Dom. Cien., ISSN: 2477-8818
Vol. 4, núm. 1, enero, 2018, pp. 155-177

Número Publicado el 01 de Enero de 2018

http://dx.doi.org/10.23857/dom.cien.pocaip.2017.4.1.enero.155-177
URL:http://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/index

Artículo Científico

La acción de protección su eficacia y aplicación en el Ecuador

The action to protect its effectiveness and application in Ecuador

Alcides J. López-Zambrano [I]

Recibido: 20 de octubre de 2017 *** Corregido:** 20 de noviembre de 2017 *** Aceptado:** 01 enero de 2018

I. Magister en Derecho Constitucional; Abogado de los Juzgados y Tribunales de la Republica.

Resumen

Se trata de una interesante y peculiar herramienta constitucional y jurídica del ordenamiento ecuatoriano, cuyos antecedentes se hallan en la regulación mexicana del amparo, la cual sirvió de inspiración a las normativas de América del Sur. El artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, establece esta acción como un recurso o vía encaminado a proteger a los ciudadanos del abuso de poder y las violaciones de sus derechos. El trabajo se encamina al estudio teórico de la acción, su regulación, y las principales cuestiones sobre su eficacia y aplicación, con el objetivo de fundamentar la naturaleza de la Acción de Protección, como un mecanismo viable para la protección de los derechos de los ciudadanos. En tal sentido, debe profundizarse en el análisis teórico y legal de la institución, en sus características principales, escenarios de aplicación, principales disyuntivas que plantea su ejercicio, para valorar modificaciones tendentes al perfeccionamiento del orden jurídico y constitucional, en pos de lograr auténtica eficacia de la norma y efectiva protección de los derechos ciudadanos. El tema impacta directamente en la protección constitucional de los derechos de los individuos, en la vida en sociedad y en la tutela que el Estado debe brindar a sus ciudadanos. La novedad, importancia y actualidad de la investigación se deriva de lo antes explicado, pues si bien existen algunos estudios sobre la temática, debe continuarse profundizando en esta trascendental materia.

Palabras clave: Acción de Protección, tutela, amparo, Estado, Constitución, ciudadano, eficacia.

Abstract

It is an interesting and peculiar constitutional and artificial tool of the Ecuadorian classification whose antecedents are in the Mexican regulation of the help, which served from inspiration to the normative of America of the South. The article 88 of the Constitution of the Republic of the Ecuador, establishes this action like a resource or road guided to protect to the citizens of the abuse of power and the violations of their rights. The work heads to the theoretical study of the action, its regulation, and the main questions on its effectiveness and application, with the objective of basing the nature of the Action of Protection like a viable mechanism for the protection of the rights of the citizens. In such a sense, it should be deepened in the theoretical and legal analysis of the institution, in their main characteristics, application scenarios, main disjunctive that outlines their exercise, to value modifications tendentes to the improvement of the juridical and constitutional order, after achieving authentic effectiveness of the norm and effective protection of the civic rights. The topic impacts directly in the constitutional protection of the rights of the individuals, in the life in society and in it guides her that the State should offer to its citizens. The novelty, importance and present time of the investigation is derived before of the explained, because although some studies exist on the thematic one, it should be continued deepening in this momentous matter**.**

Key words: Action of Protection, guides, I aid, State, Constitution, citizen, effectiveness.

Introducción.

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre del 2008 instituyó una serie de acciones jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos, tales como: la Acción de Protección, la Acción de Hábeas Data, la Acción de Hábeas Corpus, la Acción por Incumplimiento, la Acción de Acceso a la Información Pública y la Acción Extraordinaria de Protección.

Una de las novedades más interesantes de dicha Constitución, fue la introducción de la Acción de Protección, en el artículo 88 del capítulo tercero en su Título III.

Los constituyentes, basados en una concepción del Estado protector de la ciudadanía de los abusos o negligencias de aquellos que detentan el poder en ejercicio de funciones públicas, e inspirados en posturas similares de otros países del área latinoamericana como México, Perú, Colombia, Chile, Uruguay y Argentina, diseñaron esta acción que permite reclamar ante la justicia ordinaria y extraordinaria por la violación de los derechos. Se erige así el texto constitucional en un texto garantista y controlador de los derechos fundamentales.

El origen de esta acción puede hallarse en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, suscrito el 22 de noviembre de 1969, en cuyo artículo 25 se dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces y tribunales.” También hay que aludir la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, que preceptuó: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra acto que violen sus derechos reconocidos por la constitución o por la ley” (Pasara, 2008, p. 119).

La ley fundamental ecuatoriana reconoce al Ecuador como un Estado de derechos y justicia. Esta noción del Estado garantista es rasgo distintivo del Estado constitucional de derechos, al erigirse sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, consagrados en la Constitución en estrecha vinculación con los poderes públicos debidamente constituidos (Pérez, 2005, p. 233). El artículo expone como características básicas de este Estado de Derechos y justicia las que a continuación se consignan:

- El reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución;
- La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica;
- El reconocimiento de la Jurisprudencia Constitucional como fuente primaria de Derecho.

En todo Estado constitucional de derechos y justicia, el ordenamiento jurídico se estructura jerárquicamente en tanto la ley se subordina a la normativa constitucional, lo cual representa, sin dudas, un paso significativamente superior al concebir que la Ley fundamental es la cúspide, una pirámide cuya misión esencial es la de proteger a las personas, pueblos, comunidades e inclusive a la naturaleza misma (Gozaini, 2009, p. 18).

Así, el artículo 424 constitucional dispone lo siguiente: “Las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficiencia jurídica”.

La superación del Estado legalista basado en el positivismo jurídico, según el cual “la ley es la única fuente del Derecho” fue posible al establecer en la Ley de leyes este concepto del Estado Constitucional de derechos y justicia, en el cual el paradigma constitucional garantista en la Constitución no es una norma ordinaria, sino que es la “norma suprema” dentro del ordenamiento jurídico que disciplina y orienta a todos los poderes públicos y también los particulares que se sujetan a la Constitución (Carbonell, 2007, p. 10).

La Acción de Protección va encaminada a lograr la tutela general de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (Cueva, 2011, p. 400). Tiene un carácter general y omnicomprensivo, pues permite garantizar todos los derechos, incluso aquellos que no cuentan con una vía procesal especial. En consecuencia, se revela como la herramienta primordial para la garantía de los derechos de las personas, de los colectivos y de la naturaleza, ya que es un instrumento inmediato para tutelar eficazmente los derechos (Landa, 2004, p. 159).

El hecho de que la Carta Magna es un documento de atención directa, incide en la aplicación y eficacia de esta acción, que coloca los derechos fundamentales que regula como límites y vínculos para la actuación del Estado, e impone que se desarrollen y garanticen mediante el establecimiento de mecanismos adecuados para la materialización y la creación de distintos tipos de garantías, que permiten concurrir ante las autoridades competentes con el objetivo de detener y evitar las violaciones de derechos, o pedir la reparación en caso que sea necesario (Jaramillo, 2011, p. 314).

Uno de estos mecanismos es la Acción de Protección, cuyo fin esencial es el amparo efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución ante violaciones procedentes de actos u omisiones de las autoridades públicas no judiciales, o de particulares cuando se trate de servicios públicos impropios, en presencia de una relación de subordinación o situación de discriminación. Se ha sostenido que en la práctica no se conocen profundamente las características de este mecanismo de defensa de los derechos constitucionales, ya que se prédica de esta acción un carácter residual, entendiendo que es necesario agotar las instancias administrativas y judiciales para poder interponerla (Carbonel, 2010, p. 39).

Su aplicación y eficacia constituyen cuestiones de cardinal importancia para que el reconocimiento de esta acción no quede como letra únicamente del texto constitucional, sino que

constituya un real y efectivo mecanismo que cumpla el fin para el que fue creado: proteger los derechos.

Antecedentes de la Acción de Protección

El antecedente más claro de la acción constitucional ordinaria de protección se halla en la acción de amparo constitucional, cuyos orígenes se remontan a la Carta Federal de México de 1957. Esta, por su parte, se inspiró en el hábeas corpus de origen británico, ya que, el amparo inicialmente protegía la libertad e integridad personal.

En México el amparo constituyó una especie de recurso de casación, en tanto se consideró un mecanismo de impugnación de toda sentencia judicial, pero también un medio de impugnación de leyes, actos y resoluciones administrativas.

En Latinoamérica, encontramos: el mandato de seguranza en Brasil, la acción de tutela en Colombia, el amparo constitucional peruano y el chileno recurso de protección.

Su desarrollo en el Ecuador.

El Amparo constitucional se consagró constitucionalmente en 1967, pero no tuvo la debida aplicación al no promulgarse leyes y reglamentos que garantizaran su aplicabilidad, dada la situación política en esos años: En el texto podía leerse que “el estado garantizaba al ciudadano el derecho de demandar el amparo jurisdiccional sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes (Pazmiño, 2008, p. 11).

La Constitución de 1978-1979 restablecedora de la democracia no concedió, sin embargo, el amparo. Las reformas constitucionales de 1983 intentaron reintroducirlo, pero se trataba más de una queja que de un amparo, ya que se dispuso que ante el Tribunal de Garantías Constitucionales;

cualquier persona natural o jurídica podía presentar quejas por quebramiento de la Constitución o por atentado contra los derechos y libertades garantizados por ella (Villareal, 2010, p. 134).

En proyectos posteriores, se puede citar como el Presidente Sixto Durán Ballén, designó en 1994 una Comisión de Juristas y Constitucionalistas, integrada, entre otros por Gil Barragán Romero, Hernán Salgado y Juan Larrea Holguín, para redactar un anteproyecto de reforma constitucional, hubo intentos de introducir la institución del amparo como garantía autónoma y con una perspectiva más avanzada (Cevallos, 2009, p. 35).

En 1996, el Congreso aprobó un bloque de reformas a la Constitución, consignando en su articulado vigente hasta el 10 de agosto de 1998, la acción de amparo constitucional.

La Ley de Control Constitucional de 1997 y el Reglamento Orgánico del Tribunal Constitucional, con una reforma en 1998; concedió al Tribunal Constitucional la competencia de conocer el recurso de amparo, en apelación cuando se le hubiera concedido o se hubiere negado en segunda instancia (Bravo, 2011, p. 54).

El artículo 88 de la Constitución vigente desde el 20 de octubre del 2008, atribuyó a la nueva Acción de Protección un carácter de garantía jurisdiccional mucho más amplia y completa que la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 95 de la Constitución de 1998. La acción de amparo constitucional tenía una naturaleza meramente cautelar. La Acción de Protección, en cambio, aparece como un proceso de conocimiento, declarativo y no residual, siendo un salto cualitativo en la protección del individuo. El juez constitucional debe ahora declarar la violación del derecho fundamental y reparar las consecuencias; reparación que abarca medidas positivas y negativas, materiales e inmateriales. Esta construcción jurídica consolida esta acción como útil mecanismo constitucional para la protección de derechos fundamentales.

Definición de la Acción de Protección

Como se ha apuntado anteriormente, la Acción de Protección ha recibido diferentes denominaciones en los países de la región, siendo denominada indistintamente como amparo, tutela, mandato de seguridad, protección. La Constitución vigente reemplaza el Amparo Constitucional por la Acción de Protección, expresando que la Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, de allí podemos significar el hecho de que se mantenga la palabra amparo, que aparecía en la Constitución de 1998.

De cualquier manera, lo que reflejan todas las denominaciones dadas es el fin u objetivo que cumple este remedio jurídico: la protección o tutela de los derechos individuales (Fix, 1997, p. 78).

La Acción de Protección Constitucional se considera una garantía del derecho interno, reconocida, como se ha dicho, por el Derecho Internacional, definido en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

García, al referirse al amparo constitucional señala que es una institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Público o Constitucional, y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad pública no judicial, que actúe fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los derechos que ella protege (1999, p. 112).

Para la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, el amparo no era un recurso común por inconstitucionalidad, sino una medida protectora de carácter especial, y su admisibilidad se encontraba limitada a los supuestos en que el acto de autoridad violaba alguno de los derechos reconocidos constitucionalmente a los ciudadanos (Bobbio, 1991, p. 270).

En la Constitución de 1998 se consideraba el amparo como recurso. Según García el amparo "es una acción especial de derecho público, verdadera garantía, superior a las leyes de mero procedimiento" (García, 1999, p. 114).

Para la vigente Ley fundamental se trata de una acción. Couture define la acción como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión. Así como el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución (2002, p. 47).

La definición constitucional del 2008 de la Acción de Protección indica que es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (Gordillo, 2010, p. 184).

Del análisis de esta conceptualización se pueden extraer como los elementos conformadores de la definición los siguientes:

- La Acción de Protección sigue teniendo como finalidad el amparo
- El amparo se refiere a los derechos constitucionales
- La vulneración puede ser por acción u omisión

- Los sujetos violadores de derechos son disímiles e incluye a los particulares, no solo a autoridades públicas
- Los supuestos fácticos también son variados: por daño grave, prestación impropia de servicios públicos, si la víctima se encuentra en situación de desigualdad por subordinación, indefensión o discriminación.

Mediante el ejercicio de esta acción se cumple con la función de remediar un conflicto, por la conducta lesiva de un ente que amenaza, perturba o priva a un sujeto del legítimo ejercicio de algún derecho constitucionalmente reconocido.

Ferrajoli considera que son derechos fundamentales todos aquellos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica" (2007, p. 206).

Los derechos fundamentales son aquellos que se consideran básicos o esenciales al ser humano, ya que son inherentes al desarrollo de su personalidad (Ferrajoli, 2001, p. 136). El Estado no solamente protege a las personas de la autoridad y de las políticas públicas que no respeten estos derechos, sino también de los particulares, sean personas jurídicas o personas naturales, pues con estas también puede configurarse una relación violatoria de derechos, al encontrarse muchas veces en relación de supremacía con el sujeto victima quien puede sufrir de discriminación o quedar en estado de indefensión.

Las características de la acción de protección

La Acción de protección tiene características propias que la hacen diferente frente a las demás acciones constitucionales y legales. Se vincula con el derecho a la tutela efectiva regulado en

el artículo 75 que establece: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Una de las peculiaridades esenciales de la Acción de Protección es su carácter preventivo, lo cual significa que no es, ni puede ser requisito para su ejercicio la real existencia de un daño o perjuicio a los derechos o intereses que se pretende tutelar, sino que es suficiente que exista la amenaza o riesgo de que se produzca dicho daño (Muñoz, 2008, p. 30).

Las características que posee esta acción puedes sistematizarse como a continuación se expone:

- Sencilla**:** Debe estar carente de los formulismos o rituales propios de los procesos comunes, los cuales, en muchos casos, constituyen un obstáculo para el libre acceso a la justicia. Ser sencilla, implica también como otra característica que no será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. Finalmente debe ser gratuita, tal como refrenda la Constitución en su artículo 168, numeral 4: "El acceso a la administración de justicia será gratuito."
- Expedita**:** Debe ser una acción expedita, ágil, con plazos cortos para la receptación y práctica de prueba (Larida, 2004, p. 13). Debe ser exponente del principio de celeridad procesal. La Constitución en su artículo 86, literal e) del numeral 2 señala: "No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho". En consecuencia, todas las normas procesales que conculquen esta disposición carecen de validez, porque expresa derogación constitucional; estableciendo en el numeral 2 del artículo 86 las disposiciones por las que se regirán las garantías jurisdiccionales.

También el literal h) del numeral dos del art. 44 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, dispuso que "en ningún caso se admitirá inhibición de la jueza o juez".

- Efectiva: Esta es una característica bien polémica, pues la efectividad no depende únicamente de su regulación, sino también de cómo se manifieste en la práctica. La efectividad depende de muchos aspectos de índole objetiva y subjetiva, significa que puede resultar inútil la acción por carencia de independencia del poder judicial, porque la ejecución de las sentencias adolezca de vicios o no se cuente con los medios necesarios para ella, o cuando por cualquier causa en el caso concreto el presunto lesionado no pueda acceder efectivamente a la reparación (Ferrer, 2002, p. 23).

  Además, puede considerarse de carácter general y de carácter particular y la medición de la misma dependerá de estudios de campo que validen si la acción ha sido realmente suficiente para reparar los derechos vulnerados, y ello solo será posible con el análisis estadístico y de fondo de casos de la realidad. Acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Acción de Protección debe de estar configurada de tal forma que se pueda alcanzar la protección del derecho fundamental comprometido (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 93).

- Preferencia**:** Significa que esta acción debe sustanciarse en forma prioritaria y con celeridad. Debe ser propuesta en forma inmediata, esto es, tan pronto acaezca la violación de los derechos. Debe tramitarse con preferencia y premura y no ha de confundirse con cualquiera de los procedimientos de la justicia ordinaria, ya que se desnaturalizaría el recurso al no cumplir los fines para los cuales fue creada.

- Directa: El juez no puede dejar de proteger los derechos bajo ningún pretexto. Requiere acciones positivas que implican la creación de condiciones para un acceso real a la jurisdicción constitucional: Implementación de la presentación oral de la demanda, capacitación de los operadores jurídicos (Salgado, 2004, p. 80). El trámite debe desenvolverse con sencillez, prontitud y oportunidad, descartando cualquier complejidad procesal propia del proceso ordinario; por lo que, no se admitirán dilaciones innecesarias, incidentes, ni formalidades superfluas. La Acción de Protección se interpone en forma directa para que realmente tenga valor y la regulación de los derechos no sea meramente declarativa y sin garantías (Alarcón, 2009, p. 52).
- Universal: Al decir del tratadista Santamaría, la Constitución ordinaria de protección es universal en relación con el objeto porque rige para proteger los derechos constitucionales de todos los habitantes del Estado y actúa contra la acción u omisión de autoridad pública, o de persona natural o jurídica que hubiere violado uno de aquellos derechos, pero, en relación con el sector del que proviene la acción u omisión, tiene un carácter particular (2008, p. 23).

Sin embargo, en el Ecuador, de conformidad con el artículo 88 de la vigente Constitución queda excluida la autoridad pública judicial, lo cual implica una disminución a la característica de universal que se predica de esta acción.

- Informalidad: Carrión considera que el formalismo es propio de la justicia ordinaria, por eso es lenta y muchas veces llega cuando ya no se necesita; en cambio en la Acción de Protección ningún formalismo se justifica, bajo ningún pretexto, porque ingresa al procedimiento y se constituye una nueva forma de injusticia, corrupción. Por lo tanto, en el trámite de esta acción no se permite formalidad alguna que retarde el procedimiento, por esta razón la oralidad es su mejor aliada (Carrión, 2009, p. 79).

Por ello en el texto constitucional se establece que las garantías pueden ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida, no resultando obligatorio el patrocinio de un abogado para ejercer la acción (Abad, 2004, p. 234). Solo bastará relatar la acción u omisión lesiva al derecho que se considera vulnerado. Puede ser criticable esta particularidad a la que se hacía referencia de no resultar necesario señalar la norma infringida, y ello haría más cabal el ejercicio de la acción, pues el derecho afectado debe estar plasmado en una norma para que se considere como tal y mencionar la misma no atenta contra la formalidad, ni tampoco contra la su naturaleza sumaria, preferencial e inmediata que son características que se vinculan coherentemente con la predicada informalidad (Sagues, 2004, p. 19).

Estructura procesal simple: Se caracteriza por la inmediación de las relaciones entre el juzgador y las partes, con un proceso sumario presidido por la oralidad (Elejalde, 2006, p. 66).

La Acción de Protección se erige como un proceso ampliamente reparatorio. El artículo 86 numeral 3 de la Constitución vigente eliminó el carácter puramente cautelar propio del amparo, y confirió al juzgador constitucional la potestad de decretar mediante sentencia la reparación integral al ofendido.

Consecuentemente, la Acción de Protección, de acuerdo a las disposiciones comunes inherentes a las garantías jurisdiccionales, sí cuenta con efectos de naturaleza indemnizatoria o patrimonial.

La admisibilidad de la Acción de Protección en Ecuador

La Acción de Protección es admisible:

1. Contra los actos u omisiones de las autoridades y funcionarios públicos, no judiciales que violen o hayan violado cualquiera de los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio;

2. Contra políticas públicas, nacionales o locales, que impidan el goce o ejercicio de los derechos y garantías;

3. Contra los actos u omisiones del prestador del servicio público que viole los derechos y garantías;

4. Contra los actos u omisiones de las personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando concurra al menos una de las siguientes situaciones:

a. Presten servicios públicos impropios o de interés público;

b. Presten servicios públicos por delegación o concesión;

c. Provoque daño grave;

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

El artículo 3 de la Constitución refrenda: "Son deberes primordiales del Estado: Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la de seguridad social y el agua para sus habitantes".

Por tanto, el Estado no solo regula, sino que garantiza el efectivo goce de los derechos, o sea, concede la acción para reclamar procesalmente la violación del derecho del individuo, pues solo así la norma podrá ser realizable y no convertirse en letra muerta (Silva, 2008, p. 51).

En la práctica jurídica y procesal la eficacia de la Acción de Protección conlleva:

a) Que el juez constitucional tenga amplias facultades para dictar las medidas que considere más adecuadas para alcanzar el fin perseguido. Por ejemplo: la presentación de disculpas públicas o retractación, la realización de actos públicos, la creación o supresión de partidas presupuestarias, la transferencia de fondos, la reforma de políticas públicas, la reinserción

laboral de la persona discriminada, el establecimiento de custodia policial o de otras medidas de protección personal, entre otras.

b) Correcta aplicación del principio *iura novit curia* y sentencias congruentes que contengan las medidas más efectivas de protección aun cuando estas rebasen la petición del demandante. Pueden aplicarse de oficio, medidas cautelares entre otras que procedan en el caso en cuestión.

c) Si la vía constitucional no es la más adecuada para proteger el derecho, el juez debe indicar cuál es la idónea, sin perjuicio de que pueda disponer medidas con el fin de salvaguardar los derechos, hasta que la justicia ordinaria de pronuncie (Bazan, 2010, p. 1732).

La Constitución diseñó la Corte Constitucional, no como una instancia más sino como un órgano de cierre del sistema. El legislador al estipular en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como requisito de procedibilidad de la Acción de Protección, la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado y como requisito de improcedencia que: "Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no sea adecuada ni eficaz"; dotó de una naturaleza subsidiaria a esta la acción, delimitando su acceso y ratificando lo que se pronuncia en la ley fundamental. La Acción de Protección va encaminada a proteger derechos fundamentales, esto es, aquellos que sean universales, inalienables, intransmisibles e irrenunciables y en determinadas condiciones de vulneración de los mismos (Ferrajoli, 1997, p. 868).

Entre estas condiciones fácticas de vulneración, se halla la desprotección y la indefensión del accionante. Es decir, deberá tenerse en cuenta si el actor pertenece a las personas y grupos de atención prioritaria establecidos en el Capítulo III del Título II de la Constitución. El artículo 35 de la Ley Suprema establece que:

"Las personas adultas mayores, niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad".

Del texto constitucional se puede inferir una presunción de vulnerabilidad de estas personas, aunque no en todos los casos lo estén ciertamente, por lo que el juez deberá tomar esta presunción en cuenta al valorar si disponen de otra vía más adecuada y eficaz para lograr la protección de sus derechos constitucionales.

Valoración de la eficacia de la Acción de Protección en la vulneración de los derechos constitucionales

No basta la existencia formal de la acción para lograr proteger los derechos fundamentales. Se requiere un juez activo, que valore casuísticamente y sin pretensiones restrictivas, la verdadera eficacia de la acción para alcanzar su fin, con una interpretación holística de la norma constitucional y de todo el Derecho vigente, en aplicación del principio que reza "*iura novit curia*" y sobre la base del valor justicia y la independencia judicial en el ejercicio de su función.

Es importante además valorar la idoneidad del medio empleado para proteger el derecho vulnerado, sobre lo cual debe pronunciarse el juez y de esta forma también se está garantizando su eficacia, toda vez que entre la idoneidad del medio y su eficacia existe una interrelación lógica, pues la idoneidad implica que el derecho dañado sea protegido adecuadamente y la eficacia conlleva a su oportuna protección.

La Acción de Protección de acuerdo a su regulación actual establece un proceso sencillo además de los elementos que facilitan su eficacia mediante la flexibilidad en el asunto, cuyo objetivo principal será siempre garantizar el amparo y la protección de los derechos, limitando sobre todo aquellos actos del poder público que puedan violar o interponerse en el ejercicio de derechos individuales.

Conclusiones

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, de corte notablemente garantista y superior a su predecesora, reconoce la Acción de protección como medio para lograr la protección de los ciudadanos por la vulneración de sus derechos fundamentales.

El Estado es responsable de garantizar que el sistema judicial atienda de manera prioritaria a los ciudadanos en ejercicio de la Acción de Protección. Además de lo establecido en la norma suprema y de la admisibilidad formal de la acción; para que esta sea efectiva debe garantizarse que el ciudadano tenga la posibilidad real de accionar de forma rápida y sencilla, y que existan los remedios adecuados para darle respuesta.

La eficacia de la Acción de Protección no depende únicamente de su regulación formal, sino también de la voluntad política, la capacidad de los operadores jurídicos, la práctica jurídica, y el control que ejerza la Corte Constitucional.

Los jueces en virtud y honor de la Constitución garantista que nos rige, deben actuar como activistas de defensa de los derechos fundamentales, disponiendo con creatividad y valentía reparaciones integrales que respondan al verdadero fin tuitivo de la Acción de Protección, cuyo objetivo es claro, amparar directa y eficazmente los derechos reconocidos en la Constitución,

teniendo como objetivo reparar el daño causado, hacerlo cesar si se ha producido o prevenirlo si es que existe la presunción o los indicios claros de que el acto ilegítimo puede producirse.

Referencias bibliografías

Abad Yupanqui, S. (2004) *El proceso constitucional de amparo,* en *Gaceta Jurídica,* Lima.

Alarcón, P. (2009). Acción de Protección: Garantía Jurisdiccional Directa y no Residual. ¿La Ordinarización de la Acción de Protección? Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito.

Ávila Santamaría, R. (2008). *Avances conceptuales en la Constitución de 2008: Desafíos Constitucionales.* Editores Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito-Ecuador.

Ávila Santamaría, R. (2011). *El Neo constitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008.* Quito-Ecuador. Ediciones Abya –Yala.

Ávila Santamaría, R (2007). "El Amparo Constitucional, entre el diseño liberal y la práctica formal*",* en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional,* Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador.

Bazán, V. (2010). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo.* Tomo II. Buenos Aires-Argentina.

Bravo Izquierdo, C. (2011). *Tratado de Derecho Constitucional.* Cuenca-Ecuador. Ediciones Carpol.

Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los derechos,* Editorial Sistema, Madrid.

Bobbio, N. (1990). *Igualdad y Libertad,* Editorial Paidós, Barcelona-España.

Carbonell, M. (2010). *Neo Constitucionalismo y Derechos Fundamentales.* Quito - Ecuador Cevallos Editora Jurídica.

Carbonell, M. (2007). *Teoría del Neo constitucionalismo- El neo constitucionalismo en su laberinto.* Ensayos Escogidos, Varios autores, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Madrid-España. Editorial Trotta.

Cevallos, A. (2009). *La Acción de Protección Ordinaria, formalidad y Admisibilidad en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.

Couture, E. (2002). F*undamentos del Derecho Procesal Civil.* Montevideo-Uruguay, Editorial B de F.

Cueva Carrión, L. (2010). *Jurisprudencia de la Corte Constitucional.* Tomo I, Ediciones Cueva Carrión.

Cueva, L. (2011). *Acción Constitucional Ordinaria de protección.* Quito: Ediciones Cueva Carrión.

Díaz Reviro, F. (2004). *Hacia un Sistema Constituyente de Derechos Humanos*. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, Ecuador.

Ele jalde Astudillo, M. (2006). "Principios Básicos de Interpretación Constitucional", en, *Temas Constitucionales*, Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador, No. 8.

Ferrusola, L. (2008). *Democracia y garantizo*, Editorial Trota S.A. Madrid-España.

Ferrusola, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta S.A. Madrid-España.

Ferrajoli, L. (1997) *Derechos y Garantías.* Editorial Trotta S.A. Madrid-España.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2002). La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado, 3a. ed., México, Porrúa.

Fix-Zamudio, H. (1991). "La Justicia Constitucional" Revista de Derecho Constitucional No. 1, San José de Costa Rica.

García Falconí, J. (1999). *El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional*, 3ra Ed. Quito, Editorial Rodín.

Gordillo Guzmán, D. (2010). *La Limitación de la Acción de Protección contra Decisiones Judiciales y su Incidencia en la Indefensión.* Quito-Ecuador.

Gozaini, O. (2009). *Introducción al Derecho Constitucional.* Buenos Aires-Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores.

Jaramillo Huilcapi. V. (2011). Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano, CEP Corporación, Quito-Ecuador.

Landa, C. (2004). *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Palestra, Perú.

Muñoz, F. (2008). *El neo constitucionalismo latinoamericano,* Instituto Igualdad, en www.igualdad.cl/modules/actualidad/

Pasara, L. (2008). *Declaración Universal de los Derechos Humanos. El uso de los instrumentos internacionales de los Derechos Humanos en la Administración de Justicia,* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Neo Constitucionalismo y Sociedad. Quito-Ecuador.

Pazmiño Freire. P. (2008). *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador.

Prado Vallejo, J. (1992). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948. Documentos básicos de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturale*s. Quito-Ecuador.

Pérez Luño, A. (2005). *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid.

Sagués, N. (2004). *Derecho Procesal Constitucional Logros u Obstáculos,* Editorial Had-Hoc y Konrd Adenauer Stiffung, Buenos Aires-Argentina.

Salgado Pesantes, H. (2004). *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana.* Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Corporación Editorial Nacional Quito-Ecuador.

Silva Portero, C. (2008). *Las Garantías de los Derechos ¿Invención o Reconstrucción?* Neo constitucionalismo y sociedad, Quito-Ecuador.

Villarreal Cambizaca, R. (2010). *Medidas Cautelares-Garantías Constitucionales en el Ecuador,* Quito-Ecuador, Cevallos Editora Jurídica.