *policy cycle*, es brindarnos una mejor comprensión de cómo se va conformando una política pública a lo largo del tiempo, a través de las etapas descritas anteriormente. De esta manera, al momento de analizar una política pública en particular, siguiendo este esquema de etapas, se puede inferir qué es lo que el actor público pretende realizar, o se encuentra realizando en ese determinado momento, es decir, podemos deducir si la política pública se encuentra en fase formulación, implementación o cualquiera de las etapas del denominado *policy cycle* (Muller, 2006).

Por lo expuesto, no se puede dudar de la importancia que el denominado ciclo de las políticas públicas aporta como herramienta y marco de referencia para el análisis y comprensión de las políticas públicas (Subirats, et al., 2012). Precisamente las ventajas que otorga el *policy cycle*, dentro del análisis de las políticas públicas es relevante para nuestra investigación, puesto que, al existir distintas fases de una política pública, podemos comprender de una mejor manera que la política pública no depende únicamente del acto formal de implementación; sino que, muchas veces las decisiones que afectan a los ciudadanos, se podrían encontrar en otra fase que no sea necesariamente el último acto formal (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009).

Por último, se debe mencionar que la Constitución de la República del Ecuador del 2008², en su artículo 85, trata además de las fases de formulación, ejecución y evaluación, sobre

² Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. Publicado el 20 de octubre de 2008.

la fase de control. Esta sería una fase diferente a las tratadas con anterioridad, diferenciándose de la fase de evaluación en vista de que en esta última, son los mismos actores que se encargaron de diseñar la política pública, quiénes se encargarían de su revisión; mientras que, la fase de control involucraría una revisión externa, la cual, en el caso ecuatoriano, la realizarían los jueces constitucionales. Así, el artículo 85 establecería de igual manera, el sustento del control jurisdiccional que se puede realizar a las políticas públicas a través de la acción de protección.

1.1.4 Actos e instrumentos de expedición

Las políticas públicas son constituidas por un conjunto de actos que emanan de la administración pública, los cuales ponen en acción y hacen efectivas las ideas que emanan de la planificación del gobierno, frente a una problemática social (Lindblom, 1991). Dentro de este conjunto se van a encontrar actos de distinta naturaleza, por lo cual, es necesario analizar cuáles son estos distintos tipos de actos o instrumentos que pueden formar parte de una política pública. A su vez, es necesario tomar en cuenta que las políticas públicas tienen varias fases o etapas, como se lo analizó en el apartado 1.1.3 de la presente investigación, razón por la cual, es relevante también analizar y dilucidar sobre cuáles son los actos que conforman una política pública en cada una de sus etapas.

En este contexto, se puede empezar revisando la obra de Roth Deubel (2009), quien menciona que el Estado posee diversos instrumentos que pueden ser utilizados por una política pública, mencionando los siguientes:

- Instrumentos prescriptivos.- Buscan modificar el comportamiento de los grupos mediante la obligación, interdicción u la autorización, contemplando a su vez medios de coerción como la sanción, para asegurar su cumplimiento.
- Instrumentos incentivos.- Son aquellos que buscan modificar el comportamiento de las personas ya no por el miedo a la sanción, sino que pretenden inducir a adoptar una conducta mediante una recompensa. Por ejemplo, se encuentran los subsidios tributarios.
- Instrumentos de coordinación.- Son actos que permiten coordinar a las distintas políticas públicas. Entre los que se encuentran la planificación y los estudios de impacto.

- Instrumentos de organización y procedimiento.- Los instrumentos de organización plantean el marco en el cual se va a desarrollar una determinada política pública el cual puede ser formal como la creación de una Comisión o Concejo, o informal. Mientras que los instrumentos de procedimiento van a complementar a los de organización, ya que van a definir el proceso formal de decisión y administración.
- Instrumentos materiales.- Son los que directamente van a ser proporcionados por el Estado, como lo son los bienes y servicios, por ejemplo: la salud.
- Instrumentos de delegación a socios.- En la actualidad se contempla la posibilidad de que las organizaciones de la sociedad civil colaboren con las entidades gubernamentales para la realización de políticas públicas. Tomando en cuenta esto, dentro de este tipo de instrumentos se encuentran diferentes modalidades mediante las cuales se puede efectivizar lo dicho anteriormente, como: la contratación de servicios, los convenios, etc.

Por otra parte, dentro de la obra *Análisis y Gestión de las Políticas Públicas*, se trata sobre los actos mediante los cuales se expiden las políticas públicas en su fase de implementación, ya que es en esta etapa donde los actos que emanan de los actores gubernamentales estarán dirigidos directamente a los grupos-objetivo, estos son definidos como “*actos de implementación*” (Subirats, et al., 2012, pág. 199). Estos actos finales de implementación, también denominados *outputs*, son productos administrativos, destinados de manera individual y directa a los grupos-objetivos, constituyendo decisiones y actos administrativos de todo tipo, que si bien se entendería que estos deberían ser formales, en ciertas ocasiones la administración pública utiliza actos informales, ora porque su costo de producción sería menos elevado, ora porque la interposición de un recurso judicial que busque impugnar estos actos tendría complicaciones en su procedencia, al respecto se menciona:

(...) la administración prefiere muchas veces, usar actos informales (por ejemplo, una información telefónica, que no se notifica oficialmente y que no puede dar lugar a la interposición de un recurso judicial, para informar a un administrado de si su solicitud de subvención, permiso de construcción, etc., tiene posibilidades de éxito), que utilizar actos formales de gran relieve (Subirats, et al., 2012, págs. 202-203).

Por otra parte, también se manifiesta que en ciertas ocasiones dentro de la fase de implementación se pueden expedir actos que no son dirigidos directamente a los grupos-objetivo, sino que vendrían a ser actos internos de la administración pública que sirven para la planificación y posterior concreción de la política pública, es decir, que aún necesitarían de un acto posterior para poder incidir directamente sobre los grupos-objetivo. Los autores Subirats, Knoepfel, Larrue, & Varone, señalan el siguiente ejemplo: “(...) *un plan director de desarrollo urbano- que requieren aún de una individualización o concreción posterior para realmente operacionalizar una política pública*.” (2012, pág. 203).

Tanto lo mencionado por Roth como por Subirats, Knoepfel, Larrue, & Varone, nos clarifican sobre los distintos tipos de actos o instrumentos que tiene el Estado para crear, intervenir e implementar una política pública. Se debe tomar en cuenta que Subirats et al. (2012), tratan claramente y de forma específica sobre los actos de implementación tomando en cuenta los aspectos de: 1. su formalidad o informalidad; y, 2. en base a si son directos y generan efectos hacia los grupos-objetivo, ó si son internos de la administración pública. Mientras que Roth (2009), si bien presenta una clasificación general de los distintos instrumentos basada en la Ciencia Política, lo que nos ayuda a dilucidar sobre lo que se puede o no hacer y los distintos resultados que tendrían los diferentes instrumentos, esta división no establece una clara diferenciación en base la formalidad de los actos, ni menciona algo sobre hacia quién están dirigidos, o sobre los efectos jurídicos que generarían estos actos, razón por la cuál, para dilucidar sobre los actos propios de implementación, me basaré principalmente en lo dicho por Subirats, Knoepfel, Larrue, & Varone, ya que considero que metodológicamente vendría a ser mas apropiado para compaginarlo con una clasificación más jurídica sobre los distintos tipos de actos que emanan de la actividad gubernamental.

Adentrándose dentro del mundo jurídico, en cuanto a los tipos de actuaciones tenemos principalmente los siguientes: 1. Acto administrativo; 2. Acto normativo; 3. Acto de simple administración; 4. Hecho Administrativo; y, 5. Contratos Administrativos.

Se debe partir de que el acto administrativo es un acto jurídico, siendo este último el género y el primero la especie, el cual está sujeto al Derecho Administrativo, y es una

declaración unilateral de la administración dentro de un caso en concreto, que produce efectos jurídicos directos (Zavala Egas, Derecho Administrativo: Tomo I, 2005).

Por otra parte, el acto normativo se destaca por su carácter abstracto; siendo así Derecho Objetivo, mientras que los actos administrativos derivan de este, siendo la aplicación del mismo (Zavala Egas, 2011).

A su vez, los actos de simple administración se caracterizan por ser meramente interinstitucionales o interorgánicos, por lo tanto no tienen influencia, ni efectos directos sobre los administrados, ni están destinados hacia las personas que se encuentran fuera del órgano administrativo, al menos que sean materializados por un acto posterior (Pérez, 2012).

En relación al hecho administrativo, en cambio, este si se asemeja al acto administrativo en el sentido de que produce efectos jurídicos directos y concretos, sin embargo estos son netamente fenómenos físicos, en donde la voluntad de la administración no es completamente determinante, ya que también se pueden tratar de fenómenos naturales u otros en los que el elemento volitivo no sea preciso (Santofimio Gamboa, 2003); sin embargo, en el ámbito ecuatoriano, el hecho administrativo se destaca por su elemento material o físico (por lo tanto la ausencia de formalidad), pero este hecho si se encuentra arraigado al ejercicio de la voluntad de la función administrativa, e incluso el hecho administrativo, podría darse como consecuencia de un acto administrativo (Pérez, 2012).

Por último, se encuentran los contratos administrativos los cuáles no difieren en su totalidad de los actos administrativos ya que ambos son una aplicación del Derecho Objetivo (normas) que crean, modifican o extinguen efectos jurídicos de forma directa, sin embargo, la diferencia radica en que estos son manifestaciones bilaterales (Zavala Egas, 2005).

De lo anteriormente expuesto, podemos percatarnos de los efectos que producen y los sujetos a a quienes están dirigidas las distintas actuaciones jurídicas según su naturaleza; y, de esta manera, podemos compaginarlos con las clasificaciones presentadas en párrafos anteriores, que tratan sobre los distintos tipos de actos e instrumentos mediante los cuales se implementan las políticas públicas.

Por lo cual, se puede llegar a concluir en un primer plano que dentro de la etapa de implementación cabrían todas las distintas manifestaciones y actos jurídicos. Puesto que,

Subirats et al. (2012) mencionan que los actos de implementación son actos formales y finales, es decir que están dirigidos directamente a los grupos-objetivo de la política pública, es por esto que las manifestaciones de la administración pública, en cuanto a políticas, se podrían traducir en actos administrativos; y, de igual manera, en actos normativos si se toma en cuenta lo manifestado por Roth Deubel (2009) sobre los instrumentos prescriptivos e incentivos. A su vez, Subirats et al. (2012) mencionan que no siempre en la fase de implementación los actos van a estar dirigidos a los grupos-objetivo, ya que pueden darse circunstancias en las que se deban realizar actos internos, dentro de la administración; de esta manera, estos podrían traducirse en actos de simple administración ó en contratos administrativos. Por último, los mismos autores mencionan que por distintas cuestiones, como el ahorro de recurso, los actos no necesariamente van a ser formales, pudiendo haber actos informales, en donde podrían tener cabida los hechos administrativos.

Como nos podemos percatar, parecería denotarse que en la fase de implementación cabrían todas las formas de actos jurídicos; sin embargo, esto no ocurre en el resto de fases de la política pública, puesto que, únicamente en la etapa de implementación es en donde la política pública va ya a incidir dentro de los grupos-objetivo, por lo que en el resto de fases no podría darse la existencia de actos administrativos, ni de hechos administrativos que afecten y supongan efectos jurídicos sobre los afectados; e, incluso tampoco cabrían los actos normativos, ya que estos actos se los puede clasificar como manifestaciones finales que directamente mandan, prohíben o permiten, por lo tanto van a incidir sobre la conducta de las personas.

1.2 Las políticas públicas en el Ecuador

Al igual que en el resto de la región, dentro del Ecuador si bien el concepto de políticas públicas no ha sido objeto de un amplio estudio que permita su comprensión total, es de recalcar que se ha dado una constante evolución alrededor del tema. En nuestro país, esto ha adquirido relevancia en especial a raíz del 2008, con la expedición de nuestra actual Constitución, en donde al adoptarse al Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia, adquirieron relevancia temas como los denominados *DESC* (Derechos económicos, sociales y culturales), las garantías constitucionales y las políticas públicas,

esto contrastado con la aparición del concepto del *Sumak Kawsay* o *Buen Vivir*. Razón por la cual, es necesario analizar como están entendidas las políticas públicas dentro del contexto actual del Ecuador.

1.2.1 Las políticas públicas como garantías constitucionales

El término garantía, en un sentido jurídico amplio es cualquier forma de tutela de un derecho. Sin embargo, el sentido que nos interesa analizar es lo introducido en la doctrina jurídica con el denominado garantismo, en donde se entiende a las garantías como los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales, entendidos estos como los derechos que son universales a todas las personas y, por lo tanto indisponibles e inalienables (Ferrajoli, 2000). En este sentido, las garantías vienen a ser mecanismos jurídicos establecidos mediante los cuales se intenta dar cumplimiento o salvaguardar derechos fundamentales, o de ser el caso, cesar o enmendar alguna violación de estos derechos (Ávila Santamaría, Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008, 2008); razón por la cual todo derecho que ha sido reconocido va a demandar la creación de una garantía adecuada que pueda hacer efectivo ese derecho (Ferrajoli, 2009). De esta manera, las garantías, al ser mecanismos de protección, se constituyen en indispensables para lograr una real eficacia jurídica de los derechos (Storini, 2009).

En este sentido, Luigi Ferrajoli (2009) establece un nexo entre los derechos fundamentales y las garantías, puesto que los derechos vendrían a ser meras expectativas positivas o negativas, las cuáles necesitan de las garantías para efectivizarse; a su vez, divide a las garantías en primarias y secundarias; siendo, las garantías primarias, obligaciones o prohibiciones implementadas para efectivizar los derechos fundamentales; y, las garantías secundarias vendrían a ser las obligaciones de sancionar en el caso de que se hayan incumplido las garantías primarias.

Claudia Storini (2009), parecería adoptar la clasificación dada por Ferrajoli, puesto que la autora tomando en cuenta la naturaleza de las garantías, las divide en dos grandes grupos: las garantías genéricas, abstractas o normativas y las garantías reactivas. Las primeras, atienden su carácter abstracto, al evitar que los distintos poderes públicos en sus actuaciones o normas desatiendan o despojen del verdadero carácter que la Constitución les dió a los derechos fundamentales; mientras que las garantías reactivas, vienen a ser

aquellas que ofrecen al ciudadano la posibilidad de acudir a distintos órganos para reclamar una violación en concreto de algún derecho fundamental, siendo normalmente estos órganos de carácter jurisdiccional.

La Constitución ecuatoriana del 2008 asume esta concepción integral de no ver a las garantías como un mecanismo meramente reactivo, que se accione ante una violación de derechos; sino, que establece distintos tipos de garantías como mecanismos utilizados para cumplir con los derechos antes de que estos se vean vulnerados. De esta manera en nuestra Carta Magna se establecen tres tipos de garantías: 1. Garantías normativas (Art. 84); 2. Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (Art. 85); y, 3. Garantías jurisdiccionales (Arts. 86-94).

La naturaleza de las garantías normativas se basa en que ningún órgano con capacidad normativa podrá violentar los derechos fundamentales reconocidos, debiendo adecuar sus actuaciones, formal y materialmente, para garantizar estos derechos. En cuanto a las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, estas serán analizadas con mayor profundidad posteriormente en el presente capítulo; sin embargo, se puede decir que se refieren a que todo órgano generador de planes o proyectos deberá adecuar sus decisiones para buscar la consecución y no vulneración de derechos. Finalmente, por garantías jurisdiccionales se entienden a los mecanismos por los que una persona puede acceder a los órganos jurisdiccionales en el caso de una violación de derechos. Como se puede apreciar, lo que busca la Constitución del 2008 es garantizar que todos los poderes del Estado adecuen sus actuaciones en un marco de derechos, sin que este pueda ser vulnerado. (Ávila Santamaría, *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008*, 2008).

El artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 es el que implementa los lineamientos sobre la garantía constitucional de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, el mismo que señala:

Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En este sentido, las políticas públicas se convierten en garantías constitucionales, puesto que mediante su formulación, ejecución, evaluación y control, el gobierno planifica y ejecuta sus actuaciones de forma tal que se garanticen y se hagan efectivos los derechos establecidos en la misma Carta Magna (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015), además del denominado *buen vivir*, mismo que se podría traducir como toda una construcción dogmática que en base una estructura de sistemas articulados busca hacer efectivos y aplicables un conjunto de derechos sociales (Palacios Romeo, 2009).

En otras palabras, las políticas públicas como garantía constitucional, se convierten en un medio o instancia que buscan hacer efectivos los derechos fundamentales, lo cual involucra que los distintos poderes públicos en sus actuaciones dentro este marco, se encuentren sometidas a los derechos fundamentales. Además esto involucra la posibilidad de que si una política pública no cumpliera con su objetivo de hacer efectivos derechos fundamentales, esta pueda ser objeto de control, lo cuál puede realizarse a través de la acción de protección (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015)

De esta manera, el numeral segundo del citado artículo 85 de la Constitución, plantea que ninguna política pública, en fase de ejecución, podrá vulnerar o amenazar con vulnerar derechos constitucionales, so pena de que esta deba reformularse o adoptar otras medidas

alternativas; sin embargo, esto cabe sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre los intereses particulares.

Por otra parte, el hacer efectivos los derechos fundamentales, es un deber primordial del Estado, según el artículo 3 de la Constitución; por esta razón, al ser las políticas públicas un mecanismo de efectivización de derechos, dentro del numeral tercero del citado artículo 85, *ibídem*, se establece sobre la obligación que tiene el Estado de garantizar el presupuesto para la formulación y ejecución de políticas públicas.

Finalmente, el último inciso del artículo 85 de la Carta Magna, garantiza los derechos de participación de las distintas personas, pueblos o comunidades en cualquiera de las fases de la política pública, lo cual encuentra su lógica ya que si lo que se busca es hacer efectivos los derechos de las personas, es idóneo que estas sean escuchadas.

De esta manera, se puede observar como el artículo 85 de la Constitución, establece lineamientos a tomar en cuenta al momento de formular, ejecutar, evaluar y realizar el control de las políticas públicas, incorporándose mandatos y prescripciones que los distintos poderes públicos deben considerar para generar las condiciones jurídicas y materiales que hagan prevalecer, efectivizar y no vulnerar derechos fundamentales, lo cual es el objetivo de las políticas públicas, al ser reconocidas como garantías constitucionales por la actual Constitución ecuatoriana. Es así que dentro del marco constitucional ecuatoriano a las políticas públicas se las podría traducir en lo que Ferrajoli denomina como *garantías primarias*, ya que estas constituyen obligaciones de hacer efectivos los derechos (Aparicio Wilhelmi, 2008). Entendiéndose de igual manera que según la doctrina de Ferrajoli, misma que ya fue explicada en líneas anteriores, en el caso de darse la existencia de “*actos inválidos o ilícitos que violen las obligaciones o prohibiciones que forman las garantías primarias*”, los órganos jurisdiccionales pueden aplicar una sanción o declarar la anulación de esos actos (Ferrajoli, 2009, pág. 192). En el caso ecuatoriano, las garantías primarias serían las políticas públicas, las cuáles serían un medio para hacer efectivos los derechos, y en el caso de que estas conllevaran una violación de derechos, se podría activar la garantía secundaria, que en este caso sería la acción de protección, con el objetivo de llevar a cabo el control de la política pública.

1.2.2 Las políticas públicas como instrumentos de planificación en el marco del plan nacional del buen vivir

El *buen vivir* al ser un concepto nuevo, ha tenido varias reflexiones y concepciones, es por eso que se vuelve necesario tener un marco introductorio que nos permita tener una idea más clara sobre lo que se entiende al respecto. Es importante destacar y tener como punto de partida el pensamiento de uno de los principales propugnadores del debate sobre el *buen vivir*. Alberto Acosta, quien fue presidente de la Asamblea Constituyente ecuatoriana del 2008, hizo ciertas precisiones al respecto, las cuáles son recogidas por Eduardo Gudynas (2011), y mencionan principalmente que la idea del buen vivir no se basa en la idea de bienestar occidental, sino que comprendería otros valores como las prácticas, la ideología, naturaleza, la cosmovisión, la cultura, y en sí la conducta propia de los pueblos ecuatorianos, los cuales tienen su fundamento en los pueblos indígenas y ancestrales. A su vez, este concepto sería en sí una crítica a los modelos de desarrollo dominantes en la actualidad, puesto que, estos al basarse en el capital y la mercancía como indicadores de desarrollo, forman una situación de discriminación social, que a lo largo del tiempo ha ido en contra de las distintas identidades culturales propias de nuestro país (Houtart, 2011). Con lo antes expuesto, podemos citar el concepto que se tiene respecto a Buen Vivir de una de las fuentes oficiales gubernamentales, que señala: *“El Buen Vivir es la forma de vida que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental; es armonía, igualdad, equidad y solidaridad. No es buscar la opulencia ni el crecimiento económico infinito.”* (Senplades, 2014, pág. 11).

Por otra parte, dentro de la Constitución ecuatoriana del 2008, el *buen vivir* es tratado de dos maneras. Por un lado, dentro del Capítulo Segundo, del TÍTULO II, se presentan los Derechos del buen vivir, entre los que se hallan alimentación, ambiente sano, comunicación, cultura, educación, vivienda, salud, entre otros. Y, por otra parte, dentro del TÍTULO VII se establece el Régimen del buen vivir, que viene a traducirse en el conjunto articulado, sistemático y esquematizado que establece cómo se realizaran y cumplirán con objetivos establecidos, que permitan efectivizar los derechos del buen vivir (Gudynas, 2011), lo cual se lo realizará de forma articulada basándose en el Plan Nacional de Desarrollo, según lo dispone el artículo 340 de la misma Constitución. Con este marco, se expidió el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas³, el mismo que en su

³ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Registro Oficial Segundo Suplemento 306. Publicado el 22 de octubre de 2010.

artículo 34, define que es el “Plan Nacional de Desarrollo” (“Plan Nacional para el Buen Vivir”), el mencionado artículo señala:

Art. 34.- Plan Nacional de Desarrollo.- El Plan Nacional de Desarrollo es la máxima directriz política y administrativa para el diseño y aplicación de la política pública y todos los instrumentos, dentro del ámbito definido en este código. Su observancia es obligatoria para el sector público e indicativa para los demás sectores.

El Plan Nacional de Desarrollo articula la acción pública de corto y mediano plazo con una visión de largo plazo, en el marco del Régimen de Desarrollo y del Régimen del Buen Vivir previstos en la Constitución de la República.

Se sujetan al Plan Nacional de Desarrollo las acciones, programas y proyectos públicos, el endeudamiento público, la cooperación internacional, la programación, formulación, aprobación y ejecución del Presupuesto General del Estado y los presupuestos de la banca pública, las empresas públicas de nivel nacional y la seguridad social.

Los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas públicas se sujetarán a sus propios planes, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y sin menoscabo de sus competencias y autonomías. El Plan Nacional de Desarrollo articula el ejercicio de las competencias de cada nivel de gobierno. (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 2010).

Como consecuencia, se obtiene que el *Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional para el Buen Vivir*, lo que busca es la planificación, es decir, define y constituye las directrices y objetivos que debe seguir el gobierno ecuatoriano para conseguir los objetivos del Régimen del Buen Vivir (Senplades, 2014). Disponiendo el marco general al que todas las decisiones gubernamentales se deberían alinear, según los objetivos que se encuentran plasmados en este plan, por lógica consecuencia, entre estas decisiones también se encuentran inmiscuidas las políticas públicas.

Como se puede constatar, el *Plan Nacional para el Buen Vivir*, es el máximo mecanismo de planificación gubernamental, el mismo que a su vez prevé mecanismos de implementación de sus objetivos, como lo son las políticas públicas (Senplades, 2014). Entonces, en el plano ecuatoriano, las políticas públicas, vendrían a ser el conjunto de actividades gubernamentales que tienen como objetivo buscar, planificar, instrumentalizar

y a su vez garantizar la consecución de los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir, por consecuencia del mismo *buen vivir* o *sumak kawsay*, reconocido en la Constitución del 2008. (Cueva Carrión, 2010). Entendiéndose que este Plan Nacional del Buen Vivir, lo que busca es la consecución de los derechos plasmados en la Constitución y en sí dentro del Régimen del Buen Vivir; y, por lo tanto no podría tener un carácter regresivo en materia de derechos. Como consecuencia, las políticas públicas vendrían a ser instrumentos que permitan viabilizar el *Buen Vivir*, y los derechos fundamentales que emanan de este; puesto que, como se dejó establecido con anterioridad, las políticas públicas constituyen mecanismos que buscan hacer efectivos los derechos fundamentales, es decir, son garantías constitucionales.

CAPÍTULO 2: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Para entrar en contexto, es necesario hacer ciertas precisiones. Podemos partir de que la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en su artículo primero, estableció al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos y justicia*, en esta lógica, la parte orgánica de la dogmática constitucional se vería complementada por un sistema de garantías, las cuales son los mecanismos jurídicos que pretenden eliminar la brecha entre los derechos y la realidad (Ávila Santamaría, 2012).

Como se vió anteriormente, dentro del primer capítulo en el apartado 1.2.1, nuestra Constitución establece tres tipos de garantías: 1. Garantías normativas (Art. 84); 2. Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (Art. 85); y, 3. Garantías jurisdiccionales (Arts. 86-94). Siendo las garantías jurisdiccionales aquellas que tienen un carácter rectorio, puesto que entran en función una vez ya reconocidos los derechos y progresivamente al desarrollo de su contenido, viniendo a ser mecanismos jurisdiccionales de corrección frente a vulneración de estos derechos (Ávila Santamaría, 2012), precisamente dentro de estas garantías jurisdiccionales, se encuentra la acción de protección.

A continuación se analizará el paradigma constitucional introducido con la Constitución ecuatoriana del 2008, y posteriormente se estudiarán las garantías constitucionales reconocidas dentro de esta Carta Magna, con énfasis en las garantías jurisdiccionales y en especial en la acción de protección y su naturaleza.

2.1 La Constitución de la República del Ecuador del 2008

La inestabilidad institucional por la que transitaba el Ecuador desde finales del siglo pasado, traería como resultado la puesta en práctica de un nuevo proceso constituyente. Es así que en el año 2007, el economista Rafael Correa, ganador de los comicios presidenciales, e inmediatamente después de ser posesionado, emitiría el Decreto Ejecutivo No. 2 de fecha 15 de enero de 2007⁴, mediante el cual se convocaba al pueblo ecuatoriano para que se pronuncie afirmativa o negativamente sobre la propuesta de que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, para que esta elabore una nueva Constitución, proposición que finalmente sería aprobada el 15 de abril de 2007 por amplia mayoría. En consecuencia, el 30 de septiembre del mismo año, se realizaría la elección de los 130 constituyentes que elaborarían el nuevo Código Político. Este proceso constituyente daría como resultado una nueva Carta Magna, misma que fue sometida a referéndum y aprobada el 28 de septiembre de 2008; y, posteriormente promulgada y publicada, entrando en vigencia a partir del 20 de octubre de 2008 (Salgado Pesantes , 2012).

Además se debe tomar en cuenta que en el proceso constituyente, los encargados de la redacción de la Carta Magna serían en parte influenciados por la denominada corriente del *neoconstitucionalismo*, lo que daría como consecuencia que la nueva Constitución sea calificada como un importante avance, que incluso a palabras de Ramiro Ávila Santamaría (2008)., pondrían al Ecuador “*en la vanguardia constitucional, comparando con los textos constitucionales de la región andina*” (pág. 71).

Si bien es necesario destacar que la Constitución ecuatoriana del 2008 introdujo importantes postulados, aparentemente extraídos del denominado *neoconstitucionalismo*, como son: la ampliación del catálogo de principios, derechos y sus respectivas garantías; el reconocimiento de métodos de interpretación que favorezcan a una administración de justicia que observe las circunstancias de cada caso en particular, como lo es el método de ponderación; el establecimiento de un órgano de control constitucional en teoría con total independencia como lo es la Corte Constitucional; e, incluso la transformación del Ecuador

⁴ Decreto Ejecutivo No. 2. Registro Oficial Segundo Suplemento 8. Publicado el 25 de enero de 2007.

en un “*Estado constitucional de derechos y justicia*” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 1). Por otra parte, se han dado críticas al respecto, señalando que que sería necesario acercarse a la realidad para que así los postulados de esta Constitución no queden precisamente en eso, en simples postulados líricos. Este acercamiento a la realidad parecería no haber sucedido, por poner un ejemplo: Los constituyentes, influenciados por el neoconstitucionalismo, al parecer asumieron que todos los jueces iban a estar capacitados para comprender el contenido normativo de los derechos, o los distintos métodos de interpretación alejados de los clásicos del derecho privado como lo es la ponderación, lo cuál fue una simple aspiración ya que la realidad del actual litigio constitucional la capacitación de los jueces ha denotado estar es muy distante de lo esperado. Entonces, es necesario comprender que para lograr una efectiva transformación del Estado no basta con establecer principios, derechos y garantías, dentro del texto constitucional, si en la realidad esto no se complementa con una adecuada estructura del Estado y del poder, que favorezcan la efectiva vigencia de los derechos y garantías. (Zaidán, Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador, 2012).

2.1.1 El Estado Constitucional de derechos y justicia

Como quedó señalado anteriormente, una de las principales novedades de la Constitución del 2008, fue haber reconocido, en el artículo 1, al Ecuador como un “*Estado constitucional de derechos y justicia*”. Se debe tomar en cuenta que, al menos en nuestra región, esta definición no es dada por ningún otro Código Político a ningún Estado, salvo el calificativo de *Estado de justicia* que se lo puede encontrar en la Constitución venezolana⁵ (Ávila Santamaría, 2008). Es así que existe complejidad al momento de dilucidar sobre las características que a partir del 2008 tiene el Estado ecuatoriano; sin embargo, para el objeto y análisis de la presente investigación, es necesario intentar esclarecer esta categorización.

Para una mejor comprensión, Ramiro Ávila estudia por separado lo que es el Estado constitucional, el Estado de justicia y el Estado de derechos (2008, págs. 19 -38), lo cual a

⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial 36.860. Publicada el 30 de diciembre de 1999

mi consideración es acertado ya que ayuda a entender de forma más fácil cada uno de estos elementos.

En cuanto al Estado constitucional, de una manera simple, se puede mencionar que este se diferencia del Estado absoluto y del Estado legal de derecho, ya que encuentra su límite en la Constitución, mientras que en el absoluto no existen los límites al poder, y en el Estado legal el poder encuentra su límite en la Ley. Esto a su vez conlleva a que dentro del Estado constitucional, la Constitución sea una norma jurídica aplicable de forma directa; y, por lo tanto, es necesario que se verifique su correcto cumplimiento, siendo en el Ecuador la Corte Constitucional el órgano competente para realizar esta tarea.

En cuanto al Estado de justicia, se puede partir precisamente de las ambigüedades que denota actualmente el término *justicia*. Son precisamente estas ambigüedades las que han conllevado a que en la actualidad se denote que las normas hipotéticas, ya no serían suficientes para prevenir todas las relaciones jurídicas que se pudiesen dar, razón por la cual, el Estado de justicia, ya no opta solo porque la actividad estatal se subrogue a la norma; sino, que este poder debe estar condicionado a respetar la Constitución, los derechos en ella establecidos, y en sí los principios que forman parte de la Carta Magna, puesto que sólo así se lograría una verdadera justicia. En relación a esto, se plantea la idea de que en determinadas situaciones, los ostentosos del poder –por ejemplo, los jueces-, no se vean limitados a aplicar simplemente una norma existente, puesto que en ocasiones esta no puede ser justa; ó, que en el caso de ausencia de una norma, no se vean limitados a dejar el conflicto sin una decisión. Por otra parte, lo planteado no se resumiría solo al actuar de los jueces, por ejemplo: una autoridad pública, al formular una política pública no debería limitarse solo a observar si esta es legal o no, sino que deberá a su vez observar y guardar conformidad con los principios y derechos establecidos en la Constitución, ya que esto denotaría una política pública verdaderamente justa, tomando en cuenta además que las políticas públicas en el Ecuador tienen la categoría de garantía constitucional. Para simplificar, el Estado de justicia, plantea que todo poder estatal debe adecuarse a lo establecido dentro Constitución, para así lograr una verdadera justicia.

Respecto al Estado de Derechos, esta sin duda es una concepción nueva. Si bien, por una parte, se tiene claro que en el Estado legal de Derecho, el Estado se somete a la Ley; y, que en el Estado constitucional de Derecho, el Estado se somete a la Constitución, ora la definición del Estado de derechos, aborda que el Estado se somete a los derechos. Este

concepto nos lleva a profundizar, lo ya señalado anteriormente, sobre que en la actualidad el solo ordenamiento jurídico de un Estado (incluyendo dentro de este a la Constitución) ya no sería suficiente para abarcar todas las situaciones jurídicas que pudiesen darse, tomando en cuenta que se ha ido conformando una pluralidad jurídica. Al respecto, se debe considerar que en la actualidad existen los tribunales constitucionales que crean derecho (sentencias vinculantes y precedentes jurisprudenciales), las instancias internacionales que dictan sentencias obligatorias, el poder ejecutivo que emite políticas públicas que deben ser cumplidas, la justicia indígena, entre otras, lo que denota en sí, que el Derecho se ha diversificado, lo cual podría traer complicaciones, y la única manera de que todas estas fuentes convivan de buena forma, sería cuando estas se encuentran únicamente sometidas a los derechos, y a buscar su efectivo cumplimiento.

A su vez, en razón de lo dicho en el párrafo anterior, en el Estado de derechos, la parte dogmática de la Constitución cobra protagonismo, ya que todo el ordenamiento jurídico y toda actividad estatal, debe adecuarse a los derechos reconocidos en la Carta Magna, lo que conlleva al reconocimiento e implementación de garantías constitucionales de distinta índole, que buscan hacer efectivo el cumplimiento de esos derechos, ya que en definitiva lo importante en el Estado de derechos, es precisamente que los derechos de las personas estén aún por sobre el poder estatal y que sean estos el límite a este poder (Ávila Santamaría, 2008).

2.1.2 Garantías Constitucionales

Antes de entrar al análisis de lo que comprenden las garantías constitucionales como tal, considero necesario realizar una primera aproximación al término *garantía*, visto desde el ámbito jurídico en general, en donde se asocia esta palabra con otros términos como *protección, tutela o aseguramiento*. Por ejemplo, en el derecho civil, se asocia este término con las garantías reales o personales, como mecanismo para hacer cumplir las obligaciones (Silva Portero, 2008).

Sin embargo, la acepción de garantía sobre la que quiero tratar es mucho más reciente, misma que fue introducida en relación al denominado *garantismo*, y que tiene relación con los derechos fundamentales y los límites que deben tener los distintos órganos de poder para no vulnerarlos. En este sentido, se entiende a las garantías como técnicas idóneas de tutela efectiva de los derechos fundamentales o derechos subjetivos, entendiéndose a los

derechos como cualquier expectativa jurídica y a las garantías como la obligación de realización correspondiente a ese derecho (Ferrajoli, 2000).

Siguiendo la misma línea, Ramiro Ávila entiende a las garantías constitucionales como los mecanismos establecidos por la Constitución, mediante los cuales se intenta, cesar o enmendar cualquier violación a los derechos establecidos en la misma (2008), lo que a su vez las convierte en mecanismos jurídicos que pretenden eliminar la brecha entre los derechos como meros enunciados lógicos y su eficacia en la realidad (2012). Según lo expuesto, se entendería que si un derecho no tiene una garantía que lo tutele, simplemente este sería una mera expectativa o presupuesto lógico, que ante un abuso de poder no podría realizarse o exigirse.

Por otra parte, para su mejor estudio y comprensión, las garantías constitucionales han sido objeto de distintas clasificaciones. Luigi Ferrajoli (2000), ensaya una primera clasificación dividiendo a las garantías en positivas y negativas, siendo las primeras las que establecen obligaciones de prestación y las segundas, las prohibiciones de lesionar en relación con sus respectivos derechos tutelados. A partir de esto, el mismo Ferrajoli ensaya otra clasificación, dividiendo a las garantías en: primarias y secundarias. Las primarias que vendrían a ser aquellas que establecen obligaciones y prohibiciones regulando sus correspondientes derechos; y, por otra parte, las garantías secundarias, que se encargan de aplicar sanciones frente a la violación de las primeras, dentro de estas últimas se encuentran las denominadas garantías jurisdiccionales (Ferrajoli, 2009). En otras palabras, deberíamos entender a las denominadas garantías primarias como aquellas que al regular los derechos, obligan su realización o previenen que estos sean vulnerados, mientras que las secundarias, tendrían un carácter reactivo, puesto que, entrarían en acción en una fase posterior, ya que estas serían accionadas cuando ya exista una amenaza de vulneración de estos derechos o cuando los mismos ya hayan sido vulnerados.

En el marco ecuatoriano, Ramiro Ávila (2008) tomando en cuenta la Constitución de la República del Ecuador del 2008, propone la clasificación de las garantías constitucionales en función de los poderes del Estado, siendo estas de “*tres tipos: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales.*” (pág. 93). Las garantías normativas son aquellas que obligan a que toda autoridad pública que tenga potestad para normar, al momento de expedir una norma adecúe la misma a la Constitución, y a su vez, busque desarrollar los derechos en ella establecidos. Por las garantías de políticas públicas se entiende algo similar, ya que las

autoridades públicas que formulen un plan, proyecto o cualquier política pública, debe buscar que estas tengan por objetivo la efectivización y realización de los derechos establecidos en la Constitución. Por último, las garantías jurisdiccionales, establecen la facultad de control que tienen los jueces para prevenir o enmendar cualquier vulneración de derechos que emane de los actos públicos. (Ávila Santamaría, 2008). Por el objeto de estudio de la presente investigación, me centraré en profundizar el conocimiento sobre las garantías jurisdiccionales.

2.1.2.1 Garantías Jurisdiccionales

Las garantías jurisdiccionales entran en función una vez ya reconocidos los derechos fundamentales y progresivamente al desarrollo de su contenido, viniendo a ser mecanismos jurisdiccionales de corrección frente a una vulneración de estos derechos (Ávila Santamaría, 2012). De esta manera, los ciudadanos adquieren la capacidad de accionar estos mecanismos de tutela en el ámbito judicial, lo cual ayuda al cumplimiento de los derechos, dejando de lado la posibilidad de que estos se conviertan en “*simples expectativas*” (Storini, 2009, pág. 301).

El constituyente de Montecristi, dentro del Capítulo Tercero, del TÍTULO III de la Constitución ecuatoriana de 2008 estableció las siguientes garantías jurisdiccionales: Acción de protección (Art. 88), Acción de hábeas corpus (Art. 89), Acción de acceso a la información pública (Art. 91), Acción de hábeas data (Art. 92), Acción por incumplimiento (Art. 93), y la Acción extraordinaria de protección (Art. 94). Cada una de estas garantías tiene como objeto la protección de determinados derechos, de la siguiente forma:

- Acción de protección.- Protege todos los derechos, a excepción de los que se encuentran tutelados por otras garantías.
- Acción de hábeas corpus.- Derecho a la libertad, integridad física y vida.
- Acción de acceso a la información pública.- Como su nombre lo estipula, protege el derecho de las personas a acceder a información pública.
- Acción de hábeas data.- Protege el derecho a la intimidad.
- Acción por incumplimiento.- Protege la eficacia del sistema jurídico.

- Acción extraordinaria de protección.- Protege todos los derechos, pero a diferencia de la acción de protección, esta los tutela en el ámbito judicial ordinario (Ávila Santamaría, 2008).

Además de las ya mencionadas, la Constitución de Montecristi, también recoge las medidas cautelares constitucionales dentro del artículo 87, las cuáles pueden ser presentadas de forma conjunta con cualquier garantía constitucional, a excepción de la Acción extraordinaria de protección, o de forma independiente, teniendo por objeto evitar o cesar la violación de un derecho fundamental, es decir pueden ser propuestas en dos momentos: antes y/o durante la violación de un derecho. Por lo mencionado, también se considera a las medidas cautelares como una garantía jurisdiccional, tomando en cuenta que estas se asemejan a la Acción de amparo reconocida en el artículo 95 de la Constitución de 1998; puesto que esta, buscaba la adopción de medidas frente a vulneración de derechos durante tres momentos: antes, durante y después, teniendo un carácter cautelar, tal cuál como ocurre con las medidas cautelares de la Carta Magna del 2008.

Por otra parte, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 436 numeral 9, le otorgó a la Corte Constitucional la competencia de “*Conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales*”(2008), esta competencia sería el fundamento de la denominada Acción de incumplimiento, misma que también adquiriría el carácter de garantía jurisdiccional, por mandato del precedente jurisprudencial obligatorio, contenido en la sentencia No. 001-10-PJO-CC, Caso No. 0999-09-JP, publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento 351, de 29 de diciembre del 2010.

Es así que en definitiva, se podría decir que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen las siguientes ocho garantías constitucionales jurisdiccionales: 1. Acción de protección; 2. Acción de hábeas corpus; 3. Acción de acceso a la información pública; 4. Acción de hábeas data; 5. Acción por incumplimiento; 6. Acción extraordinaria de protección; 7. Medidas cautelares; y, 8. Acción de incumplimiento.

Estas garantías que se accionan en forma de procesos judiciales, son conocidas por los jueces comunes de la Función Judicial, a los cuáles se les ha conferido la competencia constitucional, a excepción de la acción extraordinaria de protección, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento que son conocidas directamente por la Corte Constitucional. Dentro de estos procesos judiciales, luego de ser accionados, el juez

tiene la obligación de dictar resoluciones o sentencias que declaren o no la vulneración de derechos y especifiquen la forma de reparación integral de los mismos, haciendo de esa manera efectivas a estas garantías y cumpliendo con su objetivo, que es la protección eficaz e inmediata de los derechos fundamentales (Zavala Egas, Zavala Luque, & Acosta Zavala, 2012).

2.2 Objeto de la Acción de Protección

La acción de protección es la garantía que se la podría catalogar como genérica, puesto que, según el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, tiene por objeto “*el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución*”(2008), dejando abierto el ámbito de tutela de esta garantía, al no establecer expresamente ningún limitante, por lo que el objeto de la misma sería proteger todos los derechos consagrados en la Constitución, sin ninguna restricción (Quintana, 2016).

Por otra parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶, en su artículo 39, amplía este margen a los derechos reconocidos en los “*tratados internacionales sobre derechos humanos*”(2009). No obstante, esta ley, establece expresamente el único limitante, el cual resultaría obvio, ya que la acción de protección no es la única garantía jurisdiccional existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es así que el mismo artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que el objeto de protección serán todos los derechos con excepción de los amparados por “*las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena*”(2009). De esa manera, se puede concluir que el objeto de la acción de protección es el amparo de forma directa y eficaz de todos los derechos fundamentales, tanto los reconocidos en la Constitución como en los instrumentos internacionales, a excepción de los que se encuentran amparados por otras garantías jurisdiccionales.

⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Segundo Suplemento 52. Publicado el 22 de Octubre de 2009.

2.3 Derechos tutelados

En el subcapítulo anterior, se ha señalado que la acción de protección tutela los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Sin embargo, al respecto se generan ciertas dificultades que deben ser aclaradas.

Al respecto, se podría mencionar que según el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana, la acción de protección busca el amparo de todo el catálogo de derechos reconocidos en la misma Constitución, con excepción de los derechos protegidos por otras garantías jurisdiccionales, tal como lo manda el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Sin embargo, se debe mencionar que el constituyente no incluyó dentro de los derechos tutelados por la acción de protección a aquellos que emanan de los tratados internacionales; a pesar de ello, esta omisión fue subsanada acertadamente por parte del legislador con la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la misma que en su artículo 39 estableció que la acción de protección ampara “*los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos*”(2009).

Precisamente, es en cuanto a los instrumentos internacionales de derechos humanos, que no se ha definido claramente cuáles derechos se encuentran amparados por la acción de protección, puesto cabe plantear la interrogante de si esta garantía jurisdiccional tutela únicamente los derechos reconocidos en tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, o si en el objeto de esta garantía se incluirían también los derechos reconocidos en tratados y convenios que no han sido ratificados por el Estado Ecuatoriano. Por otra parte, se debe mencionar que la Corte Constitucional ha dejado de lado el emitir un pronunciamiento claro sobre si podrían incluirse dentro los derechos protegidos por la acción de protección, a los derechos desarrollados por sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien no existe un pronunciamiento claro por parte de la Corte Constitucional, para dilucidar esta inquietud, creo pertinente que se debería tomar en cuenta el principio *pro homine*, reconocido en el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, y a su vez, el principio de *cláusula abierta* recogido en el numeral 7 del artículo 11 de la misma Constitución.

Primeramente, se debe mencionar que el principio *pro homine*, abarcaría por una parte la aplicación de la norma más favorable a la vigencia de los derechos y por otra, implica una interpretación extensiva en materia de derechos (Quintana, 2016). Por otra parte, el principio de *cláusula abierta*, conlleva a que el reconocimiento de derechos se dé con amplitud, ya que estos no son susceptibles de ser enumerados de forma taxativa, puesto que, basándose en la dignidad humana, con el transcurrir del tiempo podrían desarrollarse nuevos derechos (Salgado Pesantes, 2012). Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la aplicación de estos principios, muchas veces podrían conllevar al problema de propiciar una “*liberalidad interpretativa*” por parte de los jueces, convirtiéndolos a estos incluso en nuevos actores políticos y legislativos, lo que conlleva una extralimitación en sus funciones (Zaidán, Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador, 2012, pág. 59).

Por lo expuesto, considero que al momento de dilucidar sobre los derechos que son tutelados por la acción de protección, se debería tomar en cuenta los principios antes esgrimidos, para así no excluir a otros derechos que se encuentren contenidos en diferentes tratados internacionales de derechos humanos, aun cuando estos no hayan sido ratificados por el Ecuador, o también los derechos desarrollados por sentencias o resoluciones de organismos internacionales; aunque, no por esto se debería dar paso a que los jueces expidan fallos arbitrarios en donde prácticamente se creen nuevos derechos sin tener ningún sustento, sea normativo o jurisprudencial.

Tomando en cuenta todo lo esgrimido se podría concluir que, además de los derechos reconocidos expresamente dentro de la Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, la acción de protección también tutela todos los derechos que emanen de otros instrumentos de derechos humanos, incluso ampara los derechos que puedan desarrollarse en sentencias de organismos internacionales, con excepción de los derechos tutelados por otras garantías jurisdiccionales; y, siempre y cuando la vulneración de derechos afecte en sí al contenido esencial de los mismos. (Quintana, 2016).

2.4 Materia impugnable

A continuación, se analizará la materia impugnable de la acción de protección. Esto adquiere especial relevancia para la presente investigación, puesto que nos ayudará a dilucidar de qué forma podría proponerse una acción de protección frente una política

pública, tomando en cuenta que las políticas públicas se encuentran conformadas por distintos actos.

El artículo 88 de la Constitución vigente, establece que la acción de protección podrá proponerse contra:

(...) 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

A su vez, el artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone lo siguiente:

Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.

2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.

3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.

4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:

a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;

b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;

c) Provoque daño grave;

d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Del análisis de lo transcrito, cabe señalar una crítica al legislador, puesto que la enumeración taxativa que se hace dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en cuanto a los actos u omisiones que pueden impugnarse mediante la acción de protección, se pudo haber resumido simplemente en cuatro escenarios, ya que estos engloban todo lo dispuesto en el artículo 41 de la mencionada Ley. De esta forma, puede resumirse que la acción de protección puede impugnar: 1. Actos u omisiones de autoridad pública no judicial; 2. Actos u omisiones de prestadores de servicios públicos; 3. Políticas públicas; y, 4. Actos de personas particulares.

2.4.1 Actos u omisiones de autoridad pública no judicial

En su actividad, la autoridad pública no judicial, de cualquiera de las funciones del Estado, puede dictar diversos actos según su competencia, o incurrir en omisiones, los cuales podrían llegar a vulnerar derechos fundamentales de los administrados. (Cevallos Zambrano, 2014). Es así que, para un correspondiente análisis, se deben dilucidar varios aspectos, para lo cual, empezaré aclarando sobre lo que se entiende por autoridad pública no judicial, para con posterioridad poder ahondar cuales serían los actos u omisiones que constituirían materia impugnable a través de la acción de protección.

2.4.1.1 Autoridad pública judicial y autoridad pública no judicial

Para comenzar, es necesario identificar cuáles son las autoridades públicas, para luego poder diferenciarlas entre judiciales y no judiciales. Al respecto, se entendería que las autoridades públicas vendrían a ser todas aquellas que comprenden el sector público, según lo dispuesto por el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador (Quintana, 2016). De esta manera, vendrían a ser autoridades públicas las siguientes: los organismos de las cinco funciones del Estado; las entidades del régimen autónomo descentralizado; los organismos creados para el ejercicio de la potestad estatal, prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas del Estado; y, las personas jurídicas creadas para la prestación de servicios por los gobiernos del régimen autónomos descentralizado.

Teniendo claro cuáles son las autoridades públicas, para diferenciarlas entre judiciales y no judiciales, es necesario establecer que no se debe caer en la confusión de que las

autoridades públicas judiciales son todas aquellas que pertenecen a la Función Judicial. Dentro de nuestra actual Constitución vigente, en el Capítulo Cuarto del Título IV, se reconocieron varios órganos de distinta naturaleza que forman parte de la Función Judicial, entre ellos: el Consejo de la Judicatura; la Defensoría Pública; la Fiscalía General del Estado; y, los notarios públicos, a los que se los denominan organismos *administrativos, auxiliares, o autónomos*, mismos que, a pesar de formar parte de la Función Judicial, no tienen facultades para administrar justicia, es decir, carecen de facultad jurisdiccional. Teniendo en claro esto, se debe mencionar que estos órganos, si bien pertenecen a la Función Judicial, vendrían a ser autoridades públicas no judiciales, en vista de que los actos emanados por estos órganos, son de carácter puramente administrativo al igual que sus funciones, más no de carácter jurisdiccional (Quintana, 2016).

Una vez aclarado esto, se comprendería que por el contrario, los organismos con competencia para administrar justicia, vendrían a ser los únicos que se los podrían catalogar propiamente como autoridades públicas judiciales. Por consecuencia, se entendería que los actos u omisiones emanados de los órganos competentes para administrar justicia, al ser estos de carácter jurisdiccional no constituyen materia impugnabile de la acción de protección (Cevallos Zambrano, 2014).

Por otra parte, se debe realizar una aclaración en cuanto a la Función Electoral, puesto que la misma, según el artículo 217 de la Constitución de la República del Ecuador, se conforma por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Al respecto, se debe comprender que el Tribunal Contencioso Electoral es el encargado de administrar la justicia electoral, siendo entonces una autoridad judicial, por lo tanto los actos que emanen de este órgano, al ser de carácter jurisdiccional, no serían materia impugnabile de la acción de protección (Cueva Carrión, 2010). Por otra parte, el Consejo Nacional Electoral, si vendría a ser una autoridad pública no judicial, ya que no emite actos de carácter jurisdiccional, por lo que se entendería que sus actos sí podrían ser impugnados mediante la acción de protección; sin embargo, dentro del numeral 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se ha establecido una prohibición legal expresa, la cual indica que los actos u omisiones del Consejo Nacional Electoral no podrían ser impugnados mediante acción de protección cuando puedan ser impugnados ante el Tribunal Contencioso Electoral (Quintana, 2016).

De lo antes expuesto, se entendería que la acción de protección podría proponerse contra todo acto u omisión que vulnere derechos fundamentales que emane de la autoridad pública, a excepción de los actos u omisiones que emanen de las autoridades que tienen facultad para administrar justicia, al ser estos autoridades judiciales; y, tampoco podría proponerse la acción de protección contra aquellos actos emanados por el Consejo Nacional Electoral cuando puedan ser impugnados ante el Tribunal Contencioso Electoral, al existir disposición expresa contenida en el numeral 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Para finalizar, se debe manifestar que no sería realmente relevante determinar si la autoridad pública es judicial o no judicial, por lo que en este sentido tanto la Constitución como la Ley serían criticables, ya que al momento de clasificar si un acto u omisión es impugnabile o no mediante la acción de protección, lo plenamente relevante para estos efectos sería determinar si ese acto u omisión tiene o no características jurisdiccionales, independientemente del órgano que emita este acto o del cual emane la omisión, ya que incluso pueden darse casos en los que una autoridad pública judicial emita actos que no tengan carácter jurisdiccional como tal, por ejemplo, una resolución de la Corte Nacional de Justicia en la que se conceda licencia a uno de los jueces que la conforma, en estos casos, se podría considerar que estos actos u omisiones si deberían ser impugnables mediante la acción de protección en el caso de que vulneren derechos fundamentales.

2.4.1.2 Naturaleza de los actos y omisiones que constituyen materia impugnabile de la acción de protección

Una vez aclarado el tema sobre lo que debería entenderse por autoridad pública no judicial, se vuelve más relevante definir sobre cuáles son los tipos de actuaciones, que según su naturaleza, podrían impugnarse mediante la acción de protección.

Como se revisó anteriormente, ni la Constitución ecuatoriana, ni la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, limitan expresamente como materia impugnabile de la acción de protección a un tipo de acto; razón por la cual, se podría partir de que por la naturaleza de la acción de protección, se podría permitir que esta sea el medio de tutela de todo acto que vulnere en forma directa derechos fundamentales, indistintamente si se tratan de actos normativos, actos administrativos, o vías de hecho (Zavala Egas et al., 2012). Sin embargo, esto no vendría a ser del todo cierto, y lo que debería privilegiarse al momento de

decidir si un acto es impugnabile o no mediante la acción de protección, sería ver el contenido del acto y cuáles son los efectos que tiene el mismo, tomando en cuenta que un acto para ser impugnabile mediante esta garantía jurisdiccional debe producir una vulneración de derechos fundamentales que se desprenda de forma directa de ese acto.

A su vez, se debe mencionar que para la presente investigación es relevante definir cuáles son los actos que caben ser impugnados mediante la acción de protección, ya que esto nos ayudaría a dilucidar sobre cómo podría proceder esta garantía al momento de ser propuesta contra políticas públicas.

Para aclarar esto, es necesario revisar distintos tipos de actuaciones que pueden emanar de la autoridad pública no judicial, para lo cual, se revisarán en breves rasgos los conceptos de acto administrativo, acto de simple administración, hecho administrativo, acto normativo, y se tratará sobre la omisión vulneradora de derechos; a su vez, se analizará si cada uno de estos podría ser o no materia impugnabile de la acción de protección.

2.4.1.2.1 *El acto administrativo*

La doctrina define al acto administrativo como la declaración unilateral de la voluntad del ente público, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos (Dromi R., 2015). Esta concepción del acto administrativo a su vez ha sido recogida dentro de la legislación ecuatoriana, específicamente en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE⁷, que dispone: “*Art. 65.- ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.*” (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002).

Tomando en cuenta esto, se podría partir de que por su naturaleza, el acto administrativo constituye plenamente materia impugnabile de la acción de protección (Quintana, 2016), puesto que el acto administrativo al generar efectos directos, por lógica consecuencia, el mismo tipo de acto podría ser fuente directa de una vulneración de derechos

⁷ Decreto Ejecutivo No. 2428. Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536. Publicado el 18 de marzo de 2002.

fundamentales, por lo que no cabría duda de que podría convertirse en materia impugnabile de la acción de protección

Si bien se tendría claro que el acto administrativo es en esencia impugnabile mediante la acción de protección, aún quedan por aclarar ciertas interrogantes. Como se mencionó, el acto administrativo produce efectos directos; sin embargo, no se distinguió nada sobre si estos efectos serían individuales o generales. Al respecto, parte de la doctrina se inclina por la corriente de que los efectos del acto administrativo solo podrían ser individuales (Dromi R., 2015), sin embargo, otra parte se pronuncia a favor de que el acto administrativo podría tener efectos particulares o generales según el sujeto al cual está dirigido, ya que este podría ser indeterminado (García de Enterría & Fernández, 1990). Se debe señalar que si bien la definición dada en el artículo 65 del ERJAFE no plantea la posibilidad del acto administrativo de efectos generales, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano sí se recoge esta teoría, específicamente dentro del numeral cuarto del artículo

436 de la Constitución de la República del Ecuador, norma que dispone sobre la impugnación de este tipo de actos a través de la acción de inconstitucionalidad; por lo cual la cuestión sobre los actos administrativos de carácter general será tratada con mayor detenimiento mas adelante.

Por otra parte, debe mencionarse que dentro de la práctica, muchos de nuestros jueces, a raíz de lo dispuesto en los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, han dejado fuera del ámbito de protección a los actos administrativos. Esto con el argumento generalizado de existen otros recursos administrativos y judiciales de impugnación de estos actos. Sin embargo, dentro de este argumento no existe razonamiento alguno que discierna sobre si estos otros recursos existentes son adecuados y eficaces para impugnar actos de los cuales se desprenda una vulneración de derechos constitucionales. Al respecto se debe entender que la vía judicial contencioso administrativa y los recursos de impugnación por la vía administrativa que contempla el ordenamiento jurídico son adecuados y eficaces para tratar cuestiones de mera legalidad y, dejan de serlo, cuando se trata de discernir sobre derechos fundamentales. Entonces, debe entenderse que cuando se ventilen conflictos de vulneración de derechos fundamentales, el único mecanismo adecuado y eficaz es la acción de protección; por lo cual, no es adecuado declarar la improcedencia de una acción

de protección con el simple argumento de que el acto administrativo objetado puede ser impugnado a través de la vía administrativa o judicial ordinaria (Aguilar, 2017).

2.4.1.2.2 *El acto de simple administración*

Se concibe a los actos de simple administración como aquellos que se realizan para ordenar la actividad interna de la misma administración; razón por la cual, pese a ser declaraciones unilaterales realizadas en ejercicio de la función administrativa, estos no producen efectos o consecuencias jurídicas directas o inmediatas respecto de terceros (Dromi J., 1973). Estos actos, solo producirán efectos jurídicos sobre los administrados, cuando sean materializados a través de actos o hechos administrativos.

En consecuencia, si bien ni la Constitución, ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, limitan la proposición de la acción de protección a algún tipo de acto únicamente, se debe entender que por su naturaleza, el acto de simple administración al no producir efectos jurídicos directos, tampoco podría vulnerar de forma directa algún derecho, en consecuencia no cabría su impugnación mediante la acción de protección.

En última instancia, si un administrado tiene conocimiento de que un acto de simple administración podría ser fuente de vulneración de derechos, este podría comunicar su parecer a la administración con la finalidad de tratar de evitar la materialización de esa posible vulneración. También, por la vía constitucional, procedería una medida cautelar autónoma, en el caso de una amenaza de vulneración de derechos. Y, en el caso de que un acto final se haya basado en ese acto de simple administración, lo adecuado sería en ese momento proponer la acción de protección en contra del acto o hecho administrativo que tuvo como fundamento al acto de simple administración, puesto que estos serían los que contienen la manifestación de voluntad de la administración que produce efectos directos o, en este caso que produce una vulneración directa de derechos fundamentales (Quintana, 2016).

2.4.1.2.3 *El hecho administrativo*

Los hechos administrativos constituyen la actividad material, que pueden ser operaciones técnicas o físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, pudiendo ser que

esta actividad material se la realice por dar cumplimiento a la ejecución de un acto previo, o simplemente puede ser una operación material autónoma, sin que exista una decisión o acto previo (Dromi R., 2015). El hecho administrativo, al ser una actividad puramente material, sería la causa eficiente que provoca el nacimiento, modificación o extinción de derechos u obligaciones jurídicas (Cassagne, 2002).

En cuanto a su impugnación mediante la proposición de una acción de protección, se debe considerar que la naturaleza de la acción de protección es ser un mecanismo de tutela y un proceso de conocimiento, por lo que el resultado que se puede conseguir con esta garantía sería que la materia impugnada sea dejada sin efecto, lo cual traería consigo la dificultad de que si se impugnara un hecho administrativo ya consumado, al ser una actuación material, sería imposible poder dejarla sin efectos (Quintana, 2016). Sin embargo, se debe considerar que tal como lo señala el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección también tiene una finalidad reparatoria, que consiste en, subsanar, compensar y evitar los daños hechos como producto de una restablecer el goce y ejercicio del derecho vulnerado (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015), por consecuencia en el caso en que se busque una reparación integral, sin duda cabría la proposición de la acción de protección frente a un hecho administrativo ya consumado.

Por otro lado, como se mencionó en párrafos anteriores, los hechos administrativos pueden realizarse para ejecutar un acto previo, o también en forma autónoma. Tomando en cuenta esto, en el caso de que un hecho administrativo sea producto de la ejecución de un acto administrativo anterior, lo más conveniente sería proponer la acción de protección contra el acto administrativo previo, puesto que de esta forma además de obtener la reparación integral, se conseguiría dejar sin efectos el acto administrativo. Además, se debe señalar que si un hecho administrativo no ha sido efectuado aún y, este amenaza con vulnerar derechos fundamentales, siempre cabrá la posibilidad de presentar una medida cautelar autónoma, para prevenir que se violen derechos fundamentales (Quintana, 2016).

2.4.1.2.4 *Acto normativo*

Los actos normativos son creaciones que configuran el Derecho Objetivo, creándolo o reformándolo (Zavala Egas, 2011), diferenciándose así de los actos administrativos, ya que estos últimos son pura aplicación del Derecho Objetivo, por lo que estos se agotan una vez

ejecutados, mientras que los actos normativos permanecen en el ordenamiento jurídico para que en un futuro puedan ser aplicadas por la autoridad competente (Zavala Egas, et al., 2012). El anterior Tribunal Constitucional, se pronunció al respecto, manifestando que los actos normativos se caracterizan por ser generales, abstractos y, por que estos no se agotan con su cumplimiento, además de carecer de ejecutoriedad, en vista de que necesitan de actos posteriores de ejecución para que en el caso de cumplirse con los presupuestos de hecho previstos, se hagan efectivas las consecuencias jurídicas (Resolución No. 013-2004-TC, 2004)⁸.

Al respecto, se debe considerar que la Constitución de la República del Ecuador, ha previsto dentro del numeral 2 artículo 436, la posibilidad de proponer una acción de inconstitucionalidad en contra de actos normativos de carácter general, con la finalidad de declarar la inconstitucionalidad y por consecuencia la invalidez de este tipo de actos. Lo cuál sería la vía constitucional adecuada de impugnación frente a este tipo de actos (Quintana, 2016).

Sin embargo, se debe mencionar que por la forma en la que se encuentra regulada la acción de protección tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se podría dejar la puerta abierta para proponer una acción de protección frente a actos normativos, en vista de que no se ha establecido algún limitante expreso para este tipo de actos y se podría entender que estos también son actos de autoridad pública no judicial. Lo mencionado es compartido por Zavala Egas (2012), jurista que defiende la posibilidad de impugnar actos normativos autoaplicativos a través de la acción de protección, lo cual será analizado con mayor detenimiento a continuación.

2.4.1.2.5 Sobre los actos normativos autoaplicativos y los actos administrativos con efectos generales

La Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al establecer que la acción de protección procede frente a todo acto de autoridad pública no judicial, dejan abierta la posibilidad de impugnar

⁸ Resolución No. 013-2004-TC. Registro Oficial 374. Publicado el 09 de julio de 2004.

todo tipo de acto. Por otra parte, dentro de la doctrina, y si bien su existencia es ampliamente debatida, se han reconocido a los actos normativos autoaplicativos y a los actos administrativos de efectos generales, por lo cual, es necesario aclarar la cuestión sobre si estos tipos de actos son impugnables mediante la acción de protección.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que para que un acto constituya materia impugnable de la acción de protección, este debe vulnerar de forma directa algún derecho fundamental. En el caso de los actos normativos, el ex Tribunal Constitucional ecuatoriano, señaló que estos se encuentran caracterizados por constituir el ordenamiento jurídico, razón por la cual sus efectos son generales y abstractos y están condicionados a la expedición de actos posteriores que los apliquen (Resolución No. 013-2004-TC, 2004). Por consecuencia, se entendería que este tipo de actos, al no vulnerar directamente derechos fundamentales, no podrían ser impugnados por la acción de protección.

Sin embargo, la caracterización dada en el anterior párrafo, correspondería únicamente a los actos normativos heteroaplicativos, siendo distinta la naturaleza a la de los actos normativos autoaplicativos. Zavala Egas (2012) señala que estos últimos son conocidos también como normas operativas, siendo aquellas que producen efectos jurídicos desde su expedición, y que por lo tanto su eficacia no está sujeta a la creación de actos posteriores de aplicación. Al respecto, se plantea el ejemplo de una norma que establece el cobro de una nueva tasa aeroportuaria, la cual, según menciona el autor, únicamente con su expedición ya podría generar efectos jurídicos, puesto que a partir del momento en el que entra en vigencia, la autoridad pertinente empezaría a realizar el cobro de esta nueva tasa. En consecuencia, estos actos al producir efectos directos, también podrían vulnerar derechos fundamentales de forma directa, por lo que podrían ser impugnados mediante la acción de protección; sin embargo, se debe tener claro que todo acto normativo es de naturaleza abstracta (Resolución No. 013-2004-TC, 2004), es decir, siempre tendrían efectos generales, lo que conllevaría a una nueva dificultad que será analizada en líneas posteriores.

Por otra parte, en cuanto a la existencia de los actos administrativos de efectos generales. Esta tipología de actos son reconocidos por cierta parte de la doctrina, misma que plantea la posibilidad de que los actos administrativos puedan tener efectos generales o efectos particulares, sin dejar de lado que en ambos casos estos actos produzcan efectos jurídicos directos, y que a su vez, este tipo de actos se caracterizan por agotarse con su

cumplimiento, a diferencia de los actos normativos, mismos que si pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y por lo tanto pueden ser objeto de aplicación en pluralidad de ocasiones (García de Enterría & Fernández, 1990). Además, se debe mencionar que al ser actos administrativos, estos se caracterizan por ser declaraciones unilaterales de la voluntad del ente público, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos, la única diferencia es que los efectos serán dirigidos a una generalidad de personas.

Contextualizando lo antes dicho, se debe mencionar que tanto los actos administrativos de efectos generales como los actos normativos autoaplicativos, podrían ser materia impugnabile de la acción de protección, puesto que ambos tipos de actos producen efectos jurídicos directos y por lo tanto podrían vulnerar derechos fundamentales de forma directa. Sin embargo, frente a esta posición existen críticas que analizaremos a continuación.

Por una parte, del texto constitucional se desprende que si se quisiese impugnar actos generales, sean administrativos o normativos, la vía constitucional adecuada para hacerlo sería proponer un acción de inconstitucionalidad, según lo señalan los numerales 2 y 4 del artículo 436 de la Carta Magna; por consiguiente, si se propusiere una acción de protección implicaría una equivocación de la vía constitucional adecuada (Quintana, 2016). Además, se debe tener claro que para dirimir una acción de inconstitucionalidad el órgano que tiene competencia exclusiva para esto es la Corte Constitucional. Al respecto, Zavala Egas (2012) manifiesta que, si bien la competencia de la acción de inconstitucionalidad la tiene la Corte Constitucional, la finalidad de la acción de protección y de la acción de inconstitucionalidad son diferentes, puesto que la primera tiene como materia dilucidar sobre derechos amenazados o violados, mientras que la segunda tiene como objeto vigilar la que los actos se encuentren conforme al principio de supremacía constitucional, por lo que no habría un doble juzgamiento, pudiendo así proponerse la acción de protección de estos actos, sin perjuicio de poder presentar una demanda de acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, se tiene claro que el objeto de ambas acciones es distinto, por lo que en cierto punto, se podría superar esa complicación; sin embargo, se presentan otras dificultades. Se debería tomar en cuenta los efectos que tendría una sentencia de acción de protección frente a actos generales. Pues, los jueces de primera instancia, quienes tienen la competencia en garantías jurisdiccionales, según el artículo 7 de la Ley Orgánica de

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al no tener competencia para conocer una acción de inconstitucionalidad, tampoco podrían asumir la competencia de declarar la invalidez del acto normativo o del acto administrativo de efectos generales, puesto que esto es competencia exclusiva de la Corte Constitucional. Además se debe tener en cuenta que una sentencia de acción de protección no podría tener efectos erga omnes, ya que se estaría extra limitando el objeto de la misma. De manera que, lo único que podría hacer un juez que conoce y acepta una acción de protección sería dejar sin efectos el acto general impugnado en favor de los proponentes, lo que conllevaría a que el acto impugnado siga siendo válido y solo se dejaría de aplicar para aquellos que obtuvieron sentencia favorable en ese caso en concreto, lo que tendría como efecto que una sentencia de este tipo genere nuevas vulneraciones de derechos, puesto que esto podría afectar los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, respecto al resto de personas a las cuáles también se destinó ese acto general. (Quintana, 2016).

A pesar de que Zavala Egas (2012), defiende que se pueda dejar de aplicar una norma -o acto de carácter general-, en favor de los proponentes de una acción de protección, al señalar que: “...aseverar que al inaplicar una norma de carácter general se ocasionan desigualdades en la aplicación de los actos normativos es otra falacia” (pág. 441), lo señalado en el anterior párrafo, constituye la razón por la que no sería consecuente dejar únicamente sin efectos el acto general en el caso sub júdice. Además, es válido volver a recalcar, que si se quisiera declarar la invalidez general del acto, solo la Corte Constitucional tendría competencia para aquello.

Por otra parte, es necesario mencionar que Zavala Egas (2012) sostiene que si se vulnerare derechos fundamentales producidos por actos de efectos generales y frente a estos no se pudiese proponer una acción de protección, “solo queda como camino el control de constitucionalidad para sancionar el acto por infringir el principio de supremacía constitucional y anularlo, pero no cabe proteger ni reparar los derechos vulnerados” (pág. 439). Al respecto, debo mencionar que el autor, solo tendría razón en parte, ya que si bien no existiría una garantía jurisdiccional como tal para impugnar este tipo de actos, la acción de inconstitucionalidad si deja la puerta abierta para que si se declara un acto inválido, se pueda a su vez demandar la reparación integral si se quisiera subsanar lesiones de derechos, siempre y cuando hubiere lugar de aquello, según lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

A modo de conclusión, si bien tanto los actos administrativos de efectos generales, como los actos normativos autoaplicativos, cumplen el requisito de que pudieran vulnerar directamente derechos fundamentales, se debe tener en cuenta que la vía de justicia constitucional adecuada para impugnar este tipo de actos sería la acción de inconstitucionalidad. A su vez, a mi consideración, esto sería lo más adecuado por las complicaciones y efectos que podrían suscitarse en el caso de que fuera aceptada una acción de protección frente a este tipo de actos, los cuales fueron esgrimidos anteriormente.

Sin perjuicio de lo antes dicho, si de forma anti técnica fuese expedido un acto normativo autoaplicativo con efectos particulares que vulnere derechos fundamentales, por ejemplo, una norma que regularice el cobro de una tasa municipal a una determinada asociación, la impugnación de esta norma a través de la acción de protección si sería posible, ya que en este sentido, el juez constitucional no caería en ninguna de las complicaciones señaladas en párrafos anteriores para aceptar la acción de protección y dejar sin efectos este acto.

2.4.1.2.6 La omisión vulneradora de derechos fundamentales

El artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, y el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevén que la acción de protección pueda ser propuesta en contra de omisiones que vulneren derechos fundamentales. Al respecto, es necesario analizar qué es lo que comprendería esta omisión vulneradora de derechos fundamentales, para dilucidar sobre cuándo y cómo podría ser impugnada mediante la acción de protección.

Primeramente, se debe tomar en cuenta que en relación con el Derecho Constitucional existen dos concepciones en cuanto a la omisión: el concepto amplio de la omisión y el concepto restringido. Respecto a la concepción amplia, esta se refiere a la inacción de cualquier ente o funcionario público, respecto de los deberes u obligaciones que le son dados por la constitución; y, por otro lado, el concepto restringido de la omisión, se manifiesta como el incumplimiento del órgano parlamentario con su tarea de desarrollar y dictar normativa infraconstitucional, pese a la existencia de mandato constitucional al respecto (Quintana, 2016), lo cual, elimina la posibilidad de que otro órgano que no sea el legislativo pueda incurrir en este tipo omisión.

En el Ecuador, se aceptaría la concepción amplia de la omisión con respecto al Derecho Constitucional; puesto que, frente a la falta de expedición de normas por parte de la función legislativa, se prevé la acción de inconstitucionalidad por omisión, dentro del numeral 10 del artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, así como dentro de los artículos 128 y 129 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, por otro lado, existe la posibilidad de proponer una acción de protección frente a omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, cuando estas sean lesivas a derechos fundamentales, tal cual lo disponen el artículo 88 de la Constitución y el artículo 39 de la Ley. Con lugar a nuestro análisis, me limitaré a profundizar la omisión vulneradora de derechos fundamentales, las cuales constituyen materia impugnada de la acción de protección.

La omisión lesiva de derechos consiste en no hacer o incumplir el deber al que se estaba obligado, inactividad que por efectos de su mora, genera una afectación al interesado. En tal virtud, para que se encuentre configurada la omisión que constituye materia impugnada de la acción de protección deben cumplirse los siguientes requisitos: 1. Inercia o inactividad de relevancia constitucional; 2. Que la omisión provenga de autoridad pública no judicial, o de persona natural o jurídica según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; y, 3. Que la omisión vulnere directamente derechos fundamentales (Quintana, 2016).

Por otra parte, se debe mencionar que si bien, la actual Corte Constitucional no ha emitido pronunciamiento alguno al respecto, la justicia constitucional ecuatoriana si ha planteado otras consideraciones que podrían ser tomadas en cuenta a efectos de que definir como se configura la omisión vulneradora de derechos. En este sentido, el Tribunal Constitucional, al resolver acciones de amparo constitucional ha hecho las siguientes consideraciones, las cuales también serían necesarias para configurar la omisión vulneradora de derechos: 1. El afectado, debe previamente petitionar a la entidad pública para que esta actúe, y si esta no emitiere actuación alguna, entonces se configuraría la omisión (Resolución No. 006-2003-RA)⁹; y, 2. La entidad debe tener competencia para actuar en la forma que solicita el peticionario (Resolución No. 0180-2004-RA)¹⁰. En mi criterio, estos requisitos en el marco

⁹ Resolución No. 006-2003-RA. Registro Oficial 129. Publicado el 21 de julio de 2003.

¹⁰ Resolución No. 0180-2004-RA. Registro Oficial 432. Publicado el 30 de septiembre de 2004.

constitucional actual podrían ser objeto de crítica, ya que si una persona es afectada con una vulneración de derechos fundamentales producto de una omisión, lo lógico sería que pudiese proponer directamente la acción de protección, sin que tenga que reunir algún otro requisito además de los ya señalados por la Constitución y la Ley, por lo que considero necesario y urgente que la Corte Constitucional emita un pronunciamiento al respecto, con el objeto de dilucidar esta cuestión.

Con los argumentos expuestos, se podría señalar que la acción de protección procederá contra la inercia o inactividad que emanen de autoridad pública no judicial, o de particulares, según lo establecido en el ordenamiento jurídico, que vulnere de forma directa derechos fundamentales. Sin embargo, a falta de un pronunciamiento que esclarezca el tema, para efectos prácticos, podría considerarse conveniente que el accionante, haya previamente solicitado la actuación a la institución competente, en la forma señalada en el párrafo anterior, a fin de que el juez que vaya a conocer y decidir sobre la causa, no pueda objetar la procedencia y aceptación de la acción de protección, excusándose en las consideraciones hechas por el Tribunal Constitucional.

2.4.2 Actos u omisiones de prestadores de servicios públicos

Primeramente, es necesario recalcar que el Estado por sí mismo gestiona, provee y presta distintos servicios públicos, para lo cual, puede constituir Empresas Públicas para llevar a cabo esta finalidad, según lo disponen los artículos 314 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador. Sin embargo, como se desprende del artículo 316 de la misma Constitución, el Estado puede delegar la prestación de servicios públicos a empresas mixtas e incluso a actores privados, en los casos establecidos en la ley.

Para efectos de la proposición de una acción de protección, se debe tener claro que en los casos que el Estado se reserve para sí mismo la prestación de servicios públicos a través de Empresas Públicas, se entendería a estas como autoridades públicas no judiciales; razón por la cual, simplemente bastaría percatarse los efectos del acto u la omisión que se intenta impugnar y aplicarse las mismas reglas consideradas para los actos u omisiones de la autoridad pública no judicial (Quintana, 2016), en la forma en la que se revisó en el apartado 2.4.1 de la presente investigación.

En cuanto a la proposición de la acción de protección en contra de actos u omisiones emanadas de prestadores de servicios públicos privados, se debe claro que este tipo de prestadores no se convierten en autoridades públicas por el hecho de prestar un servicio, por lo que no se puede guiarse en torno a las reglas de los actos u omisiones que emanen de autoridad pública no judicial (Quintana, 2016).

En relación al tema, primeramente se debe mencionar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, hace una diferenciación innecesaria, ya que por una parte, en el numeral 3 del artículo 41 se dispone que la acción de protección puede proponerse frente a actos u omisiones de prestadores de servicios públicos, y por otro lado el literal a), del numeral 4 del artículo 41, dispone que la acción podrá proponerse frente a actos u omisiones de prestadores de *“servicios públicos impropios o de interés público”*, y, por último, el literal b), del numeral 4, del artículo 41, establece que la acción de protección puede proponerse frente a actos u omisiones de prestadores de servicios públicos que actúen por delegación o concesión. Si bien, se podría justificar al legislador señalando que quiso señalar todas las posibilidades de prestadores de servicios, para así no dejar espacio a la arbitrariedad, a mi consideración esto es criticable, puesto que esta norma llega a tornarse confusa e innecesaria. Considero que, bastaría con haber establecido que la acción de protección procedería frente a acciones u omisiones de prestadores de servicios públicos, tal cual lo hace el numeral 3 del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y no haber añadido el restos de normas antes referidas, puesto que lo dispuesto en el mencionado numeral 3 del artículo 41, abarcaría la posibilidad de impugnar actos u omisiones de prestadores de servicios públicos, tanto privados o públicos, sea cualquiera la calidad en la que estos actúen.

Analizando lo mencionado, se podría señalar que lo necesario para verificar la procedencia de la acción de protección frente a acciones u omisiones de prestadores de servicios públicos, sería analizar los efectos que tienen los actos u omisiones que intentan impugnarse, indistintamente si el ente que presta estos servicios es público o privado, ya que si bien responsabilidad por la prestación de servicios es un deber del Estado, esta responsabilidad también incluye la de sus *“delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública”* (Cevallos Zambrano, 2014, pág. 229). Aunque obviamente lo que cambiaría sería el legitimado pasivo, ya que por una parte

estaríamos tratando frente a una autoridad pública no judicial, y por otra, el legitimado pasivo sería un particular.

Para finalizar, considero que lo último que debería ser aclarado es lo referente a que se entiende por *servicios públicos impropios* y *servicios de interés público*, ya que estas categorías son señaladas en literal a) del numeral 4 artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Al respecto, los servicios públicos impropios serían aquellos que son prestados exclusivamente por personas naturales o jurídicas del sector privado (Cueva Carrión, 2010), en los cuales, el Estado solo interviene para efectos de regulación y control (Cassagne, 2009). Dentro de estos, se encontrarían, el servicio de educación o el servicio de salud particular (Resolución No. 233-2002-RA)¹¹. En consecuencia, se debe tener claro que procede la acción de protección en contra de actuaciones u omisiones de particulares que presten este tipo de servicios.

En cuanto a los servicios de interés público, encajarlos en una definición se torna confuso, puesto que se debería tener claro que el interés público es en sí la base de la prestación de servicios públicos (Quintana, 2016); sin embargo, podría considerarse que estos servicios de interés público, serían aquellos que si bien no se encuentran catalogados como servicios públicos, su prestación se da a “(...) *la comunidad, de manera regular y continua, y satisface necesidades colectivas, materiales o inmateriales.*” (Cueva Carrión, 2010, pág. 160), por lo cual, su provisión constituye interés para la población, Cevallos Zambrano (2014), señala como ejemplos de este tipo de servicios a los centros de cuidado para niños o adultos mayores. En conclusión, se entendería que sería posible la procedencia de la acción de protección frente actos u omisiones de prestadores de servicios públicos, sean estas entidades públicas o privadas, e incluso frente a acciones u omisiones de personas privadas que presten servicios de relevancia para la sociedad, siempre y cuando se analice si el acto u omisión a impugnarse constituye materia impugnable de la acción de protección, según los efectos que este produce, ya que indistintamente del órgano que emane, sería posible la proposición de una acción de protección si el acto u omisión, estos produce una vulneración directa de un derecho fundamental (Quintana, 2016).

¹¹ Resolución No. 233-2002-RA. Registro Oficial 584. Publicado el 28 de mayo de 2002.

2.4.3 Políticas públicas

La Constitución de República del Ecuador, en su artículo 88, y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, dentro del numeral 2 del artículo 41, establecieron la impugnación de políticas públicas, tanto nacionales como locales, a través de la acción de protección, cuando estas supongan la privación del goce o ejercicio de derechos fundamentales. Si bien la Corte Constitucional ha considerado la procedencia de la acción de protección contra políticas públicas (Sentencia No. 157-12-SEP-CC)¹², y ha señalado que una política pública puede ser fuente directa de vulneración de derechos (Sentencia No. 093-14-SEP-CC, 2014)¹³, este organismo no se ha pronunciado sobre en qué consistirían las políticas públicas. Se debe tomar en cuenta que el término *política pública* es propio de la Ciencia Política (Jaramillo Huicalpi, 2011), Ciencia en la que se entiende a las políticas públicas como una serie de decisiones o acciones, que emanan del gobierno con la finalidad de responder a problemas de la sociedad (Subirats et al., 2012), decisiones que se descomponen en varias fases o etapas, conformando el ciclo de las políticas públicas, entendiéndose que la totalidad de estas acciones conforman toda la vida de la política pública (Roth Deubel, Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación, 2009). Por consecuencia, al no existir una compaginación con una definición jurídica de política pública, trae consigo una serie de dificultades y cuestionamientos para efectos de la impugnación de políticas públicas a través de la acción de protección, los cuáles señalaré a breves rasgos a continuación, puesto que serán analizados con profundidad en el capítulo de tercero de esta investigación.

Primeramente, y como fue señalado dentro del primer capítulo, aún en la Ciencia Política el alcance conceptual de política pública es abierto y poco delimitado. Esto constituye el primer obstáculo para dilucidar sobre la posibilidad de impugnar una política pública a través de la acción de protección; puesto que, se debería tomar en cuenta que el término política pública debería entenderse jurídicamente, para así referirse a ciertas actuaciones u omisiones jurídicas (Jaramillo Huicalpi, 2011), las cuáles constituirían la materia impugnable de la acción de protección. Sin embargo, en el marco ecuatoriano no ha existido un pronunciamiento claro por parte de la Corte Constitucional, que defina

¹² Sentencia No. 157-12-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 743. Publicado el 11 de julio de 2012.

¹³ Sentencia No. 093-14-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 289. Publicado el 15 de julio de 2014

jurídicamente en qué consisten las políticas públicas (Quintana, 2016), lo cual agrava la cuestión de dilucidar cómo podría proceder la impugnación de políticas públicas a través de la acción de protección.

Si bien, no se tiene clara una definición jurídica de *política pública* a efectos de la proposición de la acción de protección, se debe tener en cuenta que las políticas públicas son siempre un conjunto de varios actos (Subirats et al., 2012) los cuáles pueden ser de distinta naturaleza. Por esta razón, existe un segundo cuestionamiento, ya que al momento de proponer una acción de protección, no se ha establecido si el accionante, acatando lo establecido en el numeral 3 del artículo 10 y en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debería en su demanda simplemente señalar la política pública que se intenta impugnar, o si debería identificar concretamente los actos que conforman esa política pública, o si, por otra, debería señalar en concreto el acto de la política pública que ha originado la vulneración de derechos fundamentales y que por lo tanto desea impugnar.

De igual forma, se debe tomar en cuenta que ciertos actos de una política pública podrían tener carácter general, es entonces que nos encontraríamos frente a otra complicación, ya que como fue analizado en el apartado 2.4.1.2.5 de la presente investigación, la impugnación de actos de carácter general a través de la acción de protección, lleva consigo ciertas dificultades. Al respecto se podría argumentar que al intentar impugnar actos de efectos generales mediante la acción de protección, se estaría equivocando la vía adecuada, ora que existiría falta de competencia por parte de los jueces para declarar la invalidez de actos de efectos generales (Quintana, 2016), o que incluso, al tener la acción de protección únicamente efectos inter partes, si se dejare sin efecto actos de efectos generales, que conforman una política pública, únicamente a favor de los accionantes, se estaría poniendo en riesgo la seguridad jurídica y otros derechos de terceros que podrían convertirse en víctimas de una nueva vulneración de derechos (Jaramillo Huicalpi, 2011). Es entonces que nos encontraríamos frente al cuestionamiento de si en estos casos no sería posible la impugnación de la política pública o si únicamente se pudieran impugnar ciertos tipos de actos que conforman la política pública, con excepción de los actos de efectos generales.

Un cuarto cuestionamiento se denota al señalar que así como las políticas públicas son conformadas por varios actos, estas a su vez se van creando en distintas etapas del denominado *policy cycle*, mismas que son: 1. identificación del problema; 2. formulación

de soluciones; 3. toma de decisiones; 4. implementación; y, 5. evaluación (Roth Deubel, 2009) . Por esta razón, la cuestión queda enmarcada en dilucidar si en todas estas fases podría proponerse y ser procedente la acción de protección, o si únicamente procede en ciertas etapas, y de ser así, en cuál o cuáles de estas fases o etapas del ciclo de la política pública procedería la proposición de esta garantía jurisdiccional.

Por otra parte, se debe mencionar que la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 2 del artículo 85, establece que en el caso de que una política pública vulnere o amenace con vulnerar derechos fundamentales, esta “(...) *deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto*” (2008). Esta norma, sería uno de los fundamentos para la implementación de la acción de protección contra políticas públicas, por consiguiente, se obtiene que si fuese aceptada una acción de protección contra una política pública, surgiría la posibilidad de que esta pueda reformularse, lo que conlleva a la interrogante de saber cuáles serían los límites que tendría el juez constitucional, quedando la cuestión enmarcada en dilucidar si el juez constitucional tendría la facultad y por consiguiente, podría ser la autoridad que reformule la política pública, o si únicamente tendría que ordenar al órgano competente la reformulación.

Para finalizar se debe mencionar que el mismo numeral 2 del artículo 85 de la Constitución, plantearía una nueva posibilidad, ya que si bien se tiene claro que “(...) *si el juez concede una acción de protección contra omisión, debe ordenar al accionado a enmendar la mora y actuar conforme a derecho, y si la concede frente a un acto deberá dejarlo sin efecto.*” (Quintana, 2016, pág. 340), en el caso de políticas públicas, podría darse un nuevo efecto, que es la reformulación de la política pública impugnada. Si bien esto ya fue mencionado en el párrafo anterior, la nueva posibilidad que ahora señalo es en cuanto al accionante, puesto que cabría dilucidar sobre si el peticionario podría únicamente dentro de su pretensión solicitar la reformulación de la política pública, sin solicitar dejar sin efecto algún acto; puesto que, esto podría ayudar a solucionar la complicaciones, señaladas en líneas anteriores, las cuales se dan al momento de intentar dejar sin efectos actos de efectos generales, y por consiguiente, daría una nueva utilidad sustancial a la acción de protección contra políticas públicas. Al respecto, Iván Cevallos Zambrano (2014) precisamente sostiene que, si se propone la acción de protección contra una política pública, la pretensión del accionante debe ser que se reformule la política

pública, o que se adopten medidas alternativas, o en otro caso, que se incluya a determinadas personas, pueblos, comunidades o nacionalidades en la ejecución de la política pública.

Como se ha analizado, la posibilidad de que las políticas públicas sean materia impugnable mediante la acción de protección, conlleva una serie de dificultades, las cuáles son objeto de estudio principal en la presente investigación y serán esclarecidas en el capítulo tercero, a fin de establecer conclusiones y respuestas frente a esta problemática.

2.4.4 Actos u omisiones de particulares

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el numeral 4 del artículo 41, regula la procedencia de la acción de protección contra actos u omisiones de particulares, es decir, personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en grado de subordinación o indefensión, frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Al respecto, primeramente debe manifestarse que para que la acción de protección sea procedente no deben concurrir las cuatro circunstancias al mismo tiempo, simplemente basta una sola (Cueva Carrión, 2010).

Sobre los actos u omisiones de prestadores de servicios públicos impropios o de interés público, al igual que de los prestadores de servicios públicos por delegación o concesión, ya hemos abordado el tema con detenimiento dentro del apartado 2.4.2 de la presente investigación; razón por la cual, me limitaré a señalar que en este caso la ley señala de forma expresa que las personas naturales o jurídicas del sector privado, pueden ser prestadoras de servicios, sea cualquiera la calidad en la que estén actuado, ora como prestadores de servicios impropios o de interés público, ora como delegatarios, ora como concesionarios, por lo tanto sus actos u omisiones emanados en su calidad de prestadores

de servicios, pueden ser impugnados a través de la acción de protección cuando estos vulneren derechos fundamentales de forma directa.

El literal c), del numeral 4, del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, plantea la posibilidad de impugnar acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando estas hayan provocado daño grave. Respecto al daño grave, en materia de la acción de protección, este se debería entender que se causa al vulnerar derechos, cuando los efectos producidos son grandes, cuantiosos o casi permanentes en el sujeto víctima de la vulneración (Cueva Carrión, 2010). Al respecto, se podría manifestar que el concepto de daño grave, introducido dentro de la ley como una de las circunstancias que se deberían dar para que los actos u omisiones de particulares sean materia impugnable de la acción de protección, parecería padecer de amplia subjetividad y, por lo tanto demostrar la gravedad del daño podría constituirse en una complicación; sin embargo, se podría entender que se podría impugnar el acto u omisión, cuando este haya provocado un daño al derecho, el cual ya no puede ser objeto de restitución, o cuando por las condiciones de la vulneración, ya no sea posible el ejercicio del mismo derecho (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015). En otro sentido, se podría tomar en cuenta que en materia de derechos fundamentales, estos al no poder ser menoscabados bajo ninguna circunstancia, la gravedad se manifestaría únicamente con la certeza del daño, es decir, con que el juez pueda apreciar y evidenciar que ha efectivamente existido una acción u omisión vulneradora de derechos fundamentales (Jaramillo Huicalpi, 2011), por consecuencia, de ser el caso, el juez debería aceptar la acción de protección.

Por otro lado, dentro del literal d), del numeral 4, del artículo 41 de la ley, se menciona que si una persona ha sido afectada por un acto u omisión de un particular, y esta se encuentra en grado de subordinación o indefensión, podría proponer una acción de protección en contra de ese acto u omisión. Al respecto, la subordinación se refiere a la relación entre “(...) *un sujeto que manda y otro que obedece*” (Cueva Carrión, 2010, pág. 173), en relación a una escala jerárquica, en donde el sujeto que se encuentra en nivel superior tiene la facultad de mandar u ordenar, mientras que el sujeto inferior tiene la obligación de obedecer, razón por la cual en torno a esta relación se pueden generar actos u omisiones autoritarismo (Cevallos Zambrano, 2014), que podrían conducir a una vulneración de derechos, frente a los cuáles se podría proponer una acción de protección por parte del afectado. Respecto a la indefensión, esta se manifiesta como la imposibilidad de medios

para que una persona pueda defender sus derechos ante actos u omisiones vulneradoras que provengan, en este caso, de un particular (Cevallos Zambrano, 2014), por lo cual si una persona ha sido víctima de una vulneración de derechos por parte de un particular, y por su condición no dispone de los medios para hacer efectiva su defensa frente al particular, se puede proponer y sería procedente la acción de protección.

Para finalizar, se debe señalar que el numeral 5 del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone que la acción de protección podrá proponerse contra “*todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona*” (2009). Al respecto, simplemente se debe manifestar que tanto las personas privadas, como las autoridades públicas, tienen la obligación de respetar el derecho a la igualdad en cada una de sus actividades (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015), por lo cual si cualquiera de estos, produce actos u omisiones que vulneren este derecho, por cualquier razón y objeto, es procedente que el afectado proponga una acción de protección como mecanismo de impugnación de estos actos u omisiones.

2.5 Procedencia

Para comenzar el análisis sobre la procedencia de la acción de protección, es necesario primeramente hacer una distinción entre lo que se entiende por procedencia y lo que concierne a la admisibilidad, aunque se debe mencionar que dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se trata estos conceptos de forma equivalente, lo cual será analizado más adelante.

Sobre la admisibilidad, esta concierne a las situaciones de forma la acción y al cumplimiento de las exigencias legales que debe reunir una determinada demanda. Mientras que la procedencia trata las eventualidades de fondo, mismas que el órgano jurisdiccional, que conoce una determinada acción, debe estudiar y dilucidar sobre la posibilidad que tiene para resolver, en lo posterior, sobre lo principal de la causa (Quintana, 2016). En otras palabras, el primer concepto, trata del cumplimiento de los requisitos mínimos y presupuestos formales de la acción; y, el segundo, trata de los requisitos de fondo que deben ser reunidos para poder conceder una determinada pretensión.

Dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, específicamente en el artículo 42, el legislador confundió estos conceptos al señalar que en ciertos casos, el juez declarará *inadmisible* la acción y deberá explicar las causas por las que no *procede* la misma. Esta confusión en la redacción de la ley sin duda constituye un craso error por parte del legislador, ya que confunde dos conceptos procesales diferentes. Además, este error se agrava al analizar los distintos casos de improcedencia que señala el referido artículo 42, puesto que, dentro de esta norma se mezclan tanto causales de improcedencia, como causales de inadmisión.

Esta confusión fue solventada por la Corte Constitucional, la cual señala el error del legislador y hace una correcta distinción entre las causales de improcedencia y las causales de inadmisión o inadmisibilidad que se encuentran recogidas dentro del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; señalando que, los numerales 1, 2, 3, 4 y 5, del artículo 42 de la mencionada Ley, constituyen causales de improcedencia, las cuales deben ser resueltas mediante sentencia fundamentada y no mediante auto; y por otro lado, señala que los numerales 6 y 7, son causales de inadmisibilidad y que por lo tanto estas cuestiones si pueden ser resueltas mediante auto (Sentencia No. 102-13-SEP-CC)¹⁴.

Las causales de inadmisibilidad, establecidas en los numerales 6 y 7 del artículo 42, serán estudiadas más adelante; mientras que, a continuación serán analizados los presupuestos de procedencia y las causales de improcedencia de la acción de protección. En este sentido, se debe manifestar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina, por un lado, dentro de su artículo 40, los presupuestos de procedencia; y, como ya se mencionó en el anterior párrafo, dentro del artículo 42 se encuentran establecidas las causales de improcedencia.

Respecto a los presupuestos de procedencia, estos tratan cuestiones de fondo respecto de la causa, las mismas que el accionante debe reunir al momento de presentar la demanda y, que por otro lado, el juzgador en base a estos, elaborará un examen sobre la posibilidad de conceder o rechazar la acción (Quintana, 2016), decisión que de igual manera deberá resolverse en sentencia (Sentencia No. 102-13-SEP-CC). Los presupuestos o requisitos de

¹⁴ Sentencia No. 102-13-SEP-CC. Registro Oficial Segundo Suplemento 161. Publicado el 14 de enero de 2014.

procedencia que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 40, son los siguientes:

- **Violación de un derecho constitucional.-** Según el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de derechos fundamentales. Por esta razón, uno de los presupuestos de procedencia de esta garantía jurisdiccional, es que el accionante debe señalar en su petición la vulneración de un derecho fundamental. Al respecto, Ismael Quintana (2016) manifiesta que sería recomendable que el accionante no solo haga una simple mención y transcripción de los derechos supuestamente vulnerados; sino que además, debería reunir los suficientes fundamentos y argumentos que puedan orientar al juez a percatarse de que efectivamente ha ocurrido una real vulneración de estos derechos, aunque se debería dejar claro que esto no implica que el juzgador no aplique la *regla iura novit curia*.
- **Acción u omisión de autoridad pública o de un particular.-** Con anterioridad, dentro del subcapítulo 2.4 de la presente investigación, fue analizado cuales serían los actos u omisiones que constituirían materia impugnable de la acción de protección; sin embargo, debe manifestarse que en cuanto a los requisitos de procedencia, es preciso que el accionante, señale en su petición de manera clara cuál es el acto u omisión vulnerador de derechos fundamentales, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en concordancia con el numeral 3 del artículo 10 de la misma ley, que establece en cuanto a las Norma Comunes de las Garantías Jurisdiccionales, la obligación de describir el acto u omisión impugnado.

Si bien, la acción de protección es de naturaleza informal, por lo cual el accionante no se encuentra en la obligación de citar normativa o jurisprudencia, si vendría a ser necesario que identifique el acto u omisión a atacar, ya que este elemento permite al juez constitucional delimitar lo que se va a debatir con la acción de protección (Quintana, 2016). Este criterio también ha sido señalado por la Corte Constitucional, mencionando que en materia de garantías es “(...) *ineludible que el recurrente describa el acto u omisión violatorio del derecho de manera clara,*

cierta, específica, pertinente y suficiente sobre el derecho constitucional supuestamente vulnerado.” (Sentencia No. 065-13-SEP-CC)¹⁵.

- **Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.-** Este presupuesto de procedencia trata sobre la necesidad de que el accionante demuestre que no existe otro mecanismo de defensa adecuado para tutelar los derechos vulnerados, lo cual, en el caso de existir, condiciona la procedencia de la acción de protección.

En la actualidad, se plantea un debate al respecto, puesto que este presupuesto de procedencia otorgaría un carácter de subsidiariedad o residualidad a la acción de protección. Sin embargo, esto será analizado con detenimiento dentro del capítulo 2.7 de la presente investigación. Por el momento, cabe mencionar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha mencionado que si bien el accionante no estaría obligado a mencionar expresamente dentro de su petición la no existencia de otros mecanismos judiciales adecuados o eficaces para tutelar sus derechos, el mismo sí se encontraría en la obligación de aportar, en el momento procesal oportuno, la prueba suficiente que demuestre la no existencia de otros mecanismos adecuados o eficaces (Sentencia No. 102-13-SEP-CC). Aunque, este pronunciamiento de la Corte Constitucional, de igual manera sería discutible, ya que correspondería al juez constitucional analizar en su pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de otro mecanismo judicial adecuado o eficaz, y a su vez, basándose en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, sería el accionado el encargado de probar la no existencia de otro mecanismo judicial adecuado o eficaz, en el caso de que se trate de una autoridad pública (Zaidán, 2016).

Una vez analizados los presupuestos de procedencia establecidos dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pasaré a señalar cuales son las causales de improcedencia de la acción de protección. Como ya fue señalado con anterioridad, estas constituyen causas sobre temas de fondo por los cuales la acción de protección no procede, por consecuencia, al tratarse de temas de fondo, estas deben ser

¹⁵ Sentencia No. 065-13-SEP-CC. Registro Oficial Tercer Suplemento 93. Publicado el 2 de octubre de 2013.

resueltas por el juez, luego de su respectivo análisis, en sentencia debidamente fundamentada (Quintana, 2016).

En del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional han sido establecidas las siguientes causales de improcedencia, dentro de los numerales uno, dos, tres, cuatro y cinco:

- **Inexistencia de violación de derechos fundamentales.-** La acción de protección tiene por objeto el amparo de derechos fundamentales, por lógica consecuencia, si del análisis respectivo de la acción propuesta se desprende que el acto u omisión impugnado no es fuente de vulneración de derechos fundamentales, la acción de protección es improcedente (Cueva Carrión, 2010).
- **Impugnación de actos que han sido revocados o extinguidos.-** Como se ha visto anteriormente, mediante la acción de protección se pueden impugnar actos cuando estos sean fuente de vulneración de derechos fundamentales, razón por la cual, si el acto ha sido retirado del ordenamiento jurídico, sea por revocatoria, por anulación, o por declaratoria de lesividad, la acción de protección se torna improcedente (Quintana, 2016), salvo que, del acto revocado o extinto se hayan derivado afectaciones a derechos fundamentales, las cuales sean susceptibles de reparación (Cueva Carrión, 2010).

Si bien, el juez constitucional en su examen de admisibilidad podría determinar que un acto ha sido retirado del ordenamiento jurídico, en el caso de que ese acto hubiere causado daños que deban ser reparados, esto solo podría ser determinarlo luego de la sustanciación de la acción de protección y a través de sentencia motivada (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, pte. II, § 72).

- **Impugnación de la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión.-** Al respecto, se debe insistir en que la proposición de la acción de protección debe darse cuando se intente impugnar un acto u omisión por ser violatorios de derechos fundamentales, ya que ese es su objeto (Cueva Carrión, 2010). Por lo cual, esta acción se vuelve improcedente, si a través de la misma se intentase reclamar que un acto u omisión por es disconforme con el texto constitucional –inconstitucional-, o por ser violatorio de la ley –ilegal- (Quintana, 2016), ya que para esto existen otras vías.

Al respecto, se debe mencionar que el análisis que debe realizar el juez constitucional en este aspecto es en base a los hechos esgrimidos por las partes, que lo harán dilucidar si ha existido una vulneración de derechos fundamentales, o si los hechos solo han conducido a señalar la inconstitucionalidad o ilegalidad de un acto u omisión, razón por la cual esto debe determinarse mediante sentencia motivada (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, pte. II, § 73).

- **El acto pueda ser impugnado por una vía judicial adecuada y eficaz.-** Esta causal guarda relación con el presupuesto de procedencia establecido en el numeral tres del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, mismo que fue analizado con anterioridad. En todo caso, me limitaré a mencionar que según la Corte Constitucional, el accionante es quien debe demostrar en la etapa probatoria la no existencia de otro mecanismo judicial, o que en el caso de existir que este no es eficaz o no es adecuado. Por esta razón, el juez debe esgrimir sobre estos hechos y argumentos, en la sustanciación del proceso, y decidir sobre esto en debida sentencia motivada (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, pte. II, § 74).
- **La pretensión es la declaración de un derecho.-** Se debe tener claro que la acción de protección es de naturaleza tutelar, razón por la cual los derechos objeto de esta acción no son declarados mediante la aceptación de la misma, sino que son tutelados, dado que estos preexisten por lo cual, si el accionante busca reconocer un derecho mediante la acción de protección, esta se vuelve improcedente (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, pte. II, § 75).

Al respecto, vale mencionar que no se debe confundir entre lo que es la positivización de un derecho, con la naturaleza declarativa dentro de un proceso, puesto que una cosa es que un derecho haya sido consagrado previamente en una norma y otra es que en un proceso se declare una situación o un derecho a favor de una de las partes. Tampoco se debe confundir los aspectos antes esgrimidos con la declaración de una violación de un derecho dentro de una sentencia, que es en todo caso la tarea del juez constitucional que conozca una acción de protección. Es así que el juez lo que debe realizar es evidenciar que haya existido una vulneración de un derecho fundamental y de ser el caso ordenar su reparación. (Quintana, 2016).

Por otra parte, la Corte Constitucional ha considerado que el juez debe requerir de la sustanciación del proceso, para así poder formar un criterio al respecto, el cual debe ser dado mediante una debida sentencia motivada (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, pte. II, § 75).

Ahora bien, analizados las causales de improcedencia establecidas dentro de los numerales uno, dos, tres, cuatro y cinco del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se debe mencionar que en los numerales seis y siete, ha sido establecidas dos causales adicionales a las ya analizadas; sin embargo, y como ya se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional se ha pronunciado emitiendo un criterio de que estas no constituirían causales de improcedencia de la acción de protección, sino que son causales de inadmisibilidad, puesto que estas causas pueden ser analizadas y verificadas por el juez constitucional en el examen de admisibilidad, sin que sea necesario sustanciar el proceso, pudiéndose así el juez pronunciarse al respecto mediante auto de admisión o inadmisión (Sentencia No. 102-13-SEP-CC). Las dos causales de inadmisibilidad establecidas son las siguientes:

- **Si se impugnare providencias judiciales.-** La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 94, y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 58, establecieron a la acción extraordinaria de protección como la garantía adecuada para impugnar decisiones judiciales que vulneren derechos fundamentales, por lo que la acción de protección, no podría ser propuesta como vía alternativa de impugnación en estos casos. Además, se debe tomar en cuenta que el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe de forma expresa que la acción de protección podrá ser propuesta *“Cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial”* (2008), por consecuencia, la acción de protección no cabe contra actos u omisiones de autoridad judicial, es decir que tenga facultad jurisdiccional, por consecuencia, no puede ser propuesta contra providencias judiciales (Cueva Carrión, 2010).

Al respecto, se debe tomar en cuenta que, según la Corte Constitucional, de la simple enunciación del acto u omisión que el accionante busca impugnar, el juez podría constatar si se trata de una providencia judicial o no, por lo que podría

inadmitir la acción mediante auto motivado, respecto a esta causal, con la calificación de la demanda (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, pte. II, § 76).

- **Si el acto u omisión emana del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.-** Primeramente, se debe mencionar que, según lo establecido en los artículos 271, 218, 219, 220 y 221, en la actual estructura del Estado ecuatoriano, la Función Electoral se encuentra conformada por dos organismos: El Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, siendo el primero un órgano administrativo y el segundo jurisdiccional.

Teniendo claro esto, se denota que la causal de inadmisibilidad establecida dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto de los actos u omisiones que emanan del Consejo Nacional Electoral, resultaría un tanto amplia y a su vez confusa, puesto que, se estaría impidiendo que actos y omisiones violatorias de derechos fundamentales emanados por autoridad pública no judicial puedan ser impugnados a través de la acción de protección, tomando en cuenta que el Consejo Nacional Electoral es ciertamente un órgano administrativo sin facultad jurisdiccional, es decir, se de autoridad pública no judicial. Por otro lado, se debería tomar en cuenta que la Ley Orgánica Electoral, no ha establecido con claridad y de forma expresa los actos y omisiones que pueden ser objeto o no de control judicial por parte del Tribunal Contencioso Electoral, lo que convierte a esta causal en oscura y ambigua (Quintana, 2016); tomando en cuenta además que, por la forma en la que se encuentra redactada la causal de inadmisibilidad dentro de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al no establecerse nada respecto a la vía adecuada o eficaz, como si lo hace el numeral cuatro del mismo artículo 42 (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015), conllevaría a entenderse que toda acto u omisión emanado del Consejo Nacional Electoral escapa del control de la acción de protección, tomando en cuenta además, que la Corte Constitucional no ha emitido un criterio que aclare esta situación (Quintana, 2016).

La Corte Constitucional únicamente se ha pronunciado en el sentido de establecer que la causal referida es de inadmisibilidad y no de improcedencia, puesto que el juez podría verificar al momento de realizar el examen de inadmisibilidad, si el acto impugnado se tratare de alguno que emane del Consejo Nacional Electoral y pueda

ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, , pte. II, § 77). Sin embargo, como se dejó señalado en líneas anteriores, esto es cuestionable, puesto que no se ha esclarecido en definitiva que actos u omisiones que emanan del Consejo Nacional Electoral podrían ser conocidos por el Tribunal Contencioso Electoral, lo que complicaría la tarea del juez constitucional.

2.6 Requisitos

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no estableció requisitos formales propios para la presentación de la demanda de acción de protección, razón por la cual, los requisitos que deben satisfacerse al momento de proponer esta acción son los establecidos dentro del artículo 10 de la mencionada ley, que corresponde a las normas comunes para las Garantías Jurisdiccionales.

En este contexto, quien proponga una acción de protección debe satisfacer y hacer constar los siguientes requisitos:

- **Nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fueren las mismas personas, los nombres y apellidos de la persona o personas afectadas.-** Se debe tener en cuenta que, según las reglas de la legitimación activa establecidas en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección puede ser propuesta por cualquier persona, pueblo, nacionalidad o colectivo, e incluso por terceros en representación del afectado. Por esta razón, al momento de proponer la acción de protección es recomendable hacer constar los nombres y apellidos tanto del accionante, como del afectado en el caso de que no fuere el mismo, haciendo la debida distinción entre las calidades de cada persona, e incluso, si se tratase de la misma persona, se debería hacer constar que propone la acción de protección como accionante y afectado. Lo referido es aconsejable puesto que, se debe tomar en cuenta que los efectos de la sentencia de acción de protección son *inter partes*, lo que implica que los efectos de la misma afectarán solo a las personas que la proponen (Quintana, 2016).
- **Datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano afectado.-** De igual manera, el accionante debe precisar los nombres o datos que le

permitan hacer conocer al juez cual es la persona, entidad u órgano accionado. Esto es de importancia puesto que, permitirá correr traslado con el contenido de la demanda y además garantiza que el accionado pueda ejercer su derecho a la defensa. Además debe tomarse en cuenta que, de aceptarse una acción de protección, el juez no sólo que declarará una vulneración de derechos y ordenará su reparación integral; sino que, deberá especificar e individualizar las distintas obligaciones y condiciones que deben ser cumplidas por el accionado (Quintana, 2016)..

- **La descripción del acto u omisión impugnado.-** El accionante, por otra parte, tiene la obligación de señalar el acto u omisión que presuntamente constituye la fuente de vulneración de derechos fundamentales y, de ser posible, debería hacer constar una descripción de los hechos. Si bien, el accionante no está obligado a citar norma o jurisprudencia alguna, se debe dejar claro que esto no quiere decir que se pueda pasar por alto el requisito de, al menos, describir el acto u omisión que pretende impugnarse; y, en todo caso, si el accionante no pudiese señalar con exactitud cual es el acto u omisión que impugna, al menos debería describir detalladamente los hechos y fundamentos de su impugnación, para que así el juez pueda dilucidar sobre los actos u omisiones de los cuales se tratan y así comprobar si ha existido o no una vulneración de derechos (Quintana, 2016). En este aspecto, Cevallos Zambrano (2014) menciona, que este requisito al menos comprendería un relato de los hechos relacionados con la vulneración de derechos, lo cual permita conocer el o los derechos vulnerados, y a su vez, el accionante debería señalar lo que pretende con la proposición de la acción de protección.
- **Lugar donde se le puede hacer conocer sobre la acción propuesta a la persona o entidad accionada.-** Este requisito plantea la necesidad de que el accionante haga constar en su petición el lugar donde se le puede citar a la persona o entidad accionada, lo cual tiene varias finalidades como: Poder continuar con la tramitación de la causa, hacer cumplir con la debida citación para que se pueda celebrar la respectiva audiencia, hacer a la acción rápida y eficaz respecto al tiempo de la citación y de las notificaciones (Cevallos Zambrano, 2014).
- **Lugar de notificaciones de la persona accionante y de la persona afectada.-** El accionante, debe señalar el lugar donde se les ha de notificar a él y a la persona

afectada, si no fuesen la misma persona; y, en el caso de serlo, obviamente sería necesario solo señalar un lugar de notificaciones (Quintana, 2016). El lugar de notificaciones, bien podría ser un casillero judicial o constitucional, ya que es el medio más conocido en el ámbito jurisdiccional (Cevallos Zambrano, 2014).

- **Declaración de que no se ha propuesto otra garantía jurisdiccional constitucional por los mismo actos u omisiones, contra el mismo legitimado pasivo y con la misma pretensión.-** Según el numeral seis del artículo 8, en concordancia con el artículo 23, ambos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, una misma persona no puede presentar más de una demanda de vulneración de derechos fundamentales por los mismos hechos, contra las mismas personas y con la misma pretensión, puesto que de hacerlo se estaría incurriendo en abuso del derecho. Por lo cual, el legislador estableció como requisito que el accionante de una garantía jurisdiccional, en su petición, declare que no ha presentado otra demanda por los mismos hechos, contra las mismas personas y con la misma pretensión, ahora bien, este requisito también podría ser subsanado en la audiencia (Quintana, 2016).

Por otra parte, se debe tener claro que, a diferencia de lo que ocurría con la anterior acción de amparo establecida en la Constitución de 1998, para cumplir con este requisito no es necesario que el accionante declare bajo juramento esta circunstancia, sino que basta con una simple declaración (Cevallos Zambrano, 2014).

- **Si se creyere oportuno, se debe presentar la solicitud de medidas cautelares.-** Las medidas cautelares pueden presentarse de forma individual o conjuntamente con cualquiera de las garantías jurisdiccionales, a excepción de la acción extraordinaria de protección. En consecuencia, si el accionante considerare oportuno, debería solicitar las medidas cautelares pertinentes de forma conjunta, al momento de proponer la acción de protección; puesto que, de otorgarse las medidas cautelares, esta decisión debe incluirse en el auto de admisión de la garantía jurisdiccional (Quintana, 2016).
- **En los casos en los que no se invierte la carga de la prueba, el accionante debe presentar los elementos probatorios que demuestren la existencia del acto u omisión que se considere fuente de vulneración de derechos fundamentales.-**

Se debe tener claro que según las normas establecidas en el numeral tres, del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador y, en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el accionante no está obligado a probar sus hechos y estos serán presumidos ciertos en los casos en que el accionado sea una entidad pública, o cuando el accionado sea un particular y se discuta sobre vulneración de derechos por discriminación o violaciones de derechos del ambiente o de la naturaleza, lo que denota una inversión de la carga de la prueba en los casos señalados, razón por la cual, los accionantes en estos casos no se encontrarían en la obligación de presentar elementos probatorios (Quintana, 2016). Sin embargo, en los demás casos, es necesario que el accionante presente, al momento de proponer la acción, los suficientes elementos probatorios que demuestren la existencia del daño ocasionado por la acción u omisión, es decir que se demuestre la vulneración de derechos fundamentales (Cevallos Zambrano, 2014).

Al respecto, un aspecto que merece un estudio más detallado, es la redacción del último inciso del artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puesto que al establecer que *“Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada (...)”* (2009), involucraría que la exigencia para la entidad pública podría ser que demuestre lo contrario, o que solo suministre información, para que así no sea invertida la carga de la prueba en su contra, de esta forma, se estaría otorgando una misma consecuencia a esta dos posibilidades. Esto es controvertido, puesto que estas posibilidades no podrían tener una misma consecuencia, ya que el accionado podría evitar la inversión de la carga de la prueba únicamente presentando información y sin que se logre probar lo contrario. En este sentido la única interpretación válida, según lo dispuesto en el artículo 86 numeral tres de la Constitución, sería que la carga de la prueba se invierte en todos los casos en los que accionado es una entidad pública o un particular al cual se le acusa de actos discriminatorios o de violaciones a los derechos del ambiente y la naturaleza. Lo que conlleva a que la inversión de la carga de la prueba prácticamente se convierta en una generalidad y no una excepción (Porrás Velasco, 2011).

Si bien, la inversión de la carga probatoria en contra del accionado involucra que no sea un requisito para el accionante aportar prueba conjuntamente con su demanda, no se debe desconocer que se vuelve recomendable y en un sentido más estricto, casi necesario, que el accionante si aporte prueba suficiente que busque acreditar la existencia de la vulneración de derechos al momento de proponer su demanda de acción de protección; puesto que, el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, establece como momentos procesales oportunos para demostrar el daño, únicamente en la demanda o en la audiencia; esto, sin perjuicio de que en la misma audiencia, una vez ya conocida el aporte probatorio de la contraparte, el accionante pueda anunciar nueva prueba y así derivar en la suspensión de la audiencia.

Para finalizar, se debe tener claro que en el caso de que la petición o demanda no reune los requisitos mencionados, el juez debe disponer que se complete en el término de tres días; y, si transcurrido este término la demanda no ha sido completada, y del relato de los hechos se desprendiere una vulneración de derechos, el juez debería tramitarla y subsanar la omisión de requisitos que estén a su alcance. Si bien, se debe tomar en cuenta que se considera a la inadmisión de la acción de protección como la última alternativa a ser tomada por el juez (Sentencia No. 102-13-SEP-CC), se debe tener claro que so pretexto de esta regla el juez no podría entrar a resolver o indagar más allá de lo solicitado por el accionante, por lo que únicamente debería subsanar lo que esté a su alcance, y no entrar a dilucidar sobre otros hechos, pruebas, actos u omisiones que no hubieren sido señalados; puesto que, de hacerlo, el juez podría estar vulnerando derechos de la parte contraria, o incluso estaríamos hablando de un juez que vería afectada su parcialidad, convirtiéndose en juez y parte en estos casos, lo cual no sería aceptable (Quintana, 2016).

2.7 Subsidiariedad

El legislador ecuatoriano, al incorporar el presupuesto de procedencia establecido en el numeral tres del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, y a su vez, la causal de improcedencia contemplada en el numeral cuatro del artículo 42 de la misma ley, que tratan sobre la obligación que tendría el accionante de demostrar la no existencia de otra vía adecuada o eficaz al momento de proponer una acción de protección, plantearon la

discusión sobre el carácter subsidiario que con esa regulación se estaría otorgando a la acción de protección¹⁶.

Ahora bien, para dilucidar sobre esta cuestión, primeramente es necesario señalar lo que se entiende por residualidad; y, a su vez, que se entiende por subsidiariedad. El concepto de residualidad involucra que el accionante tiene la obligación de agotar previamente todas las vías judiciales, para que pueda proponer la nueva acción (Quintana, 2016). Por otra parte, a una acción se la considera subsidiaria cuando el accionante, solamente puede acudir a ella en el caso de que el ordenamiento jurídico no prevea otro mecanismo judicial, que permita solventar el vicio que emana de un determinado acto u omisión, en consecuencia este tipo de acción es excluyente; puesto que, si bien, el accionante para impugnar un determinado acto u omisión puede tener varios mecanismo judiciales, frente a un determinado vicio del acto u omisión a impugnar, solamente procedería la acción subsidiaria (Guerrero del Pozo, 2014).

En el marco de la regulación de nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se exige que previo a la proposición y procedencia de una acción de protección se hayan agotado todas las vías judiciales posibles, por lo que queda claro que la acción de protección no tiene carácter residual. Sin embargo, la ley al incorporar tanto el requisito del numeral 3 del artículo 40, como la causal de improcedencia establecida en el numeral 4 del artículo 42, encuadrarían a la acción de protección como subsidiaria, puesto que para proponerla se debería *“acreditar la inexistencia de otro mecanismo judicial ordinario de impugnación”* (Zaidán, 2012, pág. 123).

Ahora bien, el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador señala que todo acto de cualquier autoridad del Estado puede ser impugnado por la vía judicial y administrativa. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el examen a realizar en cuanto a la acción de protección va más allá de verificar si existen o no medios de impugnación de un determinado acto dentro del ordenamiento jurídico, sino que, se debería analizar si

¹⁶ Al respecto, vale mencionar que la Constitución de la República del Ecuador al momento de regular la acción de protección no estableció las condiciones y requisitos señalados, los cuales fueron introducidos con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que estas disposiciones irían en contra del numeral 4, del artículo 11 de la Constitución del 2008 que señala *“ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”*.

alguno de esos medios de impugnación son adecuados o eficaces para impugnar el vicio del cual se alega adolece un determinado acto. En consecuencia, en el caso de determinarse que no existe otro mecanismo judicial adecuado o eficaz para conocer y resolver sobre ese vicio, se podría acceder a la acción subsidiaria, aun cuando existiesen otros mecanismo judiciales de impugnación del acto (Guerrero del Pozo, 2014). En el caso de la acción de protección, debe entenderse que el vicio a impugnarse siempre será la vulneración de derechos fundamentales, al ser este el objeto de esta garantía jurisdiccional.

Se debe tener en cuenta que en un primer momento, el accionante es quien debe verificar y demostrar la existencia o no de otro mecanismo judicial adecuado o eficaz. Al respecto, el accionante podría señalar que, si bien un acto puede ser impugnado por la vía administrativa o judicial, estas vías se tornarían en adecuadas y eficaces para resolver únicamente cuestiones de legalidad (Quintana, 2016), mientras que, si del mismo acto o de la ejecución de este se desprende una vulneración de derechos fundamentales, procedería la impugnación del acto mediante la acción de protección, puesto que, este el mecanismo que busca el amparo directo y eficaz de los derechos fundamentales. Además, el accionante para acreditar la no existencia de otros mecanismos adecuados o eficaces, podría basarse en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual se convertiría en el referente que tiene el juez constitucional al respecto (Zaidán, Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador, 2012).

Dentro de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se entiende por adecuado a el que mecanismo sea idóneo para tutelar la situación jurídica infringida, puesto que si bien, en los ordenamientos jurídicos pueden existir múltiples recursos, no todos son aplicables a todas las circunstancias. Por otro lado, en cuanto a la eficacia se menciona que, un mecanismo judicial es eficaz cuando puede de producir los resultados para los que ha sido concebido, tomando en cuenta que no debe verse sujeto a formalidades o exigencia que lo puedan volver demoroso, inaplicable, o sin capacidad de cumplimiento (Sentencia de Fondo: Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988).

Por último, cabe mencionar que, si el accionante ha omitido demostrar la no existencia de otras vías judiciales adecuadas y efectivas, el juez constitucional, tomando en cuenta la regla *iura novit curia*, podría subsanar esto y constatar la no existencia de otra acción u otro recurso judicial adecuado y eficaz y así declarar la procedencia de la acción de protección (Zaidán, Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador, 2012).

En conclusión, si bien la regulación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es discutible, no cabe duda que esta ha otorgado el carácter de subsidiaria a la acción de protección. Puesto que, si bien determinados vicios de ciertos actos pueden ventilarse en la justicia ordinaria, la vía adecuada para conocer y resolver sobre una vulneración de derechos fundamentales es la acción de protección. Es así que, dentro de la sustanciación de esta garantía jurisdiccional se debe demostrar esta inexistencia de otro mecanismo adecuado y eficaz dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, que sirva para impugnar actos u omisiones de autoridad pública o particular, o políticas públicas, cuando estos hayan vulnerado derechos fundamentales.

2.8 La acción de protección en el derecho comparado

La acción de protección es el nombre que le ha otorgado la Constitución de la República del Ecuador del 2008 a la institución jurídica conocida generalmente dentro del derecho comparado, como recurso, juicio, acción o derecho de amparo, según la denominación que le otorgue la normativa de cada país (Cevallos Zambrano, 2014). Al respecto se debe considerar que el mecanismo del amparo, independientemente de la denominación que le otorgue cada legislación, comparte una misma naturaleza, que es la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales (Ferrer Mac-Gregor, 2006).

Dentro de la región, los primeros antecedentes de la institución del amparo se remontan al México del siglo XIX (Ferrer Mac-Gregor, 2006), razón por la cual empezaré revisando la forma en la que actualmente se regula el juicio de amparo en México. Sin embargo, por el objeto principal de esta investigación, me limitaré a señalar aspectos puntuales que puedan ayudar al esclarecimiento de la procedencia de la acción de protección contra políticas públicas en el Ecuador.

El juicio de amparo se encuentra reconocido dentro de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁷, además de encontrarse regulado

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. Publicada el 5 de febrero de 1917. Última reforma: 15 de agosto de 2016.

de forma infraconstitucional dentro de la Ley de Amparo¹⁸. Al respecto, se debe rescatar que la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé dentro del objeto del juicio de amparo la posibilidad de resolver controversias que se susciten por normas generales, cuando estas violen derechos humanos y garantías constitucionales, (Art. 1), ante lo cual, en estos casos, el juez competente tiene la facultad de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esa norma (Art. 78), lo cual difiere de la regulación de la acción de protección ecuatoriana. Sin embargo, se debe señalar que el ordenamiento jurídico mexicano prevé que la sentencia, en los casos señalados, tenga únicamente efectos *inter partes*, ya que la competencia que tiene el juez constitucional en estos casos es únicamente inaplicar esas normas generales para el accionante (Art. 78). Ahora bien, en el caso de que la declaratoria de inconstitucionalidad sea reiterada en otros juicios de amparo, lo procedente sería que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, efectúe la declaratoria general de inconstitucionalidad (Arts. 231 y 232) (Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013).

Lo mencionado tiene relevancia para la presente investigación, puesto que como ha sido revisado con anterioridad, dentro de los capítulos 1 y 2, las políticas públicas constituyen una serie de actos de distinta naturaleza, pudiendo ser materializadas incluso en actos normativos o actos administrativos de efectos generales. Lo cual, por la forma en la que se encuentra regulada la acción de protección, traería consigo la imposibilidad de que se dé la procedencia de esta garantía jurisdiccional como mecanismo de impugnación de políticas públicas. En consecuencia, la regulación del juicio de amparo mexicano podría abrir una posibilidad en cuanto a comprender como podría proceder la acción de protección contra políticas públicas, lo cual será analizado dentro del tercer capítulo de esta investigación.

Por otra parte, considero relevante revisar la denominada acción de tutela colombiana, la cual se encuentra establecida en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia,¹⁹ y tiene por objeto la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, cuando estos se encuentren vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier

¹⁸ Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. Publicada el 2 de abril de 2013. Última reforma: 17 de junio de 2016.

¹⁹ Gaceta Constitucional número 114 del domingo 4 de julio de 1991

autoridad pública. Ahora bien, se podría mencionar que la regulación de la acción de tutela colombiana, no traería consigo algún aporte relevante para esta investigación, ya que del texto constitucional se desprende que esta acción guarda todas las características tradicionales de la institución del amparo. Sin embargo, lo que es importante destacar al respecto, es el rol que ha tenido la Corte Constitucional Colombiana al momento de conocer y resolver acciones de tutela.

Al respecto, se debe mencionar que, la Corte Constitucional Colombiana se ha caracterizado por tener un rol plenamente identificado con un activismo judicial progresista (Saffon & García Villegas, 2011). Como resultado de esto, los jueces constitucionales a través de sus sentencias respecto a la acción de tutela, han llegado a convertirse en una especie de actores o gestores de políticas públicas²⁰, con la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos (Heno Pérez, 2013), lo cual ciertamente ha sido criticado puesto que, se debería tomar en cuenta que el juez constitucional se ubica fuera de la esfera de creación y planificación de políticas públicas y su rol se enfocaría únicamente en ser un mecanismo de control (Sierra Cadena, 2009), por lo cual su injerencia en la toma de estas decisiones carecería de sustento democrático, además que se debe manifestar la falta de idoneidad y competencia que tendría la autoridad judicial (Heno Pérez, 2013). Sin embargo, el rol adoptado por la Corte Constitucional Colombiana, de igual manera, tiene relevancia para el objeto de estudio de esta investigación, puesto que, se convierte en un referente a analizar, con el objetivo de poder determinar cuál sería el rol que podría adoptar el juez constitucional ecuatoriano al momento de resolver una acción de protección frente a políticas públicas.

Por otra parte, se puede considerar como otros referentes dentro de la región a la acción de amparo, reconocida dentro del artículo 43 de la Constitución de la República Argentina, o al denominado recurso de protección chileno, el cuál se encuentra consagrado dentro del artículo 20 de la Constitución de la República de Chile (Cevallos Zambrano, 2014). Sin embargo, considero que no sería necesario ahondar más en el análisis, puesto que las acciones señaladas, recogen la naturaleza de la institución jurídica conocida como amparo,

²⁰ Al respecto, se pueden revisar las sentencias T-153 de 1998, T-025 de 2004; y, T-760 de 2008, expedidas por la Corte Constitucional de Colombia.

que ya ha sido estudiada con anterioridad, esto es, la tutela de derechos y garantías vulnerados por actos u omisiones, a través de un mecanismo judicial eficaz.

Por último cabe mencionar que dentro de la región, no existe disposición expresa alguna que señale que las acciones o recursos de amparo o tutela, pueden proponerse o interponerse en contra de políticas públicas, lo cual es una novedad del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

CAPÍTULO 3: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A POLÍTICAS PÚBLICAS

Como fue revisado dentro del capítulo segundo de la presente investigación, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de derechos fundamentales, pudiendo ser propuestas frente a vulneraciones de derechos que provengan de distintos actores públicos y privados (Quintana, 2016). Dentro de este contexto, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha estipulado la posibilidad de que la acción de protección pueda también ser propuesta como mecanismo de impugnación de políticas públicas.

Este último capítulo, tiene como finalidad analizar, la forma en que la acción de protección puede ser propuesta frente a políticas públicas, y cómo los jueces constitucionales deberían actuar en estos casos. Para lo cual, se tomará en cuenta lo esgrimido en el primer capítulo de la presente investigación sobre la naturaleza de las políticas públicas y la forma en la que se entiende a estas dentro del contexto ecuatoriano, compaginándolo con la naturaleza de la acción de protección, lo cual fue analizado dentro del capítulo segundo de esta investigación. Esto permitirá, en el presente capítulo, ir resolviendo inquietudes y extraer conclusiones sobre cuál es el verdadero alcance que tiene la acción de protección como mecanismo de impugnación de políticas públicas.

3.1 Procedencia de la acción de protección

La procedencia de la acción de protección, se encuentra condicionada a que el accionante reúna varios requisitos o presupuestos de procedencia al momento de presentar su demanda, y que por otro lado, se percate de que su acción no se encuentre inmersa en alguna de las causales de improcedencia. Al respecto, es necesario primeramente analizar

si al momento de proponer una acción de protección frente a políticas públicas, el accionante puede cumplir con los presupuestos de procedencia, establecidos dentro del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y por otra parte, si se logra evadir las causales de improcedencia, las cuáles se encuentran señaladas dentro de los numerales del uno al cinco del artículo 42 del mismo cuerpo legal.

Como fue señalado en el subcapítulo 2.5 de esta investigación, los presupuestos de procedencia de la acción de protección, son los siguientes: 1.- vulneración de un derecho fundamental; 2.- acción u omisión de autoridad pública o de un particular; y, 3.- inexistencia de otro mecanismo judicial adecuado y eficaz.

Sobre el primer y tercer requisito, al momento de proponer una acción de protección en contra de una política pública, el accionante no tendría mayor dificultad puesto que, debería adecuar su petición de conformidad con las reglas generales de la acción de protección. Es decir, bastaría con que el accionante señale el o los derechos presuntamente vulnerados y fundamente en su petición los argumentos por los que considera que ha ocurrido esa supuesta violación, para cumplir con el primer requisito (Quintana, 2016). Mientras que para el segundo presupuesto, debería mencionar dentro de su petición la no existencia de otro mecanismo judicial adecuado y eficaz, o podría demostrar esto en el momento procesal oportuno (Sentencia No. 102-13-SEP-CC).

Sin embargo, la complicación para el accionante vendría al momento de intentar cumplir con el segundo presupuesto de procedencia, ya que se volvería necesario que este señale los actos u omisiones que intenta impugnar (Quintana, 2016). La dificultad en específico queda enmarcada cuando se toma en cuenta que las políticas públicas son un conjunto de decisiones, acciones y actos, que son dadas por diferentes actores públicos (Subirats et al., 2012); entonces, si se intentará impugnar una política pública, ¿bastaría con que el accionante señale la política pública, o se vuelve imprescindible que sean señalados en concreto los actos u omisiones parte de esa política pública de los cuáles proviene la supuesta vulneración de derechos fundamentales? Encontrar una solución al respecto no se torna una tarea fácil, tomando en cuenta que además no ha existido un pronunciamiento claro del órgano que debería dirimir estas cuestiones, es decir la Corte Constitucional.

Sobre este tema, se deberían tener en cuenta las consideraciones expuestas a continuación. Si el accionante al momento de proponer su acción de protección contra una política

pública, únicamente señalase que la materia que intenta impugnarse es esa política pública en su totalidad, nos encontraríamos con el obstáculo de que la acción, en este caso, no tendría una materia impugnable precisa y clara, ya que la impugnación estaría dispersa entre los varios actos que conforman la política pública, lo cual traería una complicación, puesto que cumplir con el segundo presupuesto de procedencia, permite al juez constitucional delimitar sobre lo que se va a debatir con la acción de protección (Quintana, 2016). Por otra parte, una segunda dificultad se presenta, al momento de considerar que los actos que podrían conformar una política pública, pudiesen ser de distinta naturaleza, incluso, ser actos normativos o de efectos generales. Como fue analizado dentro del apartado 2.4.1.2 de la presente investigación, la impugnación de este tipo de actos mediante la acción de protección, trae consigo varias dificultades, puesto que primeramente existiría otra vía constitucional adecuada para impugnar estos actos, como lo es la acción de inconstitucionalidad, además que el juez competente para conocer la acción de protección, no tendría competencia para dejar sin efecto este tipo de actos, y se debe manifestar que en el caso de que el juez decidiera dejar sin efecto un acto de efectos generales, esto podría traer consigo una nueva vulneración de derechos para terceros ajenos a esa acción de protección.

Lo dicho trae consigo complicaciones para el juez constitucional, al momento de declarar la procedencia o improcedencia de la acción de protección. El juez, podría manifestar la carencia de competencia para resolver sobre actos normativos o administrativos de efectos generales, o incluso, pudiese darse el caso de que el mismo juez alegue que no han sido señalados en concreto los actos u omisiones a impugnarse, aunque se debe dejar en claro que esto pudiese ser subsanado por el mismo, tomando en cuenta la regla *iura novit curia*.

Por lo manifestado, es claro que la impugnación de políticas públicas trae consigo dificultades en cuanto a la materia impugnable, lo cual traerá complicaciones tanto para el accionante como para el juez, respecto al presupuesto de procedencia establecido en el numeral segundo del artículo 40. Para intentar dar una solución a estos inconvenientes, Ismael Quintana brinda (2016), considera oportuno tomar en cuenta que la política pública al materializarse mediante varios actos, el accionante, debería puntualizar con claridad cuáles son los actos u omisiones que intenta impugnar, y en el caso de que intentase impugnar actos normativos o administrativos de efectos generales, el debería hacerlo a través de la acción de inconstitucionalidad. Lo cual vendría a ser discutible, ya que bajo

ese argumento, no tendría sentido haber establecido la impugnación de políticas públicas a través de la acción de protección, por lo tanto las normas al respecto caerían en desuso.

En todo caso, sobre la materia impugnable, volveré a abordar con mayor profundidad, más adelante.

Por otra parte, en cuanto a las causales de improcedencia, estas se encuentran establecidas dentro de los numerales uno, dos, tres, cuatro y cinco del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, aunque se debe considerar que dentro de este artículo, también se encuentran incluidas causales de inadmisibilidad, dentro de los numerales seis y siete (Sentencia No. 102-13-SEP-CC). Sin embargo, para efectos del presente análisis, trataremos indistintamente todas las causales establecidas en el artículo 42, para poder dilucidar sobre si al momento de proponer una acción de protección contra una política pública, el accionante puede superar o no estas causales. Las causales establecidas en el artículo 42, son las siguientes:

- 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.*
- 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.*
- 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.*
- 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.*
- 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.*
- 6. Cuando se trate de providencias judiciales.*
- 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).*

Se debe mencionar que en un primer momento, el no incurrir en alguna de estas causales no traería ninguna complicación adicional para el accionante al momento de proponer una acción de protección en contra de una política pública; razón por la cual, y como este tema ya fue anteriormente analizado dentro del subcapítulo 2.5 de la presente investigación, simplemente me limitaré a señalar de forma breve, como el accionante podría superar cada una de estas causales.

Respecto al numeral primero, el accionante debe percatarse que de los actos que intentan impugnarse, efectivamente se desprenda una violación real y directa de derechos fundamentales, ya que en el caso de no existir aquello, el juez declarará la improcedencia de la acción (Cueva Carrión, 2010).

El numeral segundo, conlleva a que si el acto impugnado o la política pública en su totalidad, han sido retirados del ordenamiento jurídico, la proposición de la acción de protección se torna improcedente, razón por la cual el accionante debe asegurarse que el acto o la política pública sigan teniendo vida jurídica (Quintana, 2016), a menos que el accionante busque mediante la proposición de la acción de protección, la reparación integral de los daños producto de ese acto o de la política pública, lo cual deberá analizarlo el juez (Cueva Carrión, 2010). En este punto, únicamente es necesario mencionar que el accionante y el juez podrían encontrarse con la misma dificultad mencionada anteriormente, ya que cabe realizar el cuestionamiento de si sería necesario que se señale en específico el acto u omisión, o simplemente se podría señalar toda la política pública vulneradora de derechos fundamentales, para efectos de requerir la reparación integral.

La tercera causal impide que el accionante busque la impugnación de un acto por ser inconstitucional o ilegal, ya que el objeto de la acción de protección es amparar a las personas sobre violaciones de derechos constitucionales, al respecto, el accionante debe, al menos en breves rasgos, esgrimir sobre las razones que sirven de fundamento para argumentar la supuesta vulneración de derechos que emanan de los actos que conforman la política pública, ya que esto servirá para el análisis de fondo que debe realizar el juez (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, 2013).

El numeral cuarto, obliga al accionante a demostrar en la etapa probatoria la no existencia de otro mecanismo judicial y eficaz para impugnar una política pública por ser vulneradora de derechos fundamentales (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, 2013).

Respecto a la causal quinta, el accionante no puede pretender la declaración de un derecho, puesto que el juez, mediante una acción de protección, al ser de naturaleza tutelar, únicamente se debe evidenciar y comprobar que haya existido una vulneración de un derecho fundamental, en este caso, producto de la política pública y, de ser el caso ordenar su reparación integral (Quintana, 2016).

Respecto al numeral sexto, el accionante, al momento de impugnar una política pública no tendría mayor dificultad al respecto, ya que si bien las políticas públicas son compuestas por varios tipos de actos, dentro de esta tipología no se encuentran las providencias judiciales, ya que las mismas si bien podrían adaptarse al criterio de una política pública o servirían de fundamento para la creación de una política pública, no la constituyen como tal, ya que los organismos que emiten políticas públicas no son autoridades judiciales.

Por último, respecto a la causal séptima, esta tampoco constituiría complicación para el proponente de una acción de protección contra políticas públicas, puesto que, se debe tomar en consideración que en el Ecuador los órganos encargados de emitir políticas públicas son: la Función Ejecutiva, según el artículo 141 de la Constitución de la República del Ecuador, los Consejos Nacionales de Igualdad, según el artículo 156 ibídem, la Función de Transparencia y Control Social, de conformidad con el numeral 1, del artículo 206 ídem; y, en el ámbito seccional, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, según el artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización²¹, razón por la cual, el accionante al momento de impugnar una política pública mediante la acción de protección, no podría incurrir en esta causal de inadmisibilidad.

Como fue señalado en párrafos anteriores, la mayor complicación que tendría el accionante al momento de proponer una acción de protección frente a una política pública, sería en cuanto a la materia impugnada, puesto que no se torna una tarea fácil determinar con claridad cuáles son los actos u omisiones parte de esa política pública que podría impugnar mediante esta garantía jurisdiccional, o si, únicamente bastaría con señalar la política pública en su totalidad, esto con la finalidad de dar cumplimiento con el segundo

²¹ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Registro Oficial Suplemento 303. Publicado el 19 de octubre de 2010.

presupuesto de procedencia establecido en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

3.1.1 Los conceptos de privación del goce o ejercicio de los derechos y el principio de progresividad

En virtud de lo analizado en el anterior apartado, se puede esclarecer que la complicación principal tanto para jueces como para el accionante de una acción de protección contra una política pública, es en cuanto a dilucidar que conforma la materia impugnada en estos casos. Sin embargo, cabe analizar otros cuestionamientos al respecto, primeramente, si bien se tendría claro que la acción de protección puede proponerse con el objetivo de buscar el amparo directo y eficaz frente a vulneraciones de derechos humanos y constitucionales, que emanen de distintos actos u omisiones, provenientes de una autoridad pública no judicial o incluso de particulares, tanto el constituyente como el legislador, dentro del artículo 88 de la Constitución y dentro del numeral dos del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, han establecido que frente a políticas públicas, la acción de protección, puede proponerse y será procedente, cuando la política pública “*conlleve la privación del goce o ejercicio*” de derechos fundamentales y garantías.

Por otra parte, la Constitución ecuatoriana, dentro del numeral ocho del artículo 11, establece que el contenido de los derechos deberá desarrollarse de forma progresiva a través de las políticas públicas; por lo cual, se podría deducir que si una política pública va en contra de este principio de progresividad de los derechos, también se podría proponer y sería procedente una acción de protección en contra de esa política pública.

Por lo mencionado, se vuelve necesario resolver estos cuestionamientos, en cuanto a la procedencia de la acción de protección contra una política pública. Para aclarar esto, se analizarán cómo se entienden y complementan por una parte, el concepto de la privación del goce o ejercicio de derechos fundamentales; y, por otra, la forma de entenderse del principio de progresividad de los derechos.

La Constitución ecuatoriana, dentro del numeral uno del artículo 85, prescribe que la formulación e implementación de políticas públicas, serán orientadas a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos. En otras palabras, las políticas públicas, al ser concebidas

como garantías constitucionales, tienen como objetivo dar cumplimiento a todos los derechos fundamentales. En ese contexto, la misma Carta Magna, en el numeral dos del mismo artículo 85, prevé que en el caso de que los efectos de la ejecución de las políticas públicas vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política pública podrá reformularse o se deberán adoptar medidas al respecto. La norma establecida en el numeral segundo del artículo 85 de la Constitución, podría ser considerada como el fundamento para establecer la regulación de la acción de protección en contra de políticas públicas, ya que de esa norma constitucional, se entiende que en el caso de que la política pública vulnere derechos fundamentales esta podrá ser corregida, y precisamente la acción de protección es el mecanismo judicial adecuado para corregir una vulneración de derechos que provengan de una política pública (Zavala Egas et al., 2012). Si bien, tanto el constituyente como el legislador establecieron expresamente que la acción de protección podrá proponerse cuando la política pública conlleve *la privación del goce o ejercicio de derechos fundamentales*, debe entenderse que los conceptos de *privación del goce o ejercicio* son sinónimos del concepto de *vulneración* por lo que no cabe hacer diferenciación al respecto. Podría incluso criticarse la forma en la que se estableció la normativa de la acción de protección en estos casos, ya que al utilizar la expresión *privación del goce o ejercicio de derechos*, en lugar de *vulneración de derechos*, que se mantiene por regla general, podría incluso llevar a confusión en la práctica, al momento de decidir sobre la procedencia de una acción de protección.

Por otra parte, se debe considerar que las políticas públicas garantizan la faceta programática de la Constitución, siendo estas, procesos complejos que diseñan acciones con el fin de ejecutar los mecanismos más adecuados para hacer efectivos los derechos fundamentales (Zavala Egas et al., 2012), los mismos, que a su vez, deben desarrollarse de forma progresiva, por lo que a su vez, las políticas públicas, deben tener un contenido progresivo en relación al desarrollo de los derechos fundamentales, según lo dispone el numeral ocho del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana. Al respecto, el principio de progresividad lo que busca es que los derechos se desarrollen paulatinamente de tal forma que se vayan reduciendo las brechas de desigualdad y marginación social (Fajardo Glauser, 2007).

A pesar de esto, se debe tomar en consideración que una política pública puede ser desarrollada con la finalidad de ir reduciendo ciertas brechas de desigualdad, entre

determinados grupos, lo que en un principio podría entenderse como el cumplimiento del principio de progresividad. Sin embargo, podría darse el caso de que una política pública, a pesar de aparentar un desarrollo progresivo de derechos, por otro lado podría encontrarse vulnerando derechos fundamentales de otras persona o grupo de personas, que no estaban comprendidas como parte de la política pública. Por lo que, en estos casos cabría el análisis sobre si en efecto la política pública se encuentra o no vulnerando derechos fundamentales, lo cual en el caso de ser así, cabría la proposición y sería procedente una acción de protección en contra de esa política pública. Al respecto, Zavala Egas (2012) plantea el siguiente ejemplo: Una política pública diseñada para reinsertar en la producción al sector pesquero artesanal, que usa como medio el prohibir la actividad del sector pesquero industrial. El autor plantea que en este caso si bien sería una política que se encamina a solucionar una problemática social de forma progresiva, por otra parte, esta se encontraría vulnerando los derechos a la igualdad y al libre ejercicio económico de los trabajadores del sector pesquero industrial, por lo que frente a esta política pública cabría la proposición de una acción de protección.

Entonces debe tenerse claro que si una política pública vulnera un derecho fundamental de una persona, por más de que exista algún tipo de interés social, la política pública debería reformularse y, a su vez, podría ser objeto de una acción de protección propuesta por la persona a la cual se la está vulnerando el derecho, tomando en cuenta que los derechos fundamentales no son alienables o negociables.

Como conclusión, primeramente debe entenderse que la expresión *privación del goce o ejercicio de derechos*, puede tomarse como sinónimo del término *vulneración de derechos*, para efectos de proponer y declarar la procedencia de la acción de protección en contra de una política pública. Por otra parte, el análisis tanto del accionante como del juez constitucional debe centrarse en resolver sobre la existencia de una vulneración directa de derechos fundamentales que emane de la política pública; puesto que, si bien la política pública pudo ser formulada e implementada con la finalidad de desarrollar derechos de forma que reduzcan brechas de desigualdad progresivamente, esto no garantiza que la misma haya sido formulada e implementada de forma correcta o adecuada, ya que podría darse el caso de que la política pública vulnere derechos fundamentales de otras personas no consideradas por la misma; y, en estos casos también sería procedente la acción de protección.

Por último, se debe mencionar que, si bien lo expuesto aclara cuestiones sobre la procedencia de la acción de protección frente a políticas públicas, esto no resuelve las complicaciones en cuanto a lo que comprendería la materia impugnada de la acción de protección en estos casos, ya que el juez constitucional tendría las mismas complicaciones que han sido señaladas con anterioridad, en el supuesto de que decidiese aceptar una acción de protección en contra de una política pública y dejar sin efectos actos generales de la misma. Sin embargo, cabe señalar, que según el numeral dos del artículo 85 de la Constitución ecuatoriana, que fue revisado con anterioridad, en el caso de que una política pública vulnere derechos fundamentales, cabría su reformulación; razón por la cual, cabe plantear el cuestionamiento sobre si el accionante, en su pretensión, únicamente podría solicitar la reformulación de la política pública, sin que solicite que esta sea dejada sin efecto la misma, de tal modo que el juez pueda ordenar únicamente esa reformulación. Para tratar esto, se podría plantear nuevamente el caso ficticio analizado en párrafos anteriores sobre la política pública diseñada para reinsertar en la producción al sector pesquero artesanal, que usa como medio el prohibir la actividad del sector pesquero industrial.

En el ejemplo, las personas afectadas del sector pesquero industrial, podrían proponer una acción de protección con la pretensión de que esa política pública sea reformulada, mas no que sea dejada sin efecto, ya que lo último, traería complicaciones para el juez constitucional y podría conllevar una nueva afectación de derechos hacia las personas del sector pesquero artesanal que se veían beneficiadas por la política pública. De esta manera, el juez constitucional, amparado en el artículo 85, numeral segundo de la Constitución ecuatoriana, podría aceptar la acción de protección y en lugar de dejar sin efecto la política pública, únicamente ordenaría a las autoridades competentes, la reformulación de la misma en los términos que considere pertinentes para que no se vuelva a producir una nueva afectación de derechos, que podrían ser que ambos sectores pesqueros puedan tener actividad en territorios marítimos diferentes y debidamente limitados, en proporción a sus necesidades. Lo dicho podría solucionar en gran medida las complicaciones que surgen en cuanto a la materia impugnada de la acción de protección como mecanismo de impugnación de políticas públicas, ya que por una parte el juez constitucional no se estaría extralimitando en sus competencias y facultades, y por otra parte, no se estaría produciendo una nueva vulneración de derechos como consecuencia de la sentencia, lo que daría una verdadera utilidad a la acción de protección como mecanismo de impugnación de

políticas públicas. Sin embargo, únicamente dejaré señalando este cuestionamiento, el cuál será abordado con profundidad más adelante.

3.2 Fases del ciclo de las políticas públicas en las que procede la acción de protección

La ciencia política ha planteado lo que se conoce como *policy cycle* o, *ciclo de las políticas públicas*, el cual trata sobre la descomposición de las políticas públicas en varias fases, mismas que en su totalidad conforman la vida de una política pública. Como fue revisado en el primer capítulo de esta investigación, las fases que comprenden el ciclo de las políticas públicas son: 1. identificación del problema; 2. formulación de soluciones; 3. toma de decisiones; 4. implementación; y, 5. Evaluación (Roth Deubel, 2009). Por esta razón, se vuelve necesario indagar sobre cuáles serían las etapas del *policy cycle* en las que podría proponerse y sería procedente la acción de protección.

Para brindar una respuesta a esta cuestión, se debe empezar señalando que la acción de protección busca el amparo directo y eficaz de derechos fundamentales frente a distintos actos u omisiones de autoridad pública no judicial, en ciertos casos de particulares o, incluso, frente a políticas públicas, lo cual denota la naturaleza tutelar de esta acción. Además, esta garantía jurisdiccional, es por su naturaleza, un proceso de conocimiento, esto quiere decir que el juez constitucional resolverá cuestiones de fondo, emitiendo un pronunciamiento sobre la supuesta vulneración de derechos fundamentales, pudiendo ser concedida esta acción cuando el juez encuentre que efectivamente se han vulnerado derechos fundamentales o, cuando estos derechos continúen vulnerándose (Quintana, 2016). De lo dicho, debe entenderse que la acción de protección propuesta en contra de una política pública, puede ser concedida cuando se haya producido o se continúe produciendo una vulneración de derechos fundamentales que emane de forma directa de esa política pública. Tomando en cuenta esto, se revisará las características de cada una de las fases del *policy cycle*, lo cual si bien ya fue también revisado en el primer capítulo de esta investigación, ahora se tomará en consideración un punto de vista más jurídico, que permita indagar sobre los actos, hechos y efectos jurídicos que son producidos en cada una de estas fases, lo cual ayudará a dirimir sobre si es posible la procedencia de la acción de protección en cada una de estas fases.

La fase de *identificación del problema*, supone aquella en la cual los actores gubernamentales empiezan a percibir una problemática o conflicto social, por lo que buscan inscribir este problema en la agenda gubernamental para comenzar a buscar una solución (Grau Creus & Mateos, 2002). Al respecto, esta etapa no conlleva una gran materialización en actos u hechos, únicamente lo que podría generarse en esta etapa son actos de simple administración, al interior de la función pública, es más, esta etapa podría suponer únicamente conversaciones informales entre los actores gubernamentales. Por lo cual, en esta etapa no sería procedente la acción de protección, puesto que al no generar efectos directos sobre los administrados, no se podrían vulnerar de forma directa derechos fundamentales.

La fase siguiente es la de *formulación de soluciones*, dentro de esta fase, una vez que los actores gubernamentales han dilucidado sobre la problemática social existente, buscarán proponer soluciones a esta, en donde también podrían intervenir actores sociales (Roth Deubel, 2009). Se debe mencionar que si bien esta etapa, ya conlleva la formulación de objetivos, procesos e instrumentos (Subirats, et al., 2012), la política pública aún esta se encuentra aprobada ni emitida, es decir, continúa sin generar efectos directos sobre las personas fuera de la administración, por lo cual no sería procedente una acción de protección en contra de una política pública que se encuentre en esta etapa.

La fase de *toma de decisiones*, es la tercera dentro del *policy cycle*. Dentro de esta etapa, actúan netamente los actores gubernamentales, quienes se encargan de estudiar las diversas soluciones que han sido formuladas y escoger la más adecuada (Roth Deubel, 2009). Al igual que en la etapa anterior, las decisiones que se vayan adoptando en relación a la política pública, únicamente son tomadas puertas adentro de las entidades gubernamentales, por consecuencia, las actuaciones dentro de esta etapa no producen efectos jurídicos directos sobre los administrados y tampoco podrían producir vulneraciones de derechos fundamentales, por lo cual, no sería procedente la acción de protección en esta etapa.

La cuarta fase del ciclo de las políticas públicas es la de *implementación*, dentro de esta la política pública es adoptada y ejecutada, mediante la producción de distintos actos y mecanismos de distinta naturaleza (Subirats, et al., 2012). Esta fase al ser netamente de ejecución, conlleva la producción de actos y hechos de distinta naturaleza que producen efectos jurídicos directos sobre los administrados, razón por la cual, podrían darse

situaciones en las que estos distintos actos produzcan vulneraciones de derechos fundamentales, por consiguiente es en esta etapa en la cual sería procedente la acción de protección como mecanismo de tutela frente a vulneraciones de derechos que provengan de una política pública.

Después de la ejecución de la política pública, el *policy cycle*, contempla la fase de evaluación. Dentro de esta, se pretende determinar si se ha cumplido con el objeto para el cual fue creada la política pública, a través de distintos indicadores (Subirats, et al., 2012). De esta manera, dependiendo de la evaluación dada, se podría optar por la supresión o reforma de la política pública (Roth Deubel, 2009). Esta etapa es un tanto compleja, puesto que conlleva la expedición de distintos tipos de actos divididos en dos grupos. En un primer grupo se encuentran los actos que son expedidos para medir el grado en el cual la política pública cumplió con sus objetivos, lo cual, al ser una actividad interna de la administración gubernamental, se materializa mediante actos de simple administración, sin generar efectos directos sobre los administrados; mientras que, en un segundo grupo se encuentran los actos que son emitidos para llevar a cabo la decisión que los actores gubernamentales hayan tomado en base a la evaluación, como pueden ser actos que involucren la supresión o reforma de la política pública, los cuales sí vendrían a generar efectos directos sobre los administrados. Tomando en cuenta esto, se debe manifestar que dentro de esta fase sí sería procedente la proposición de la acción de protección, ya que dentro de esta, se pueden expedir nuevos actos con efectos directos, los cuales podrían tener por objetivo la reforma o supresión de la política pública, por lo cual, podrían generar vulneraciones de derechos fundamentales.

A modo de conclusión, se debe mencionar que para que sea procedente una acción de protección, debe haberse generado una vulneración de derechos de forma directa. Por esta razón, el accionante debe identificar de forma adecuada el momento en el cual proponer la acción de protección, tomando en cuenta que únicamente dentro de las fases de *implementación* y *evaluación* se producen efectos jurídicos directos sobre los administrados y por lo tanto, únicamente dentro de estas fases se podrían generar una vulneración directa de derechos fundamentales.

3.2.1 ¿La acción de protección con carácter cautelar?

Pese a lo señalado con anterioridad, el ordenamiento jurídico ecuatoriano al establecer a la acción de protección como el mecanismo judicial de impugnación de políticas públicas, cuando de estas se desprendan una vulneración de derechos fundamentales, podría dejar abierta la puerta al accionante, para que a través de esta garantía jurisdiccional proponga una acción de protección en contra de una política pública aun cuando esta se encuentre en una etapa previa a la de *implementación*.

Para aclarar esta cuestión, se debería tomar en consideración la naturaleza de la acción de protección. Al respecto, se debe manifestar que esta garantía jurisdiccional, constituye un proceso de conocimiento y a diferencia de la anterior acción de amparo establecida en el artículo 95 de la Constitución ecuatoriana de 1998, esta no tiene naturaleza cautelar (Quintana, 2016).

En este sentido, la Constitución ecuatoriana del 2008, estableció además de la acción de protección, las medidas cautelares constitucionales, las cuáles vendrían a suplir a la anterior acción de amparo en relación a que estas si tienen naturaleza cautelar. Para aclarar este punto, debe tomarse en cuenta que existen tres momentos en los que podría intervenir judicialmente en relación a una vulneración de derechos fundamentales, estos son: antes, durante y después. De esta manera, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, antes de la vulneración de derechos fundamentales, la acción u omisión que amenace con vulnerar derechos fundamentales debe ser grave e inminente y solo cabe la proposición de medidas cautelares constitucionales. Durante la vulneración de derechos, lo que se busca es cesar la afectación y de ser el caso, repararla, por lo que cabe la proposición conjunta de la acción de protección con medidas cautelares. Y, después de haberse consumado la vulneración de derechos, lo que se busca es declarar la vulneración y la reparación integral de derechos, por lo que únicamente cabe la acción de protección (Ávila Santamaría, 2012).

Por lo referido, considero que no se podría proponer una acción de protección si se tratase de impugnar una política pública que se encuentre en una de las fases iniciales del *policy cycle*, previas a la fase de *implementación*. Tomando en cuenta que dentro de estas etapas, una política pública se encuentra en construcción y aún no es ejecutada, por lo cual, no se producen aún efectos jurídicos directos sobre las personas fuera de la administración gubernamental. Por lo cual, si una política pública, antes de su implementación, se mostraría como lesiva de derechos fundamentales, esto únicamente constituiría una amenaza de vulneración de derechos, por lo cual no sería procedente la acción de

protección, ya que la afectación real de derechos se materializaría cuando la política pública fuese implementada, momento en el cuál sí sería posible y sería procedente proponer una acción de protección.

En todo caso, debe entenderse que frente a una actuación de la administración que en un futuro pueda verse materializada en un acto final, el cual pueda conllevar una vulneración de derechos, podrá proponerse y será procedente una medida cautelar constitucional autónoma (Quintana, 2016), siempre y cuando se intente evitar una violación inminente y grave de un derecho fundamental (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015). Por consecuencia, si dentro de alguna de las etapas previas a la de *implementación*, se diera cualquier tipo de acto que amenace con que la política pública final a implementarse va a conllevar una vulneración de derechos fundamentales, sería procedente en estos casos la proposición de una medida cautelar constitucional autónoma, con la finalidad de evitar una futura violación de derechos producto de la política pública.

3.2.2 ¿Acción de protección por omisión?

Dentro del apartado 2.4.1.2.6 se trató sobre la omisión vulneradora de derechos fundamentales, en donde se dejó establecido que esta se configura cuando existe inercia o inactividad proveniente de autoridad pública no judicial, o de particulares, lo que conlleva una vulneración directa de derechos fundamentales (Quintana, 2016), tomando en cuenta además que según la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, para que quede configurada la omisión lesiva de derechos, previamente se debió solicitar la debida actuación a la autoridad pública o al particular competente (Resolución No. 006-2003-RA, 2003).

Con este antecedente, se vuelve necesario aclarar sobre la relación que guardan las omisiones vulneradoras de derechos con la formulación y expedición de políticas públicas, y a su vez, verificar la forma en la que respecto a estas sería procedente la acción de protección.

Se debe considerar, que según el artículo 88 de nuestra Constitución, las políticas públicas, al ser una garantía constitucional, buscan hacer efectivos los derechos fundamentales. Por esta razón, si la autoridad pública, incurriere en alguna omisión respecto a la formulación o ejecución de políticas públicas, estaría vulnerando derechos fundamentales, ya que esa omisión impediría hacer efectivos los derechos.

Sin embargo, para efectos de dilucidar sobre la procedencia de la acción de protección en el caso de omisiones relacionadas con políticas públicas, considero necesario realizar el análisis dividido en dos grupos. El primer grupo trata sobre las omisiones producidas en relación a las fases del *policy cycle* previas a la etapa de *implementación*; y, el segundo grupo, trata respecto a las omisiones durante la etapa de *evaluación*.

Respecto al primer grupo, esto es, las etapas de *identificación del problema*, *formulación de soluciones* y, *toma de decisiones*, se debe manifestar que durante estas, la política pública se encuentra en un proceso de construcción, sin que aún haya sido expedida como tal, por lo que la política pública aún no genera efectos jurídicos directos frente a los administrados. Por lo cual, considero que si dentro de estas etapas se produjere una omisión por parte de la autoridad pública, que vulnere derechos fundamentales, el accionante sí podría proponer una acción de protección, sin embargo, en estos casos la acción debería proponerse de forma específica en contra de esa omisión.

Para clarificar lo señalado en el párrafo anterior, se plantearán situaciones hipotéticas que permitan ejemplificar como serían las omisiones lesivas de derechos que podrían producirse durante las primeras etapas del *policy cycle*.

Respecto a la etapa de *formulación de soluciones*, si la autoridad pública pese a tener identificado un problema social, no buscare exponer soluciones que permitan generar una política pública, estaría incurriendo en inacción, por lo cual, se configuraría una omisión lesiva de derechos, ante la cuál sería procedente la acción de protección. Ora, si a pesar de haber identificado el problema y haber formulado ciertas soluciones, dentro de la etapa de *toma de decisiones*, la autoridad pública no genere los actos necesarios para escoger la solución más adecuada, estaría de igual manera, incurriendo en inactividad, lo que podría configurar una omisión lesiva de derechos, ante la cual se podría proponer la acción de protección. Por último, podría ocurrir que, la autoridad pública, después de ya haber formulado soluciones y tomado decisiones respecto a la política pública, permanezca en inactividad al momento de dictar los actos de implementación de la política pública, en estos casos, como lo menciona Ismael Quintana (2016), al darse una evasiva de emisión de un acto, se podría proponer la acción de protección siempre que la omisión conlleve una vulneración de derechos.

Una situación particular puede darse dentro de la fase de *identificación del problema* En esta fase, puede ocurrir que frente a una problemática social, la autoridad pública no actúe

al respecto y por lo tanto no inicie con la formulación de una política pública que busque solucionar ese problema y hacer así efectivos los derechos fundamentales, razón por la cual se configuraría una omisión vulneradora de derechos, ante la cual también sería procedente proponer una acción de protección que busque enmendar la mora y generar la actuación de la autoridad pública. Sin embargo, en este punto cabe hacer una diferenciación, puesto que, si existiere una obligación de formular una política pública, que conste de forma clara, expresa y exigible²², dentro de una norma, se podría solicitar la generación de esa política pública mediante la acción por incumplimiento (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015).

A modo de conclusión, si se produjere una omisión vulneradora de derechos fundamentales dentro de las primeras fases del *policy cycle*, previas a la fase de *implementación*, por ejemplo, si la autoridad pública, omitiere invitar a participar a distintos grupos o personas en la formulación de una política pública y por lo tanto se produjere una vulneración a su de participación, sería conveniente que el accionante proponga su demanda de acción de protección únicamente en contra de la omisión de la autoridad pública no judicial, sin intentar impugnar una política pública como tal, ya que de este modo, su pretensión y el análisis del juez se basarían en subsanar la mora y lograr que la autoridad pública actúe conforme a derecho. Además cabe recalcar que previo a la proposición de la acción de protección, el accionante debería petitionar a la autoridad pública competente su actuación, ya que según las resoluciones No. 006-2003-RA y No. 0180-2004-RA expedidas por el ex Tribunal Constitucional, la omisión lesiva de derechos únicamente queda configurada cuando posteriormente a esta petición, la autoridad pública continuare en su inactividad.

Respecto al segundo grupo de análisis, esto es, respecto a la etapa de *evaluación* de la política pública, pudiese darse el caso de que una política pública ya se encuentre implementada y por lo tanto este produciendo efectos jurídicos, ante lo cual, lo importante a tomar en cuenta sería si esa política pública ha generado una vulneración de derechos. De ser así, la omisión vulneradora de derechos fundamentales podría configurarse de la siguientes formas: Por una parte, si la autoridad pública omitiere evaluar la política pública

²² Al respecto se puede revisar la sentencia 011-15-SAN-CC, expedida por la Corte Constitucional, en donde se trata sobre lo que debe entenderse por obligación clara, expresa y exigible.

y por consecuencia continuara produciéndose la violación de derechos; o, por otra parte, si a pesar de ya encontrarse evaluada, se ha incurrido en inactividad respecto a emitir los respectivos actos que tengan por objeto reformular o suprimir la política pública vulneradora de derechos. En estos casos, considero que, la acción de protección podría proponerse en contra de esas omisiones con la finalidad de enmendar la mora y de que se ordene la expedición de los respectivos actos a la autoridad pública, lo cuales permitan iniciar la evaluación de la política pública, o, permitan la reformulación o supresión de la misma. Sin embargo, el accionante debería identificarse con claridad cómo y cuándo se ha producido la vulneración de derechos, ya que, a pesar de existir las omisiones señaladas, se podría optar por proponer directamente la acción de protección en contra de la política pública, con la finalidad de que esta sea reformulada y así enmendar la vulneración de derechos, siempre y cuando esto no genere una nueva vulneración frente a terceros.

Decidí dejar al final un aspecto en cuanto a la etapa de *formulación de soluciones*, puesto que dentro de esta se da una situación especial, ya que en la misma podrían intervenir actores sociales con la finalidad de que sean escuchados y puedan proponer criterios respecto a la creación de la política pública. Por esta razón, pudiese ocurrir el caso de que una autoridad pública omita involucrar a estos actores sociales en esta etapa, lo que podría suponer una vulneración directa de derechos, por ejemplo, del derecho de petición, consagrado en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución ecuatoriana. En estos casos, considero necesario que la persona o el grupo de personas afectadas si decidieren intentar una acción constitucional, deberían realizar un análisis pertinente respecto del momento y de la actuación u omisión de la autoridad pública que intentan impugnar; puesto que, si la autoridad pública efectivamente ha omitido incluirlos en el debate respecto a la creación de una política pública, se podría proponer una acción de protección en contra de esa omisión, argumentando una vulneración de su derecho de petición. Sin embargo, si ya se ha producido la omisión y por lo tanto no se ha tomado en cuenta el criterio del actor social, y como consecuencia de esto se han formulado actos de simple administración u cualquier otro documento o informe con contenido que amenace vulnerar derechos fundamentales y que tengan por objetivo materializarse en una política pública, se podría presentar una demanda de medidas cautelares constitucionales autónomas para evitar que la política pública sea implementada en ese sentido y así evitar una futura vulneración de derechos fundamentales. Por último, si una política pública que no tomó en cuenta el criterio de los actores sociales, ya ha sido implementada y por consecuencia de esta se ha desprendido

una vulneración de derechos fundamentales, lo adecuado sería en este caso proponer la acción de protección en contra de esa política pública con la finalidad de buscar su reformulación o supresión, siempre y cuando esto no genere una afectación de derechos fundamentales de terceros.

3.3 Actos que constituyen materia impugnable

Dentro del subcapítulo 2.4 de la presente investigación y sus ulteriores subdivisiones, fue analizado con profundidad los distintos actos y omisiones que podrían ser impugnados a través de la acción de protección, y de igual forma, se precisaron las complicaciones que podrían surgir si a través de la acción de protección se intentaren impugnar ciertos tipos de actos, por ejemplo, actos de efectos generales.

Por otro lado, dentro del subcapítulo 3.2, se ha dejado establecido que la acción de protección contra políticas públicas, es procedente únicamente cuando la política pública impugnada, ya ha sido implementada, es decir cuando esta ya ha generado efectos jurídicos directos en contra de los administrados, puesto que de estos efectos es de donde pudiese surgir una vulneración de derechos. Además que si en relación a esa política pública hubiese surgido una omisión de autoridad pública no judicial, lo más acertado sería proponer la acción de protección específicamente en contra de esa omisión y no en contra de la política pública.

En este contexto, se debe tener en consideración que el término política pública, al ser ajeno al derecho, puesto que es extraído de las ciencias sociales y de la ciencia política (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015), complica la proposición de la acción de protección, en torno a definir que comprende la materia impugnable cuando esta garantía jurisdiccional es propuesta en contra de una política pública. Tomando en cuenta que la Corte Constitucional no se ha pronunciado respecto a esclarecer en qué consisten las políticas públicas, o en que consiste la impugnación de estas a través de la acción de protección (Quintana, 2016), ya que, una política pública podría tomar la forma de actos de distinta naturaleza, como son: actos normativos, actos administrativos, hechos administrativos, etc. (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015).

Es por esto que, dentro del presente subcapítulo se centrará el análisis en dilucidar como podrían resolverse las complicaciones que se dan en torno a la materia impugnada de la acción de protección propuesta en contra de una política pública.

3.3.1 Clasificación de los distintos tipos de actos

Primeramente, considero necesario mencionar que, para proponer una acción de protección, más allá de la denominación formal que se le pueda dar a una determinada actuación o acto, el análisis tanto del accionante como del juez constitucional, debería centrarse en los efectos que emanan de la actuación que se intente impugnar, ya que esto sería el verdadero fundamento para analizar si la acción de protección sería la vía adecuada y procedente de impugnación de ese determinado acto.

En este sentido, cabe señalar que mediante la acción de protección, al ser un proceso de conocimiento, el juez constitucional resuelve sobre cuestiones de fondo pronunciándose sobre la existencia de una vulneración de derechos (Ávila Santamaría, 2012), provenientes de una determinada actuación de una autoridad pública o de un particular de ser el caso. Tomando en cuenta esto, para que un acto pueda ser impugnado a través de la acción de protección, este debe producir una vulneración directa de derechos fundamentales. Mientras que si la producción de efectos jurídicos violatorios de derechos, se encuentra condicionada a la expedición de un acto posterior, no sería procedente la acción de protección, ya que esto se traduciría únicamente en una amenaza de vulneración de derechos, ante la cual podría ser procedente la presentación de una demanda de medidas cautelares, mas no la proposición de la acción de protección.

Desde esta óptica, las actuaciones que podrían ser impugnadas a través de la acción de protección, en el caso que de estas se desprenda una vulneración de derechos serían aquellas que producen efectos jurídicos directos, tales como: el acto administrativo de efectos particulares, el acto administrativo de efectos generales, el hecho administrativo y, el acto normativo autoaplicativo.

Sin embargo, debería tomarse en cuenta otro aspecto, el cual consiste en que la acción de protección no sería la vía adecuada de impugnación de actos con efectos generales, en vista de que esto traería consigo varias complicaciones como: falta de competencia de los jueces para declarar la invalidez de un acto administrativo o normativo con efectos generales; por

otro lado, si se intentase dejar sin efectos un acto con efectos generales únicamente en favor del accionante, esto podría acarrear una nueva vulneración de derechos, tales como: el derecho a la igualdad, o el derecho a la seguridad jurídica; y, por último, debe considerarse que la Constitución ecuatoriana estableció en los numerales dos y cuatro del artículo 436, que la vía constitucional de impugnación de actos administrativos y normativos con efectos generales sería la acción de inconstitucionalidad (Quintana, 2016).

Por consecuencia, debe entenderse que la acción de protección sería procedente cuando se busca impugnar actos con efectos jurídicos directos y particulares, tales como son: el acto administrativo de efectos particulares y el hecho administrativo, tomando adicionalmente en cuenta que, la impugnación del hecho administrativo es adecuada en el caso de que este haya sido autónomo a un acto anterior, además que el hecho ya debió producirse, por lo cual, lo que debería buscarse con la acción de protección, es la reparación integral, puesto que, si el hecho administrativo es consecuencia de un acto administrativo, lo más adecuado sería impugnar el acto administrativo con la finalidad de dejarlo sin efecto.

Lo dicho hasta aquí, ayuda a dilucidar sobre la apreciación que deben realizar el accionante y el juez constitucional al momento de decidir si una actuación puede ser impugnable o no a través de la acción de protección. Sin embargo, respecto a la impugnación de políticas públicas, lo manifestado no resolvería todas las dudas y dificultades que pueden surgir, puesto que, el análisis se centraría únicamente en definir, una a una, si las distintas actuaciones que conforman una política pública pueden ser impugnadas o no a través de la acción de protección. Lo cual, conllevaría a que la normativa que introdujo la posibilidad de impugnar políticas públicas a través de la acción de protección caiga en desuso, puesto que sería más fácil para el accionante identificar cada acto por separado e impugnarlos de forma distinta, sea por la vía de la acción de protección o por la vía de la acción de inconstitucionalidad.

No obstante, la ventaja de establecer a la acción de protección como mecanismo de impugnación de políticas públicas, consistiría precisamente en la posibilidad de impugnar un conjunto de distintas actuaciones como un todo (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015), por lo cual, a continuación se analizará sobre si esto es o no posible y, cómo sería la forma adecuada de hacerlo.

3.3.2 La acción de protección frente a determinados tipos de actos o contra la totalidad de una política pública

Tanto el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana, como el artículo 41, numeral segundo de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, se han limitado en señalar únicamente la procedencia de la acción de protección frente a políticas públicas, cuando de estas se desprenda una vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo se debe tomar en cuenta que las políticas públicas, al ser un todo conjunto de distintas decisiones (Grau Creus & Mateos, 2002), pueden verse materializadas en actuaciones de distinto tipo (Subirats, et al., 2012), lo cual, traducido al ámbito jurídico implica que las políticas públicas comprendan actos de distinta naturaleza y efectos, pudiendo ser actos generales, particulares, con efectos directos o indirectos. Esto implica una serie de dificultades, puesto que como se revisó en el anterior apartado, no sería posible la impugnación a través de la acción de protección de actos con efectos generales o actos que aún no hayan generado una vulneración directa de derechos.

Como consecuencia de lo antes dicho, queda implantada la interrogante de establecer si en realidad es procedente la impugnación de las políticas públicas a través de la acción de protección. Tomando en cuenta que, la ventaja de establecer la procedencia de la acción de protección en contra de políticas públicas, consistiría en la facilidad de poder impugnar el conjunto de actuaciones que conforman una política pública como un todo (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015).

Por regla general, el efecto, en el caso de ser concedida una acción de protección, es que el acto impugnado sea dejado sin efecto por el juez constitucional (Quintana, 2016). En este sentido, si una política pública estuviese conformada únicamente por actuaciones con efectos jurídicos directos y particulares, no habría mayor inconveniente o dificultad, ya que todo el conjunto de actos, podrían dejarse sin efectos por parte del juez. Sin embargo, se debería tomar en cuenta que las políticas pública al ser respuestas a una problemática social (Lindblom, 1991), materializadas a través de un conjunto de actos y decisiones de distinta naturaleza (Subirats, et al., 2012), conlleva a que este conjunto de actuaciones que conforman la política pública, en la mayoría de ocasiones, involucren actos de efectos generales, ante lo cual, surge la dificultad al momento de intentar impugnar la política pública, ya que los jueces no tendrían competencia para pronunciarse sobre este tipo de actos, en vista de que no podrían declarar su invalidez, sino únicamente dejarlo sin efectos

en favor de los accionantes, lo cual, por otro lado, tampoco sería viable ya que esto conduciría a una nueva afectación a los derechos de igualdad y seguridad jurídica, y en definitiva, se trataría de una equivocación de la vía adecuada de impugnación por parte del accionante, ya que para impugnar actos de efectos generales se debería hacerlo a través de la acción de inconstitucionalidad (Quintana, 2016).

Lo mencionado, conllevaría a que la acción de protección no pueda ser ejercitada como mecanismo de impugnación de políticas públicas y a su vez, a que esta caiga en desuso, puesto que si la pretensión del accionante y la decisión del juez constitucional se basan en dejar sin efecto los distintos actos de la política pública, siempre se incurriría en las complicaciones antes señaladas, razón por la cual, sería más adecuado y fácil impugnar por separado los distintos actos, sea por vía de la acción de protección, o a través de la acción de inconstitucionalidad, según corresponda.

La imposibilidad de impugnar actos generales a través de la acción de protección, es un criterio que comparto, tomando en cuenta los impedimentos que surgen al momento de que se quisiera dejar sin efectos actos con efectos generales. Sin embargo, en cuanto a políticas públicas, se podría encontrar una salvedad, la cual convertiría a la acción de protección en un mecanismo de impugnación útil y eficaz frente a políticas públicas, cuando estas conlleven una afectación a derechos fundamentales.

El artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador, en su numeral segundo dispone que cuando una política pública amenace o vulnere derechos, esta “*deberá reformularse*” (2008). Al respecto, esta disposición podría convertirse en el sustento para que el accionante, al momento de proponer la acción de protección en contra de una política pública, enmarque su pretensión en conseguir reformulación de la política pública, en lugar de buscar únicamente dejar sin efectos los distintos actos que comprenden la misma. En este sentido, es importante tomar en cuenta que según el numeral primero del mismo artículo 85 de la Constitución ecuatoriana, las políticas públicas son creadas con la finalidad de hacer efectivos todos los derechos y el buen vivir, por lo que se entendería que si una política pública fue expedida e implementada, esta se encuentra haciendo efectivos los derechos de cierto grupo de personas a las cuales fue dirigida la política pública, por lo cual, si se propone una acción de protección en contra de una política pública, es importante que el accionante haya identificado con claridad cuál es el problema que se desprende de la misma, es decir, cuál sería la vulneración de derechos. En este sentido,

considero que las afectaciones que podrían surgir de una política pública, serían principalmente porque se excluyó a una persona como beneficiaria de la política pública, o porque no hubo un análisis adecuado de la problemática, por lo que en ese sentido, al intentar hacer efectivos derechos de ciertas personas, conllevó a la vulneración de derechos de otras personas.

En estos casos, considero que sería adecuado que el accionante pretenda y solicite la reformulación de la política pública, lo cual también ayudaría a superar las dificultades que se plantean respecto a los actos de efectos generales; puesto que, primeramente, no se encargaría al juez la pretensión de dejar inválido un acto, para lo cual se tiene claro que carece de competencia. Sin embargo, la misma constitución y ley, le otorgan competencia para decidir sobre la acción de protección en contra de políticas públicas, por lo que si se pretende la reformulación de la política pública, el juez sí podría decidir sobre estos aspectos. Además, se debe considerar que si tampoco se busca dejar sin efecto un acto únicamente en favor del accionante, tampoco surgiría una nueva vulneración de derechos, ya que el juez debería buscar con la reformulación de la política pública, la manera de tutelar derechos vulnerados, sin afectar derechos de terceros, lo que podría traducirse, en la inclusión de los accionantes como beneficiarios o como parte de la política pública, sin que se afecten derechos de las otras personas.

Como se mencionó, la vulneración de derechos como consecuencia de la implementación de una política pública, se podría dar al no tomar en cuenta todas las problemáticas y variables existentes respecto al tema que intentaba solucionar la política pública, lo cual puede suponer afectación de derechos. Al respecto, en un primer sentido, la vulneración de derechos podría darse, si a una persona que debía ser beneficiaria de la política pública se la excluyó de la misma; o, en un segundo supuesto, si en la búsqueda de hacer efectivos derechos de determinadas personas, la política pública generó vulneraciones de derechos a terceros. Para aclarar este panorama, se plantearán dos ejemplos.

En el primer caso, se podría plantear el ejemplo hipotético de una política pública, que busca la generación de mejores condiciones para las personas privadas de la libertad, brindándoles mejor infraestructura dentro de los centros de rehabilitación social, en cuanto a centros de educación y talleres de trabajo. Sin embargo, en esta política pública, se excluyó como beneficiarios de la misma a las personas privadas de la libertad en centros de rehabilitación considerados de máxima seguridad. Es así que, al no estar incluidas estas

personas como beneficiarias de la política pública, se podría considerar que la misma, conlleva situaciones de desigualdad y por consecuencia vulneración de derechos, tales como el derecho a la igualdad, derecho al trabajo y derecho a la educación, por lo cual, las personas privadas de la libertad en centros de máxima seguridad podrían proponer una acción de protección solicitando la reformulación de esa política pública. De esta manera, el juez podría decidir si existe la vulneración de derechos, y ordenar la reformulación de la política pública, de forma tal que no se afecte los derechos que se han hecho efectivos a otras personas, sino que los derechos afectados sean tutelados, por ejemplo, se podría incluir a las personas privadas de la libertad en centros de máxima seguridad como beneficiarios de la política pública, sin excluir a las demás personas a las cuáles ya les estaba beneficiando la política pública.

El segundo caso, involucra que una política pública, si bien se encuentra haciendo efectivos derechos de ciertas personas, la autoridad pública al no tomar en cuenta todas las variables existentes frente a una problemática, condujo a que la política pública genere una nueva vulneración de derechos. En estos casos no se hablaría de una exclusión como tal a determinadas personas, sino a que, la implementación de esa política pública al encontrarse con deficiencias en su diseño, generó una nueva vulneración de derechos a terceros. En este sentido se retomará un ejemplo visto con anterioridad, sobre la política pública diseñada para reinsertar en la producción al sector pesquero artesanal, que usa como medio el prohibir la actividad del sector pesquero industrial. En este caso, la política pública fue elaborada e implementada con la finalidad de favorecer y hacer efectivos los derechos de las personas del sector pesquero artesanal, sin embargo, esto desencadenaría en una nueva afectación de los derechos a la igualdad y al libre ejercicio económico de los trabajadores del sector pesquero industrial. Ante esto, las personas del sector pesquero industrial podrían proponer una acción de protección en contra de la política pública, mediante la cual se pretenda la reformulación de la misma, en el sentido de que la misma sea rediseñada con la finalidad de tutelar tanto los derechos de los pescadores del sector industrial, como los derechos de los del sector artesanal, los cuales ya se encontraban haciéndose efectivos a través de la política pública. En este sentido, el juez al aceptar la acción de protección podría ordenar la reformulación de la política pública en el sentido que se otorgue espacios temporales o territoriales para ambos sectores pesqueros de acuerdo a las necesidades de cada uno, con lo cual se buscaría tutelar derechos que se encuentran siendo afectados, sin afectar los derechos de los demás.

Ahora bien, se debe considerar otro aspecto que es fundamental, puesto que las sentencias de la acción de protección generan únicamente efectos *inter partes*, por lo cual en el caso de que se acepte una de acción de protección, los efectos de la sentencia de la misma únicamente serían en favor de los accionantes, por lo que el juez, debería basar su decisión y ordenar la reformulación de la política pública en ese sentido. Sin embargo, se debe considerar que esto no interfiere en que al momento de reformular la política pública, la autoridad pública competente, además de cumplir con la sentencia en favor de los accionantes, subsane los errores cometidos con anterioridad y en uso de sus atribuciones, incluya de igual manera a todas las personas que se encontraban en situación de vulneración de derechos.

Por último, se debe mencionar que, la posibilidad de que el accionante base su pretensión en la reformulación de la política pública al momento de proponer la acción de protección, sería la única forma de solucionar las complicaciones dadas en cuanto a la materia impugnada y a la falta de competencia del juez ordinario, y por lo tanto, sería la única manera de volver verdaderamente útil y efectiva a esta garantía jurisdiccional cuando sea propuesta como mecanismo de impugnación de políticas públicas. Sin embargo, aún quedan por dilucidar los alcances que tendría el juez, al momento de incidir sobre los aspectos mismos de la reformulación de la política pública.

3.4 Las facultades del juez constitucional

A lo largo de la presente investigación, se ha estudiado la naturaleza de las políticas públicas, así como la naturaleza de la acción de protección, con la finalidad de extraer conclusiones sobre la procedencia de esta garantía jurisdiccional como mecanismo de impugnación de políticas públicas de las cuales se desprenda una vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, considero necesario analizar sobre la forma en la que podrían y deberían actuar los jueces constitucionales al momento de conocer y resolver una acción de protección en contra de una política pública, lo cual, permitirá esclarecer sobre las atribuciones y limitaciones que tendría el juez constitucional y a su vez, poder ultimar sobre cuál sería el verdadero alcance que tendría la acción de protección como vía de impugnación de políticas públicas.

Para lograr esta finalidad, a continuación serán analizados distintos preceptos teóricos, jurisprudenciales y normativos, que nos ayuden a comprender el marco de actuación que tienen los jueces constitucionales en relación con la acción de protección propuesta en contra políticas públicas.

3.4.1 El activismo judicial

El activismo judicial se encuentra enlazado con el denominado neoconstitucionalismo, el cual propone un modelo en el cual el poder judicial genere fallos que hagan efectivos y sobre todo operativos los derechos fundamentales, en base a una interpretación creativa y dinámica de la Constitución y del ordenamiento jurídico (Santiago, 2009). Por lo cual, considero necesario profundizar sobre lo que se entiende por activismo judicial, con la finalidad dilucidar sobre los alcances que tendría el juez constitucional al momento de resolver una acción de protección en contra de políticas públicas.

Como características principales del activismo judicial se pueden mencionar las siguientes:

1. El hacer prevalecer a la Constitución sobre toda norma;
2. La creatividad en los fallos por parte de los jueces; y,
3. La capacidad de actuar del poder judicial como cualquier otro poder activo del Estado, a tal punto de que los jueces incluso podrían proponer o actuar como un legislador positivo (Marianello, 2008).

En este sentido el activismo judicial pregonaría un verdadero avance, ya que permitiría un eficaz cumplimiento de derechos fundamentales a través de las decisiones del poder judicial; sin embargo, esta visión también ha generado una serie de críticas en cuanto al rol que estarían asumiendo los jueces, las cuáles serán expuestas a continuación.

Una primera crítica, hace referencia a la separación de poderes, puesto que, un desmedido activismo judicial desencadenaría en una intromisión por parte de los jueces en las atribuciones que son competencia de otros poderes del Estado. Así, pregonando el activismo judicial, los jueces serían los poseedores de la última palabra respecto a distintas decisiones que deberían ser adoptadas por otras funciones del Estado. En este sentido, se han visto resoluciones en donde incluso los jueces han llegado a actuar como verdaderos legisladores (Domínguez, 2008). Este actuar, sería desmedido y peligroso, tomando en cuenta que los jueces, al no tener origen popular, carecerían de legitimidad para tomar decisiones de este tipo (Zaidán, 2012), además que un desmedido activismo judicial dado

en esta forma, dejaría la puerta abierta para que aumente la discrecionalidad por parte de los jueces (Santiago, 2009), ya que, los mismos estarían aplicando su justicia e imponiendo su propio criterio, sin tomar en cuenta el derecho preestablecido (Torres, 2010).

Pese a lo expuesto, existen otras posiciones que avalan la injerencia de los jueces en otros poderes del Estado. Al respecto, se puede tomar como referencia lo que sucede en Colombia, en donde la Corte Constitucional, ha sostenido que el juez constitucional sí podría involucrarse en las decisiones de otros poderes del Estado, actuando como un mecanismo de presión, para que las decisiones que emanen de estos poderes sean adecuadas de conformidad con la Constitución, convirtiéndose así el juez constitucional en un contrapeso ideal para garantizar la protección efectiva de derechos (Sentencia No. T-406792, 1992). Lo manifestado, podría servir de sustento para superar la crítica al activismo judicial, puesto que, en el modelo de Estado ecuatoriano actual, todos los poderes deberían someterse a los derechos fundamentales (Ávila Santamaría, 2008), por lo cual, si una norma, decisión o política pública emanada de los poderes ejecutivo o legislativo, fuese vulneradora de derechos fundamentales, se podría sostener que los jueces constitucionales podrían interferir en estas para lograr un efectivo cumplimiento de derechos fundamentales.

Ahora bien, existe una segunda crítica al activismo judicial, la cual se enfoca en establecer que los jueces constitucionales no tendrían la suficiente capacidad técnica para tomar decisiones en las que se modifiquen o reformulen distintas disposiciones que son expedidas y son propias de otros poderes del Estado. Al respecto se manifiesta que, de hacerlo, los jueces, estarían tomando decisiones sobre materias en las cuáles no se encuentran debidamente preparados, ya que no han adquirido conocimiento técnico sobre las mismas (Santiago, 2009). Por consecuencia, los jueces, en razón del denominado activismo judicial, se estarían extralimitando en sus funciones, lo que podría conllevar a la emisión de fallos, discrecionales, arbitrarios, politizados, e incluso se podría correr el riesgo de que los mismos jueces, lleguen a lesionar otros derechos legítimos de terceros, al expedir decisiones sin la suficiente capacidad técnica en determinadas materias (Santiago, 2009). Además, se debería tomar en cuenta que, esta situación se vería agravada en el Ecuador, ya que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha encargado la tarea de conocer y resolver la acción de protección a los jueces de primera

instancia de la justicia ordinaria, quienes, en teoría, serían los jueces con menos preparación científica u académica, en relación a los jueces de instancias superiores.

De lo expuesto, se infiere que si bien el activismo judicial es una visión sobre la administración de justicia, que se podría adecuar al modelo de Estado ecuatoriano, esta visión también tiene serias críticas. Por lo que se debe analizar con mayor detenimiento cuál debería ser la postura adecuada y el rol que deberían asumir los jueces constitucionales, en torno a la acción de protección cuando es propuesta en contra de políticas públicas, para lo cual, se revisarán otros aspectos que tienen relación con esto.

3.4.1.1 Las facultades del juez constitucional en cuanto a la prueba

Varias son las dudas en cuanto a la prueba con respecto a los procesos de garantías jurisdiccionales. Uno de estos aspectos está relacionado con las amplias facultades que se le otorgó al juez constitucional para solicitar y practicar pruebas. En este sentido el artículo 86, numeral tres de la Constitución, autorizó al juez constitucional para que en cualquier momento de un proceso de garantías jurisdiccionales, ordene la práctica de pruebas (Porrás Velasco, 2011). A su vez, el artículo 16, inciso segundo, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, estableció que el juez constitucional, puede ordenar la práctica de pruebas sea en la calificación de la demanda o en la audiencia, para lo cual deberá establecer el término en el cual se practicarán, que no podría ser mayor de ocho días y por una sola vez.

Se debe señalar que incluso el artículo 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, otorga la facultad al juez para suspender la audiencia cuando considere necesaria la realización y práctica de la prueba.

En todo caso, las disposiciones mencionadas sobre el rol del juez constitucional en cuanto a la prueba suelen ser confusas, si se toma en cuenta que la Ley Orgánica establece que la recepción de pruebas podrá darse únicamente en la audiencia. Lo cual daría lugar a la interpretación de si el accionante o el accionado podrían previamente a la audiencia adjuntar prueba, o si solamente deberían anunciarla para que se practique la prueba en la misma audiencia, o si se debería comparecer a la audiencia con la prueba practicada (Zaidán, 2017).

Las dudas mencionadas, se agravan si se toma en cuenta que el legislador, ha omitido señalar con claridad períodos para la producción o práctica de la prueba. Lo que incluso, en

el esquema establecido en la ley no permitiría a las partes objetar la prueba del contrario. Por ejemplo, si en un caso determinado en el que se invirtió la carga de la prueba en contra del accionado, éste ya podría conocer la estrategia probatoria del accionante; pero, el accionado, al no estar en la obligación de brindar una contestación por escrito antes de la audiencia, podría sorprender a su contraparte con pruebas que para él hasta ese momento eran desconocidas, lo cual invalidaría el principio constitucional de contradicción. En este tipo de casos, el accionante al ser sorprendido con la nueva prueba aportada por el accionado, no tendría otra salida para refutarla, sino anunciando nueva prueba, lo que llevaría a que el juez decida sobre la suspensión de la audiencia hasta practicar esa nueva prueba.

En todo caso, debe entenderse que con el marco regulatorio actual, el juez constitucional adquiere un rol protagónico, por lo cual, las decisiones que este tome en cuanto a la prueba, podrían ser decisorias en un determinado proceso. Sin embargo, se debe señalar que el marco de actuación del juez no podría sobrepasar lo aportado por las partes en un determinado proceso, para así no sobrepasar el principio dispositivo, En este sentido, Ismael Quintana (2016), señala que:

(...) el hecho de permitir al juzgador la práctica oficiosa y discrecional de pruebas dentro de una garantía constitucional, si bien morigerada, no elimina de forma absoluta la aplicación del principio dispositivo en el proceso, pues las pruebas dispuestas por el juzgador deberán siempre estar relacionadas con los hechos del caso que son planteados únicamente por las partes (pág. 332).

Por último, se debe mencionar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales tampoco ha establecido algo respecto a los distintos medios de prueba que se podrían aportar en un proceso constitucional de garantías jurisdiccionales, por lo que la única salida podría ser la aplicación supletoria del Código Orgánico General de Proceso, por lo tanto podrían utilizarse todos los medios probatorios señalados en la referida norma. En sentido, se debe señalar que si se tratase de acciones de protección en contra de políticas públicas, las partes podrían incluso solicitar prueba pericial, puesto que, como ya se ha señalado en repetidas ocasiones, las políticas públicas constituyen conceptos indeterminados y alejados al mundo jurídico.

3.4.2 El artículo 85, numeral segundo de la Constitución

Como fue revisado con anterioridad, el numeral segundo del artículo 85 de la Constitución ecuatoriana, abriría la posibilidad de que el accionante, al momento de proponer una acción de protección en contra de una política pública, base su pretensión en la reformulación de la misma, lo cual sería idóneo dadas las complicaciones que pueden darse en cuanto a definir la materia impugnada en estos casos. Ahora bien, lo que resta por analizar se enmarca en dilucidar sobre el grado de injerencia que tendría el juez constitucional en relación a la reformulación misma de la política pública.

Para aclarar esta cuestión, se tomará primeramente en cuenta lo estudiado en el anterior apartado, en relación a la visión del activismo judicial, de lo cual se podría extraer que el juez constitucional en estos casos, podría asumir una de estas dos posturas: 1. Una postura tradicional, en la que tomando en cuenta su falta de competencia para intervenir en otras funciones o poderes del Estado, y a su vez, su falta de conocimiento técnico, el juez optaría por abstenerse de pronunciarse sobre la reformulación de la política pública; y, 2., Podría adoptar una visión activista, en la que el juez constitucional, podría emitir una sentencia en la que en base a su criterio decida sobre la reformulación de la política pública.

Con el objeto de señalar cuál postura sería la más adecuada, considero que se debería tomar en consideración varios aspectos. Primeramente, se debe volver a señalar que, el concepto de políticas públicas, proviene de las ciencias sociales y políticas, y es un término ajeno al derecho (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015), de tal modo que en la formulación e implementación de una política pública, entran en consideración estudios y detalles técnicos ajenos al conocimiento jurídico, y en igual modo, la reformulación de una política pública, requiere conocimiento técnico específico sobre la materia que trate la política pública, en lo cual el juez constitucional no estaría adecuadamente preparado. Además, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los órganos encargados de emitir políticas públicas son: la Función Ejecutiva, los Consejos Nacionales de Igualdad, la Función de Transparencia y Control Social; y, en el ámbito seccional, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, razón por la cual los jueces constitucionales no tendrían facultad para emitir ni reformular políticas públicas.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que los mismos jueces constitucionales, tienen la competencia de conocer y resolver acciones de protección en contra de políticas públicas, de conformidad con esto, tienen la capacidad de resolver sobre si de una política pública se

ha desprendido una vulneración directa de derechos fundamentales. Ante lo cual, si la pretensión del accionante, de conformidad con el numeral segundo del artículo 85 de la Constitución, hubiese sido la reformulación de la política pública, el juez constitucional, al momento de aceptar la acción de protección, debería pronunciarse al respecto.

Por lo mencionado, considero que lo más adecuado para el juez sería adoptar una postura intermedia. Esta postura a la que hago referencia, consistiría en que el juez constitucional al ser el encargado de conocer y resolver acciones de protección frente a políticas públicas, al momento de aceptar esta garantía jurisdiccional, podría pronunciarse sobre la reformulación de la política pública; sin embargo, al no tener ni la facultad, ni la capacidad, de emitir, ni de reformular como la política pública, debería abstenerse de interferir en estos aspectos, para los cuales no tiene competencia. En otras palabras, considero que lo más adecuado sería que, al momento de aceptar la acción de protección, el juez, por un lado, declare la vulneración de derechos provenientes de la política pública, y por otro, se limite a ordenar la reformulación de la misma a la autoridad competente.

Para finalizar, se debe hacer mención que los procesos de garantías jurisdiccionales en el Ecuador, adquirieron varias reglas de los procesos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, uno de estos aspectos fue el de la responsabilidad estatal. Al respecto se debe tomar en cuenta que el artículo 20 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, únicamente exige al juez un pronunciamiento sobre la responsabilidad estatal –responsabilidad objetiva-, haciendo énfasis en que se debería remitir el expediente a la autoridad competente para determinar responsabilidades administrativas o penales, e incluso se debería remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad pública de dónde provino el acto u omisión, para determinar así determinar identidades de los funcionarios públicos, sin ofrecer parámetros claros sobre como determinar la responsabilidad –subjativa- en el ámbito constitucional (Zaidán, 2017).

Lo mencionado traería complicaciones, puesto que si bien el juez podría ordenar la reformulación de una política pública, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no ofrecería los parámetros necesarios que ayuden a configurar el elemento subjetivo de la responsabilidad constitucional de una autoridad pública, por lo que el ámbito de acción del juez quedaría limitado únicamente en ordenar la reformulación de la política pública a la máxima autoridad de la entidad pública que ejecutó la misma.

3.4.3 El concepto de reparación integral

Otro aspecto a considerar con el objetivo de dilucidar sobre el rol del juez constitucional en relación a la acción de protección como mecanismo de impugnación de políticas públicas, es el concepto de reparación integral. Se debe tener en cuenta que la acción de protección es de naturaleza reparatoria (Quintana, 2016), razón por la cual, en el caso de que se acepte una acción de protección, y como consecuencia, se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales, el juez constitucional, en su sentencia, debe también ordenar la reparación integral que proceda, así lo dispone al artículo 17, numeral cuatro, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El concepto de reparación integral aparece con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015) y se guía en el principio de procurar siempre la *restitutio in integris* (Ávila Santamaría, 2008), esto es, la plena restitución del daño ocasionado, incluyendo el restablecimiento de la situación anterior al momento de producirse el daño, la reparación de las consecuencias que produjo la infracción, y de ser el caso, la compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, 1989). En este mismo sentido, el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone que la reparación integral, busca que a las personas titulares de un derecho vulnerado, se les restablezca su situación anterior a la vulneración y procura que estas personas gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible.

Por consecuencia, debe entenderse que la reparación integral, por su concepción, no comprende únicamente un resarcimiento compensatorio e indemnizatorio (Loiano, 2008), lo cual es propio de la materia civil.; sino que, la reparación integral comprende, en suma, la reconstrucción de la dignidad de la persona; y, en ese sentido, la reparación integral puede ser material e inmaterial, según el daño ocasionado por la vulneración de derechos (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015). La reparación material comprende todo lo que puede cuantificarse en dinero y que puede demostrarse a través de evidencia; mientras que, lo inmaterial vendría a ser lo que no puede ser evaluado monetariamente, como un trauma psicológico (Ávila Santamaría, 2008). Este aspecto, también es recogido por la Ley

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el inciso segundo de del artículo 18.

A su vez, el mismo artículo 18 de la Ley, señala las formas de reparación integral que se podrían ordenar, siendo estas, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

Ahora bien, se ha señalado con anterioridad dentro de la presente investigación, que el juez constitucional, si concediere una acción de protección contra una política pública, podría ordenar la reformulación de la misma. Sin embargo, cabe dilucidar sobre si el juez, en búsqueda de una verdadera reparación integral, podría ir más allá e involucrarse de alguna forma respecto a la reformulación de la política pública.

Al respecto, Ramiro Ávila Santamaría (2008) sostiene que el juez constitucional, en búsqueda de una efectiva reparación integral, no debería limitarse a dejar sin efectos o suspender diversos actos, lo cual sería una típica acción negativa, sino que debería “(...) *ordenar hacer, como construir, corregir, pagar, disculpar, formar y más*” (pág. 105). Este criterio es compartido, ya que considero que el juez al momento de aceptar una acción de protección contra una política pública no debería solo declarar la vulneración de derechos, y ordenar la reformulación de la misma; sino que, en el marco de su competencia, y en búsqueda de una verdadera reparación integral, debería señalar con claridad cómo la política pública vulneró derechos fundamentales y en base a esto, emitir criterios y parámetros sobre los cuáles los cuáles se deberá reformular la política pública. Tomando en cuenta que estos criterios y parámetros, según el tercer inciso del artículo 18 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser dirigidos y a su vez cumplidos por el destinatario de la sentencia, que en el caso de políticas públicas, se entendería que es la autoridad pública que formuló e implementó la política pública, la cual con competencia y conocimiento técnico debería acoger estos parámetros y así reformular la política pública. Sin embargo, se debe señalar en este mismo sentido que, esto no quiere decir que el juez constitucional deba ser quien expida o reformule como tal la política pública, ya que como se señaló con anterioridad, carece de competencia para aquello, por lo cual, de hacerlo, estaría incurriendo en un activismo judicial desmedido, lo cual sería

incluso contraproducente puesto que se podrían generar resoluciones ampliamente discrecionales, sin sustento técnico, lo que podría conllevar incluso nuevas vulneraciones de derechos (Santiago, 2009).

3.4.4 ¿El juez como formulador o fiscalizador de políticas públicas?

La Constitución ecuatoriana del 2008, al parecer brindó un importante avance en cuanto a la tutela de derechos fundamentales, al establecer la posibilidad de impugnar políticas públicas mediante una garantía jurisdiccional, como lo es la acción de protección. Sin embargo, en la práctica, esto conllevó una serie de interrogantes y dificultades que prácticamente han dejado en desuso esta posibilidad. Lo cual también se ha visto agravado ya que por una parte la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional resultó ser prácticamente una copia del texto constitucional respecto a este tema, mientras que por otra parte, la Corte Constitucional tampoco se ha pronunciado al respecto, con la finalidad de esclarecer las interrogantes al respecto.

Sin embargo, dentro de la presente investigación se ha analizado las distintas posibilidades mediante las cuales se podrían solucionar estos inconvenientes, de forma tal que, se vuelva factible la posibilidad de proponer una acción de protección en contra de una política pública. Tratando principalmente como solución a la factibilidad de que el accionante busque en su pretensión la reformulación de la política pública, y a su vez, que el juez constitucional decida sobre aquello.

Este aspecto, sin embargo, conlleva nuevos cuestionamientos, puesto que se debe dilucidar sobre el rol que debería adoptar el juez constitucional al respecto. Ante lo cual se han analizado diversos preceptos, como la concepción del activismo judicial, el concepto de reparación integral y las facultades y competencias que tendría el juez constitucional respecto a la reformulación de políticas públicas.

De lo analizado, se podría concluir que el juez constitucional, al conocer y resolver sobre una acción de protección, su competencia se basa en analizar y declarar la existencia o inexistencia de una vulneración de derechos fundamentales; y, de ser el caso, en el que se haya declarado la existencia de esa vulneración, debe ordenar las medidas necesarias que conlleven una efectiva reparación integral.

Así, en el caso de que la acción de protección haya sido propuesta en contra de una política pública, el juez constitucional debería de igual manera enmarcar sus actuaciones en su rol de administrador de justicia, y por lo tanto, sus decisiones deberían encuadrarse de tal forma que no sobrepasen las competencias señaladas en el anterior párrafo. De forma tal que, el accionar del juez, no conduzca a una extralimitación judicial, que conlleve a que sus actuaciones incursionen en áreas propias de otros organismos gubernamentales, ya que el poder judicial no está preparado ni diseñado para esto (Santiago, 2009).

Por consecuencia, el juez constitucional que conociere una acción de protección en contra de una política pública, se convertiría en un mero fiscalizador de esa política pública, que se encargará de dilucidar sobre si de aquella se desprende o no una vulneración de derechos fundamentales. Y si bien, se ha señalado que sería adecuado que el juez en el marco de su competencia ordene la reformulación de la política pública, e incluso emita criterios o parámetros sobre en qué debería consistir dicha reformulación, tal orden debe dirigirse a la autoridad pública no judicial competente, para que sea ella quien formule, adecúe y expida los actos necesarios para cumplir con la reformulación de la política pública. Puesto que, por disposición constitucional y legal, la emisión y adecuación de los actos de formulación e implementación que creen o que reformulen una política pública están a cargo de: la Función Ejecutiva, los Consejos Nacionales de Igualdad, la Función de Transparencia y Control Social; ó, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, en el marco de sus respectivas competencias.

Como último comentario, debo señalar que si bien se ha intentado, desde un punto de vista académico, establecer la forma en la que sería procedente la acción de protección en contra de políticas públicas, y a su vez, se ha dilucidado sobre el rol que debería adoptar el juez constitucional en estos casos. Al no existir al respecto, un pronunciamiento claro por parte de la Corte Constitucional, que sería el órgano competente para aclarar estos cuestionamientos, y mientras esto no ocurra, los jueces constitucionales podrían dar diversas respuestas a este tema, dependiendo de la perspectiva que cada uno tenga al respecto.

CONCLUSIONES

- La posibilidad de impugnar políticas públicas de las cuáles se desprenda una vulneración de derechos fundamentales a través de la acción de protección, conlleva una serie de cuestionamientos y dificultades, mismas que deberían ser solventadas por la Asamblea Nacional, y por la Corte Constitucional.
- Pese a que en el Ecuador las políticas públicas son concebidas como garantías constitucionales, y por lo tanto, su formulación, implementación, evaluación y control buscan hacer efectivos el Buen Vivir y los derechos fundamentales, se debe tener claro que el término *política pública* es una concepción propia de las ciencias sociales y de la ciencia política, y aún dentro de estas materias, se trata de un concepto indeterminado. Por esta razón, se puede afirmar que la Corte Constitucional tenía y tiene la obligación imperativa de al menos definir lo que debería entenderse como política pública, en el marco de solventar las dudas y dificultades que nacen a raíz de la posibilidad de su impugnación a través de la acción de protección.
- Por la naturaleza de la acción de protección, al ser un proceso de conocimiento y carecer de naturaleza cautelar, esta puede proponerse en contra de una política pública cuando esta ya haya generado efectos jurídicos directos y uno de esos efectos sea una vulneración de derechos. En consecuencia, la acción de protección únicamente sería procedente en contra de una política pública, después de que esta haya sido implementada, es decir en las fases de implementación –ejecución- o evaluación.
- Si se configurare una omisión vulneradora de derechos fundamentales durante el proceso de creación de la política pública, antes de que esta sea implementada, es recomendable que la acción de protección sea propuesta de forma específica únicamente en contra de la omisión de autoridad pública no judicial, de este modo, la pretensión del accionante y el análisis del juez, de aceptar la acción de protección, se basarían en subsanar la mora y lograr que la autoridad pública actúe conforme a derecho.

- La principal dificultad al intentar impugnar políticas públicas a través de la acción de protección nace en vista de que por su naturaleza, las políticas públicas, pueden materializarse en diversas actuaciones, disposiciones o actos, lo cual impide definir con claridad cuál sería la materia impugnada de la acción de protección.
- Mediante la acción de protección no pueden impugnarse actos de efectos generales, ya que el juez constitucional competente en estos casos, no puede declarar la invalidez de un acto de este tipo, así como tampoco puede dejar sin efectos estos actos únicamente en favor de los accionantes, ya que esto conllevaría una nueva vulneración de derechos, tales como el derecho a la seguridad jurídica o el derecho a la igualdad. Lo cual conlleva a que en la práctica, la posibilidad de impugnar políticas públicas a través de la acción de protección caiga en desuso; puesto que, resulta más factible para el accionante impugnar por separado los diversos actos de una política pública, sea a través de la acción de protección cuando se trate de actos con efectos particulares y directos, o, a través de la acción de inconstitucionalidad cuando se trate de actos normativos o administrativos con efectos generales.
- Teniendo en cuenta que la ventaja y en sí el espíritu de la norma constitucional al establecer la posibilidad de impugnar políticas públicas a través de la acción de protección, versa sobre que el accionante pueda impugnar varios actos como un todo, se puede afirmar que la única forma en la que esto se volvería posible y por lo tanto la acción de protección procedería, es cuando el accionante busque en su pretensión únicamente la reformulación de la política pública impugnada, mas no dejarla sin efecto, teniendo como sustento el artículo 85 numeral dos de la Constitución. En este sentido, el análisis del accionante y del juez constitucional se basaría en determinar si de los efectos de la implementación de la política pública ha surgido una vulneración de derechos, y de ser el caso, la pretensión del accionante y el análisis del juez deberían basarse en la reformulación de la política pública, de tal forma que se pueda tutelar los derechos vulnerados sin afectar los derechos de terceros.

- Si el juez, al aceptar una acción de protección propuesta en contra de una política pública, ordenare la reformulación de la misma, esta disposición debería ser dirigida a la máxima autoridad pública competente, para que esta proceda y ordene a quien corresponda la reformulación. Se debe tener en cuenta que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no incorpora el elemento subjetivo de responsabilidad, por lo que se dificulta la tarea del juez constitucional al momento de establecer la responsabilidad constitucional de un servidor público en concreto.
- En el marco de actuación del juez, y en búsqueda de una verdadera reparación integral, sería recomendable que en su sentencia, se esgriman parámetros sobre el sentido en el que debería reformularse la política pública, los cuáles deberían ser acatados por la máxima autoridad pública competente.
- El juez constitucional se convierte en un fiscalizador de políticas públicas, más no en un formulador de las mismas. Puesto que si bien, el juez puede ordenar la reformulación de la política pública e incluso brindar ciertas directrices sobre el sentido de esta reformulación, será la autoridad pública no judicial competente, la encargada de expedir, adecuar e implementar, los diversos actos o actuaciones, que reformulen la política pública.
- Por su naturaleza, las sentencias de acción de protección generan únicamente efectos *inter partes*. Por lo que el juez, debe basar su decisión y ordenar la reformulación de la política pública únicamente en favor de los accionantes. Sin embargo, sería recomendable que al momento de reformular la política pública, la autoridad pública no judicial competente, además de cumplir con la sentencia en favor de los accionantes, subsane los errores cometidos con anterioridad, en el diseño, formulación e implementación de la política pública, y así, en el uso de sus atribuciones, reformule la política pública de tal manera que incluya y tome en cuenta a todas las personas que se encontraban en una situación similar de vulneración de derechos.

RECOMENDACIONES

- Es recomendable que desde la academia se continúe con el análisis de la institución de la acción de protección, dadas las novedades que fueron introducidas con la Constitución del 2008, las cuales han traído consigo dificultades, cuestionamientos e incluso contradicciones que aún no han sido resueltas con un criterio vinculante, por lo cual, el aporte de la academia resulta de vital importancia para el accionar de jueces y abogados.
- Resulta imperativamente necesario que la Corte Constitucional, al ser el único órgano que puede emitir un criterio vinculante, expida un pronunciamiento que brinde una respuesta a las diferentes dificultades que se han señalado a lo largo de esta investigación sobre la procedencia de la acción de protección en contra de políticas públicas. Puesto que, se debe tomar en cuenta que mientras la Corte Constitucional no emita este pronunciamiento, el actuar de los abogados y de los jueces constitucionales podría dar diversas respuestas a esta problemática, dependiendo de la perspectiva y postura que cada uno tenga al respecto.
- La Corte Constitucional al momento de realizar el respectivo análisis con la finalidad expedir un pronunciamiento vinculante sobre la acción de protección en contra de políticas públicas, deberá buscar la forma adecuada en la que esta garantía jurisdiccional se convierta en un mecanismo adecuado y eficaz que tutele derechos fundamentales, sin que se afecte derechos de terceros.
- Es preciso que se regule con claridad dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, otros temas que han sido precariamente estudiados, incluso por la academia, relacionados con la institución de la acción de protección, tales como: la prueba y la responsabilidad en materia de procesos constitucionales de garantías jurisdiccionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Villanueva, L. (1992). Estudio introductorio. En L. F. Aguilar Villanueva, *El estudio de las políticas públicas* (págs. 15-74). México: Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial.
- Aguilar Villanueva, L. F. (2007). Estudio Introductorio. En L. F. Aguilar Villanueva, *La hechura de las Políticas Públicas* (págs. 15-88). México: Miguel Ángel Porrúa.
- Aguilar, J. P. (2017). Actos administrativos y acción de protección. *Revista ecuatoriana de Derecho Constitucional*, 88-104.
- Aparicio Wilhelmi, M. (2008). Derechos: enunciación y principios de aplicación. En R. Ávila Santamaría, A. Grijalva Jiménez, & R. Martínez Dalmau, *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (págs. 19-40). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, R. (2008). Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008. En R. Ávila Santamaría, A. Grijalva Jiménez, & R. Martínez Dalmau, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (págs. 89-111). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional.
- Carbonell, M. (2010). *Una historia de los derechos fundamentales*. México DF: Porrúa.
- Cassagne, J. C. (2009). *Derecho Administrativo, Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cevallos Zambrano, I. (2014). *La Acción de Protección*. Quito: Workhouse Procesal.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Registro Oficial Suplemento No. 303. 19 de Octubre de 2010.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 306. 22 de Octubre del 2010.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial No. 36.860. 30 de noviembre de 1999.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de Octubre de 2008.
- Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 114. 04 de Julio de 1991.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. 02 de Febrero de 1917.
- Cordero Heredia, D., & Yépez Pulles, N. (2015). *Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.
- Cueva Carrión, L. (2010). *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Decreto Ejecutivo No. 2. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 8. 25 de enero de 2007.
- Domínguez, G. (2008). Neoconstitucionalismo y última palabra. *Revista Jurídica Argentina*, 985-986.
- Dromi, R. (2015). *Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: Hispania Libros.
- Dromi, J. (1973). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.
- Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial No. 536. 18 de Marzo de 2002.
- Fajardo Glauser, S. (2007). Introducción. En E. Montealgre, & M. Cepeda, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas* (pág. 69). Bogotá: Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2000). Garantías. *Jueces para la democracia*, 39-46.
- Ferrajoli, L. (2000). Garantías Constitucionales. *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, 39-57.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2006). Breves notas sobre el amparo iberoamericano. En H. Fix-Zamudio, & E. Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en el mundo* (págs. 3-39). México: Editorial Porrúa.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (1990). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Grau Creus, M., & Mateos, A. (2002). *Análisis de Políticas Públicas en España: enfoques y casos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gudynas, E. (2011). Buen Vivir: Germinando alternativas al desarrollo. *América Latina en movimiento*, vol. 462, 1-20.
- Guerrero del Pozo, J. (2014). *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección (tesis de maestría)*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Hecló, H. (1972). Review article: Policy analysis. *British Journal of Political Science*, 83-108.

- Henao Pérez, J. C. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 67-102.
- Hill, M. (2009). *The Public Policy Process*. Harlow: Pearson Education Limited.
- Houtart, F. (2011). El concepto de Sumak kawsay (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad. *Revista de Filosofía No. 69*, 7-33.
- Jaramillo Huicalpi, V. (2011). *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- La Serna, C. (1999). *Políticas, organizaciones y prácticas sociales en la Transformación del Estado de Bienestar*. Montreal: Cahier de du CETAI.
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. 02 de Abril de 2013.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52. 22 de Octubre de 2009.
- Lindblom, C. (1991). *El proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid: Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Loiano, A. (2008). *Evolución de la Doctrina de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones, en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. México: UNAM.
- Lowi, T. J. (Agosto de 1972). *Four Systems of Policy, Politics, and Choice*. Recuperado el 07 de 03 de 2015, de Jstor:
http://www.jstor.org/stable/974990?seq=1#page_scan_tab_contents
- Lowi, T. J. (2007). Políticas públicas, estudios de caso y teoría política. En L. F. Aguilar Villanueva, *La hechura de las políticas* (págs. 89-117). México: Miguel Ángel Porrúa.
- Marianello, P. (2008). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Pensar en Derecho*, 121-165.
- Meny, I., & Thoenig, J.-C. (1992). *Las Políticas Públicas*. Barcelona: Ariel.
- Muller, P. (2006). *Las políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muller, P., & Surel, Y. (1998). *L'analyse des politiques publiques*. París: Montchrétien.
- Palacios Romeo, F. (2009). Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvororge al Sumak Kawsay. En R. Ávila Santamaría, A. Grijalva Jiménez, & R. Martínez Dalmau, *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (págs. 41-66). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Parsons, W. (2007). *Políticas Públicas: Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. México: FLACSO, Sede académica de México.

- Pérez, E. (2012). *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Porras Velasco, A. (2011). La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano. En J. Montaña Pinto, & A. Porras Velasco, *Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial: garantías constitucionales en Ecuador, Tomo II* (págs. 37-61). Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Quintana, I. (2016). *La acción de protección*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Resolución No. 006-2003-RA, 006-2003-RA (Tribunal Constitucional, Tercera Sala 25 de Junio de 2003). Registro Oficial No. 129. 21 de julio de 2003.
- Resolución No. 013-2004-TC, 013-2004-TC (Tribunal Constitucional 23 de Junio de 2004). Registro Oficial No. 374. 09 de Julio de 2004.
- Resolución No. 0180-2004-RA, 018-2004-RA (Tribunal Constitucional 01 de Septiembre de 2004). Registro Oficial No. 432. 30 de Septiembre de 2004.
- Resolución No. 233-2002-RA, 233-2002-RA (Tribunal Constitucional 09 de Mayo de 2002). Registro Oficial No. 584. 28 de Mayo de 2002.
- Rodríguez, E., & Taborda, A. (2009). *Análisis de políticas públicas. Formación, estilos de gestión y desempeño: Políticas de vivienda. 1991 / 2007*. Córdoba: Brujas.
- Roth Deubel, A.-N. (2009). *Políticas Públicas Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Saffon, M. P., & García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 75-107.
- Salazar Vargas, C. (1999). *Las políticas públicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Salgado Pesantes, H. (2012). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones Legales S.A.
- Santiago, A. (2009). Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 131-155.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo: Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Senplades, S. N. (2014). *Plan Nacional de Desarrollo/Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017. Versión resumida*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – Senplades.

- Sentencia No. 001-10-PJO-CC, 0999-09-JP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de Diciembre de 2010). Registro Oficial Segundo Suplemento No. 351. 29 de diciembre de 2010.
- Sentencia No. 065-13-SEP-CC, 1144-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 21 de Agosto de 2014). Registro Oficial Tercer Suplemento No. 93. 02 de Octubre de 2013.
- Sentencia No. 093-14-SEP-CC, 1752-11-EP (Corte Constitucional 04 de Junio de 2014). Registro Oficial Suplemento No. 289. 15 de julio de 2014.
- Sentencia No. 102-13-SEP-CC, 0380-10-ep (Corte Constitucional del Ecuador 04 de Diciembre de 2013). Registro Oficial Segundo Suplemento No. 161. 14 de Enero de 2014
- Sentencia No. 157-12-SEP-CC, 0556-10-EP (Corte Constitucional 18 de Junio de 2014). Registro Oficial Suplemento No. 743. 11 de Julio de 2012.
- Sentencia No. T-406792 (Corte Constitucional Colombiana 1992).
- Sierra Cadena, G. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de políticas públicas*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Silva Portero, C. (2008). Las garantías de los derechos ¿Invencción o reconstrucción? En R. Á. Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (págs. 51-84). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Storini, C. (2009). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008. En S. Andrade, A. Grijalva, & C. Storini, *La nueva Constiución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones* (págs. 287-312). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C., & Varone, F. (2012). *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- Torres, L. (2010). *Debate Constitucional*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de Fondo (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Julio de 1988).
- Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Julio de 1989).
- Zaidán, S. (2012). *Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Zaidán, S. (17 de Noviembre de 2016). Acción de protección contra políticas públicas. (C. Alvarez Freire, Entrevistador)
- Zaidán, S. (2017). Audiencia, prueba y responsabilidad en garantías jurisdiccionales. *Revista ecuatoriana de Derecho Constitucional*, 165-182.
- Zavala Egas, J. (2005). *Derecho Administrativo: Tomo I*. Guayaquil: EDINO.

Zavala Egas, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: EDILEX S.A.

Zavala Egas, J., Zavala Luque, J., & Acosta Zavala, J. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil: Edilex S.A.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

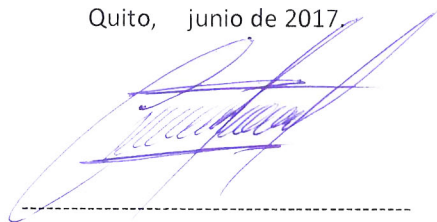
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, CRISTIAN ANDRÉS ÁLVAREZ FREIRE, C.I. 1720442605, autor del trabajo de graduación intitulado: LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA, Y LOS LÍMITES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** 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 artículo 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 la 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, junio de 2017.

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and strokes, positioned above a horizontal dashed line.

C.I.: 1720442605.


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA N.º 172044260-5
 APELLIDOS Y NOMBRES **ALVAREZ FREIRE CRISTIAN ANDRES**
 LUGAR DE NACIMIENTO **PICHINCHA QUITO CHIMBACALLE**
 FECHA DE NACIMIENTO **1992-06-13**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **M**
 ESTADO CIVIL **SOLTERO**





INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** V1333H1222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE **ALVAREZ PEREZ RICARDO ANTONIO**
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE **FREIRE SOLA MONICA JANNETH**
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN **QUITO 2015-08-19**
 FECHA DE EXPIRACIÓN **2025-08-19**






 DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO




CERTIFICADO DE VOTACIÓN
 ELECCIONES GENERALES 2017
 2 DE ABRIL 2017

006 JUNTA No. **006 - 054** NUMERO **1720442605** CÉDULA
ALVAREZ FREIRE CRISTIAN ANDRES APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA **CIRCUNSCRIPCIÓN: 1**
QUITO CANTÓN **ZONA: 1**
JIPUJAPA PARROQUIA


ECUADOR ELIGE CON TRANSPARENCIA

ELECCIONES 2017
 GARANTIZAMOS TU DECISIÓN

CIUDADANA (O):
 ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN LAS ELECCIONES GENERALES 2017
 ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS


 REGISTRAR DE LA JUNTA **IMP: BCM MJ**