

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN MECANISMO CONSTITUCIONAL QUE SE DEBATE ENTRE EL MUNDO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD

por Dr. Richard González Dávila¹

Este trabajo forma parte de la obra colectiva “Derecho Constitucional para el Siglo XXI”, un aporte de la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, puesta generosamente a disposición de los lectores, por el profesor Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho Constitucional.

Producción editorial: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Año 2020

Diseño y revisión de texto: Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Director: Dr. Miguel Hernández Terán

 [Acceder a obra colectiva completa](#)

SUMARIO

Resumen	01
Palabras claves	02
I. El establecimiento del amparo constitucional y de la acción de protección	02
II. Jurisprudencia de la Corte Constitucional	14
III. Conclusión	26
IV. Bibliografía	26

Resumen Este trabajo vincula la creación de la acción de protección como un mecanismo directo y eficaz para la tutela de los derechos constitucionales con ciertas normas de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo hace partiendo del antecedente histórico de tal acción: el amparo constitucional como institución cautelar tutora de los derechos ciudadanos. Debate con énfasis este estudio la singular situación de los derechos de los administrados, quienes contando con un instrumento nacido con la filosofía de la eficacia (acción de

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Loja, magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, candidato a doctor por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

protección) tropieza con los reiterados problemas de la legalidad, considerada por la jurisprudencia constitucional como limitante para la tutela de los derechos fundamentales.

Palabras claves Acción de protección, jurisprudencia constitucional, Constitución de 2008, Convención Americana de Derechos Humanos, derechos fundamentales

I. EL ESTABLECIMIENTO DEL AMPARO CONSTITUCIONAL Y DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

En nuestro país, del sistema constitucional ideado por Hans Kelsen, del que somos tributarios, queda poco. Ha sido superado y modificado por la mayoría de países incluido el nuestro. Parte de lo aseverado ha ocurrido por la transformación y evolución del concepto de Constitución, que de acuerdo a la conocida pirámide jerárquica construida en su concepción, ésta se encontraba en la cúspide, pero solo obligaba al legislador, que era quien a través de las leyes aseguraba la vigencia de los derechos y de la Constitución.

Los jueces tenían la obligación de aplicar la ley y no la de aplicar la Constitución porque se consideraba que la leyes desarrollaban la Constitución y si la ley era válida y vigente, porque no había sido expulsada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional, que era el organismo en donde se enjuiciaban los actos normativos del legislador, ésta simplemente debía observarse. Recordemos que el Tribunal Constitucional era considerado como un legislador negativo, es decir, una especie de portero de la inconstitucionalidad, pues era su deber revisar que lo realizado por el legislador, en cuanto al procedimiento de formación de la ley, no contradijera la Constitución, pero no podía actuar activamente, pues para producir normas, solamente el legislador actuante en el Congreso o la Asamblea, estaba facultado para aquello. Esto obedecía a la desconfianza que a los jueces se les tenía y porque el sistema estaba previsto, para que aquellos, solo hicieran lo que disponía el legislador a través de la ley.

El Tribunal Constitucional controlaba al legislador y no al sistema judicial, porque de aquello ya se encargaba el legislador, cuyos actos no podían ser revisados por los jueces, sino por los miembros del Tribunal Constitucional que se encontraban a su nivel jerárquico y era quienes concentraban la potestad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes que contradijeran la Constitución. El Tribunal Constitucional no aplicaba normas generales a hechos concretos, pues de ello se encargaba el sistema judicial.

Kelsen les llamaba a los miembros del Tribunal Constitucional, legisladores negativos y no tenían la calidad de jueces, por ello sus dictámenes eran considerados resoluciones que se encontraban al mismo nivel de la ley. Bajo este esquema, la ley era la garantía por excelencia de la realización y efectivización de los derechos. El derecho era la ley.

Los derechos escritos o expresados en una ley existían porque eran reconocidos como normas –positivismo normativo–. El principio de legalidad o primacía de la ley era el que aseguraba que el Estado no vulnerara los derechos de las personas, sujetaba el accionar estatal. Constituía la regla de oro del Estado de derecho. Nacía la premisa básica que establece que en derecho público solo puede hacerlo que está permitido o autorizado por las leyes, no pudiendo mediante reglamento por ejemplo usurpar lo que le corresponde al legislador realizar. Lo que conocemos como el principio de reserva de ley.

Recordemos que según Kelsen la Constitución podía determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir determinado contenido. Ahora bien, que significaba la prohibición o disposición para que se realice una norma con tal o cual contenido:

La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso de que dicha ley no sea dictada. Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad

de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe de Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley.²

Sin embargo, señalaba asimismo que la Constitución tenía por función esencial, regular la creación de las leyes, pero ocupándose poco o nada de su contenido. La legislación determinaba la creación, como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecían a la vez al derecho material y al derecho formal.³ Por ello es que también era el legislador el encargado de interpretar la Constitución, determinar que significa la Constitución a través de leyes interpretativas y el Tribunal Constitucional solamente tenía la facultad de revisar el proceso de formación de la ley, para verificar si la Legislatura no equivocó el procedimiento legislativo y por tanto correspondía expulsarla del ordenamiento jurídico.

Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho* defendía que, el derecho para garantizar su rigor científico, no podía mezclarse con la moral, la sociología, la psicología, etc. Así pues, desde el momento en que se positivizaba una regla y se convertía en norma jurídica, la influencia ideológica o política de cualquier orden, desaparecía, para ser aplicada por los jueces que ya no se encontraban expuestos a estos elementos gracias a que ellos solamente les correspondía aplicar la ley y no interpretarla, porque aquello es un acto de política jurídica que le correspondía al legislador efectuar. Cualquier influencia de orden ideológico o político desaparecía al momento de la promulgación de la norma explicaba.⁴

Entonces las normas constitucionales eran una guía de conducción política más no de control jurisdiccional. No eran normas de derecho en

2. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965) 148.

3. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965) 149.

4. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965) 15-53.

estricto sentido. Si la ley era mal confeccionada, porque su realización no se ajustaba al procedimiento previsto en la Constitución, el castigo era político, en el sentido que el acto inválido era expulsado del ordenamiento jurídico.

Nuestro país fue tributario de este sistema constitucional que funcionó en Europa. El Tribunal de Garantías Constitucionales se creó en el Ecuador con la Constitución de 1945. Esta Constitución en su artículo 160 facultaba a este Tribunal, entre otras atribuciones, a:

5. Conocer de las quejas que formule cualquier persona, natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes; preparar la acusación contra los funcionarios responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentarla al Congreso para que éste, según los casos, los enjuicie u ordene enjuiciarlos;

Se vislumbra la posibilidad para que se puedan determinar responsabilidades de orden político ante el Congreso Nacional, por el quebrantamiento de la Constitución y la ley. Es decir, tenían un efecto meramente exhortativo, que dependía finalmente de que el Congreso de la República enjuiciara al funcionario. En esta línea el artículo 165 de esta Constitución le otorgaba la facultad al Congreso de la República de interpretar la Constitución y las leyes, pudiendo solo éste declarar que una ley, decreto, reglamento, acuerdo o disposición, es o no contraria a la Constitución. Esto obedecía a que la Constitución no tenía el carácter de norma jurídica sino que era considerada una directriz de carácter político.

Podemos observar desde este momento que empieza un forcejeo que se registra en la historia de nuestro país, para que los derechos reconocidos en la Constitución, sean exigibles judicialmente, pues los derechos de carácter legal ya tenían previstas vías para su reclamación en la jurisdicción ordinaria. De ahí que, desde un inicio la jurisdicción (*iuris-dictio* o acto de decir el derecho)⁵ ordinaria, estaba encargada históricamente de aplicar la ley. Obviamente que luego del fracaso de la ley debido a las catástrofes

5. Kans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965) 151.

humanas conocidas en el mundo, se produce la transformación del término Constitución, esta deja de ser una norma de conducción política y pasa a ser una norma jurídica exigible. Esta influencia también le llega a nuestro país y empieza la preocupación por establecer garantías jurisdiccionales o mecanismos procesales para exigir el cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución.

Conforme señala Agustín Grijalva Jiménez, es en la Constitución de 1967 en donde se establece en su artículo 28 en el numeral 15, el derecho a demandar el amparo jurisdiccional de cualquier violación de las garantías constitucionales. Sin embargo, las leyes no desarrollaron los procedimientos para efectivizar este derecho, sin que se conozca que haya llegado a aplicarse.⁶

Hay que tener presente que en 1969 se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 25 establecía la obligación de los Estados Partes de instaurar en la legislación interna un recurso sencillo, rápido o efectivo ante los jueces y tribunales competentes que ampare a las personas respecto de la violación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la Convención. El Ecuador ratifica este tratado Internacional de Derechos Humanos en 1977 y se obliga a establecer este mecanismo procesal para la garantía jurisdiccional de los derechos.⁷

Posteriormente, señala el mismo profesor Grijalva Jiménez que el mecanismo procesal denominado amparo constitucional, mediante el que se pretendía establecer en el Ecuador la posibilidad procesal de poder reclamar ante un juez por la violación de un derecho fundamental, aparece en 1993, pues no se puede tener en cuenta lo sucedido en la Constitución de 1978 que vuelve a retomar el término de “queja” como el medio por reclamar por el quebrantamiento de la Constitución, artículo 141 numeral 3.

6. Agustín Grijalva Jiménez, *El Tribunal Constitucional, el Congreso y la Jurisdicción Ordinaria en el Desarrollo de las Garantías de los Derechos Constitucionales en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, accedido 15 de junio de 2018, 14, [http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5052/1/PI-2007-2-Grijalva- El%20tribunal.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5052/1/PI-2007-2-Grijalva-El%20tribunal.pdf).

7. Registro Oficial 452 de 27 de octubre de 1977.

Esto sin perjuicio de señalar que se hicieron reformas a esta norma en 1983 en donde se estableció que el Tribunal de Garantías Constitucionales podía realizar observaciones a las autoridades por el quebrantamiento de la Constitución que atentara contra los derechos que garantizaba ésta. Si las observaciones no eran acatadas, podían constituirse en desacato y ser sancionado penalmente, a más de poder solicitar el enjuiciamiento político.⁸ Igualmente se establecía en el artículo 138 que la Corte Suprema de Justicia tenía la facultad de suspender total o parcialmente las leyes, ordenanzas o reglamentos que sean inconstitucionales, debiendo someter esta decisión a la resolución final de la Cámara de Representantes.

Hubo varias reformas constitucionales, como la de 1995 y 1996 en las que finalmente se estableció de forma clara el mecanismo de amparo constitucional, en su artículo 31, que sería la antesala para el texto establecido en la Constitución de 1998 que definió el amparo constitucional como:

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

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. (...)

8. Agustín Grijalva Jiménez, El Tribunal Constitucional, el Congreso y la Jurisdicción Ordinaria en el Desarrollo de las Garantías de los Derechos Constitucionales en Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, p. 14. Véase en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5052/1/PI-2007-2-Grijalva-El%20tribunal.pdf>, visitado el 15-06-2019.

Esta garantía procesal podía ser propuesta ante cualquier juez de la República y conocía en apelación el Tribunal Constitucional. Servía para proteger los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Podía entonces ser propuesta para reivindicar cualquier derecho, sea de primera, segunda, tercera o cuarta generación, clasificación doctrinaria instaurada desde 1978 bajo propuesta del jurista checo Karen Vasak, al Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, división realizada de acuerdo al reconocimiento cronológico y que jerarquizó a los derechos y se fue adoptando por los ordenamientos jurídicos de los diferentes países Europeos:

Los de primera generación serían los derechos civiles y políticos exigidos en la Revolución Francesa y son mediante los que se reclama la abstención del accionar del Estado en la esfera privada del ciudadano. La denominada libertad negativa, son derechos netamente individuales; **ii)** Los de segunda generación o derechos sociales entre los que tenemos a los derechos económicos, sociales y culturales que eran exigibles en la medida de las posibilidades del Estado, eran los que debía desarrollar la legislatura y en esa medida son progresivos. Generalmente no son exigibles por la vía jurisdiccional porque son de carácter progresivo y dependen de la voluntad política del Estado. Son derechos que requiere acciones de libertad positiva o sea de intervención estatal; **iii)** Los derechos de tercera generación en donde se encontrarían los del ambiente y los referentes a los consumidores; y, **iv)** Los de cuarta generación que están surgiendo sobre la base de reivindicaciones de las minorías y pueblos indígenas que reclaman su autodeterminación e identidad cultural.⁹

El mayor daño de esta clasificación se encuentra en que se estableció como mitos el que los derechos de primera generación no tenían costo y que eran exigibles directamente al Estado, porque consistían en pedirle se abstenga de intervenir o actuar en la esfera del ejercicio de los derechos, mientras que los de segunda generación requerían de dinero y por eso eran progresivos de acuerdo con el dinero que se pudiera destinar por parte del

9. Moisés Jaime Bailón Corres, Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales, véase en internet en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>, visitado el 05-05-2019.

Estado.¹⁰ Como señala Ramiro Ávila Santamaría, esta división doctrinaria fue superada en la Constitución de 2008, hoy vigente, en la que se establece que todos los derechos constitucionales son igualmente justiciables y de igual jerarquía, eliminando cualquier posibilidad de discusión respecto a la división establecida por la doctrina desde Europa.¹¹

Se ha podido observar que hasta antes de la vigencia de la Constitución de 2008, para proteger derechos constitucionales se buscó establecer en la jurisdicción constitucional una garantía procesal diferente a los recursos procesales existentes en la jurisdicción ordinaria. Se partió de la base de una dicotomía entre la jurisdicción ordinaria que protegería la legalidad y la jurisdicción constitucional que protegería los derechos constitucionales. Estas premisas dejan por sentado que la ley no protege los derechos constitucionales ni llena de contenido los mismos, sino que más bien parecería actuar de forma autónoma a la jurisdicción constitucional. Los derechos fundamentales no se encuentran garantizados por la ley, es la regla que no se borró del imaginario, luego de que se aceptó en nuestro país que la Constitución era norma jurídica, cuyos mandatos, prohibiciones y permisiones debían ser observados y que para ello se habían implementado mecanismos procesales para reclamar su inobservancia.

Con el advenimiento de la Constitución de 2008 y con el objetivo de que ésta sea en realidad el instrumento normativo que tenga primacía en el ordenamiento jurídico, se creó la Corte Constitucional como un organismo independiente y autónomo que asegure su vigencia, así como se implementaron mecanismos procesales (acción de protección, acción extraordinaria de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública, acción por incumplimiento, acción de incumplimiento de sentencias, medidas cautelares constitucionales), que de forma urgente a través de la jurisdicción constitucional, conozcan de forma exclusiva sobre las reclamaciones de hechos que vulneren derechos constitucionales.

10. Eduardo Raboss, *Las generaciones de derechos humanos: La teoría y el cliché*, p. 49 Véase en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/las-generaciones-de-derechos-humanos-la-teoria-y-elcliche.pdf>, visitado el 05-09-2018.

11. Ramiro Ávila Santamaría, *Del amparo a la acción de protección jurisdiccional*, México, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, junio 2011, 95-125, <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188006.pdf>.

Además, la Corte Constitucional quedó facultada para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de actos normativos de carácter general, impugnaciones que pueden ser presentadas por cualquier persona.

No obstante, cabe mencionar que en el tránsito del reconocimiento de la Constitución como norma de directriz política a norma jurídica, olvidó tener en cuenta que al haber delegado el sistema la protección de los derechos constitucionales, a los jueces, principalmente ordinarios, éstos también se convertían en jueces constitucionales, debido a que por ejemplo de acuerdo al artículo 172 de la Constitución, todos los jueces, tanto los ordinarios, como los que conocían de garantías constitucionales, debían administrar justicia con sujeción a la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley.

Este olvido hizo que por ejemplo se creara un mecanismo procesal denominado acción de protección, mediante la que se señala se protege los derechos constitucionales vulnerados a través de actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares en casos específicos, dando a entender o colocando en el imaginario que solo a través de esta jurisdicción o garantía constitucional se protege a los derechos constitucionales, quedando tácitamente entendido que la jurisdicción ordinaria no proteger derechos constitucionales sino legales, dividiendo el sistema jurídico en dos mundos en la práctica.

El constituyente en el nuevo diseño jurídico en el que colocó a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico, al crear una acción de protección que protegiera los derechos constitucionales contenidos en ésta y en los tratados internacionales de derechos humanos dejó entrever que los derechos fundamentales no se podrían encontrar en la ley. Tácitamente dejó sentado que solamente los jueces que actúan como jueces constitucionales protegen derechos constitucionales y que los mecanismos procesales ordinarios protegerían derechos derivados de la legalidad y no de la constitucionalidad, siendo los jueces ordinarios lo que no protegerían los derechos constitucionales. Esta lógica hace que no se tenga presente que el sistema procesal (constitucional y legal) es un medio

para la realización de la justicia (art. 169 CRE) y que éste es un objetivo del Estado constitucional ecuatoriano por el que se justifica su existencia.

Además, el artículo 169 de la norma constitucional establece que las normas procesales, tanto las previstas para los mecanismos ordinarios como para los mecanismos constitucionales, harán efectivas las garantías del debido proceso y que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades. El hecho de que se tenga que distinguir entre procesos ordinarios y procesos constitucionales introduce una división que provoca la división del sistema jurídico y no la complementariedad.

La efectividad de las garantías del debido proceso, que se constituyen en derechos constitucionales que deben ser observados, se deben precautelar en los procesos ordinarios como en los procesos de garantías constitucionales, lo que no es una muestra más que los jueces ordinarios también son jueces constitucionales y, por ende, protegen derechos constitucionales. De hecho son los primeros, los responsables de proteger y precautelar los derechos constitucionales debido a que el sistema jurídico descansa en los mecanismos procesales ordinarios. Son los jueces ordinarios lo que tienen el primer contacto con el problema jurídico planteado respecto de la vulneración de derechos constitucionales que han sido desarrollados por la ley. Esto porque los jueces de la jurisdicción constitucional son subsidiarios, intervienen a falta de correcta actuación de los jueces ordinarios como jueces constitucionales, mediante por ejemplo la acción extraordinaria de protección.

Por otra parte, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referente a la protección judicial que debe garantizar a sus ciudadanos el Estado ecuatoriano, obliga a éste a proveer en el ordenamiento jurídico un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces, que les ampare contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley y la Convención, con lo que se establece que los derechos fundamentales también pueden estar reconocidos en la ley y que éste recurso también debe ser garantía para aquello, lo que resulta una contradicción a lo señalado en líneas anteriores respecto de que la acción de protección no

aceptaría que existen derechos fundamentales desarrollados o reconocidos por la ley. En nuestro país se ha expresado por la Corte Constitucional que la acción de protección cumple con esta obligación internacional proveniente de un tratado internacional de derechos humanos como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por un lado podemos señalar que hasta que se termina de ir aceptando que la Constitución es norma jurídica y para ello se realizan los cambios institucionales necesarios para que ésta sea reconocida como tal, como por ejemplo, se crea una fuerte Corte Constitucional.

Entramos en la lógica de que los jueces de la jurisdicción ordinaria solo les corresponde garantizar la aplicación de la ley y no de la Constitución y viceversa, que al juez constitucional le corresponde garantizar la aplicación de la Constitución y no de la ley, pues aquello le corresponde a la jurisdicción ordinaria. Ambas no pueden invadirse, para lograrlo, se parte de la falacia de que existe una división clara entre la constitucionalidad y la legalidad.

Si el juzgamiento constitucional difiere esencialmente del ordinario, la consecuencia deriva por si sola: existe una jurisdicción constitucional diferente a la jurisdicción ordinaria. Bien, ello resulta evidente, pues, si esa facultad de juzgamiento involucra a la norma constitucional, única fundamentadora de la validez del orden estatal, no podemos sino derivar que el órgano que la ejerce debe poseer una estructuración especial y acorde con la potestad que va a desarrollar y que es de la más alta prioridad en la vida de un Estado (...).¹²

Parte de la conservación y bifurcación entre la justicia constitucional y la justicia legal u ordinaria, inicia en la desconfianza a los jueces de la justicia ordinaria y la búsqueda de que jueces con otra óptica puedan hacer prevalecer la Constitución por encima de la ley, pues la legislación y el legislador habían tenido la supremacía en la práctica hasta antes en que empiece la Constitución a ser considerada norma jurídica. No

12. El Tribunal de Garantías Constitucionales, información básica, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales, Quito-Ecuador, 1989, p.48.

obstante tal desconfianza, se entrega a los mismos jueces la facultad de cuidar de que la Constitución se efectivice, en los procesos ordinarios y en los procesos constitucionales de garantías jurisdiccionales, los mismos jueces ordinarios actúan como tales, tanto en primera instancia como en segunda instancia. A la vez que se les dice que hay jueces especiales para hacer efectiva la Constitución, se les pide que en los procesos ordinarios, también cuiden de su aplicación.

En la Constitución de 2008 se establece que ya no es el Congreso Nacional el que en última instancia interpretará la Constitución de forma definitiva, sino la Corte Constitucional.¹³ Sin embargo, a pesar de la desconfianza, se busca que el juez de la justicia ordinaria practique la observancia de la Constitución y su aplicación y se lo somete no solo a la ley sino a la Constitución,¹⁴ pero se le convence a la vez de que él no puede vigilar o custodiar la vigencia de los derechos constitucionales, sino solo la dimensión legal. La contradicción y la dicotomía están servidas y vienen siendo parte de un banquete que en la práctica, como detallan Claudia Storini y Marco Navas, no han permitido hacer posible mediante el mecanismo constitucional de la acción de protección, la tutela judicial efectiva.¹⁵

Incluso los jueces de la justicia ordinaria son los que de forma aleatoria conocerían las garantías jurisdiccionales constitucionales,¹⁶ que tendrían por objeto proteger los derechos constitucionales, asumiéndose de plano que los jueces ordinarios no protegen derechos constitucionales, con lo que de forma inconsciente se olvida el valor normativo de la Constitución para todos los jueces de la República y para todos los casos. De igual forma se

13. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 436 numeral 1.

14. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 172.

15. Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 179.

16. Constitución, 86 numeral 2. LOGJCC: Art. 7.- Competencia.- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley (...).

establece la Corte Constitucional, como el órgano de cierre del sistema que concentra la facultad de defender con su última palabra a la Constitución,¹⁷ pero que a la vez no puede defender la legalidad, porque de ello se encarga la justicia ordinaria principalmente a través de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Nace entonces una transición entre el amparo constitucional que hasta la Constitución de 1998 cumplía la obligación prevista en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la acción de protección establecida en la Constitución vigente de 2008, que se establece por parte del legislador de forma más amplia y con muchas más facultades y que también tiene por objeto cumplir con el compromiso adquirido en el referido artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ahora bien, una vez que se ha esbozado de manera general como se ha concebido en nuestro sistema jurídico constitucional, la Constitución como norma jurídica y la supremacía de esta en el mismo (arts. 11.3, 11.5, 424, 425 y 426 CRE) y la dicotomía entre legalidad y constitucionalidad que ha rodeado como construcción dogmática a la acción de protección como mecanismo constitucional de protección de derechos constitucionales, revisaremos brevemente que ha dicho nuestra Constitucional sobre esta temática.

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Vale destacar que desde la creación de la acción de protección en la Constitución, fue problemática la delimitación respecto de los requisitos de procedencia de ésta, tanto que el legislador luego de un año de aprobada la Constitución, sobre la base del temor de su mal uso o abuso, temor heredado del recurso de amparo constitucional, estableció requisitos que causan confusión a la hora de su aplicación, empezando porque se prevén en dos artículos, el 39 y el 42, distintas causales de procedencia.¹⁸

17. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 436.

18. Ramiro Ávila Santamaría, *Del amparo a la acción de protección jurisdiccional*, México, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, junio 2011, 104, <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188006.pdf>.

En primer lugar se estableció antes de la vigencia de la LOGJCC un Reglamento en el que se determinó las causales de improcedencia de la Acción de Protección, las denominadas Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, dictadas el 11 de noviembre de 2008 y publicadas en el Registro Oficial No. 466 el 13 de noviembre de 2008.¹⁹ Estas reglas establecían en su artículo 50 que la Acción de Protección era improcedente, cuando:

Art. 50.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección no procede: **a)** Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa; **b)** Cuando la indemnización de perjuicios sea la pretensión principal, siempre que esta no sea la única alternativa para la reparación integral; **c)** Cuando se trate de una interposición abusiva, temeraria, maliciosa o fraudulenta de la acción de protección; **d)** En caso de duda respecto al agotamiento o no de las acciones ordinarias, se admitirá a trámite la demanda de protección, sin perjuicio de las eventuales sanciones por la interposición abusiva o temeraria de la acción; y, **e)** Cuando se trate de providencias judiciales.

Algunos de estos requisitos evidencian las delimitaciones conceptuales que pretendía dársele a la acción de protección. En primer lugar se establece que ésta no cabe cuando se reclame aspectos que tengan que ver con la mera legalidad y no tengan vías judiciales para ser reclamados, es decir que si no existen tales vías, por más que sean asuntos de mera legalidad cabría la acción de protección. Por otra parte, se sataniza la indemnización de perjuicios como pretensión de reparación y se indica que si ésta no es la única vía para resarcimiento, esta no procedería, desconociendo desde ya el concepto de reparación integral, que puede comprender la reparación económica, que incluso luego se estableció en el artículo 18 de la LOGJCC.

¹⁹ El Tribunal Constitucional que ejercía funciones bajo la vigencia de la Constitución de 1998, tras la aprobación de la Constitución de la República mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, se autoproclamó Corte Constitucional de transición y asumió las competencias que el nuevo ordenamiento constitucional le otorgaban al organismo de control constitucional del país existente al momento de adoptar la nueva Carta Magna.

Se plantea también que ante la duda de que el demandante deba agotar vías ordinarias o no, se podrá admitir a trámite la demanda de acción de protección (*principio pro actione*), es decir, que si no existe duda de que las vías existentes en la jurisdicción ordinaria son suficientes para la protección del derecho, resulta improcedente la demanda.

A continuación revisaremos los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional respecto de la acción de protección sobre la base de lo establecido en los artículos 40 y 42 de la LOGJCC, y los conceptos que ha establecido como reglas para la procedencia de esta garantía jurisdiccional, requisitos comentados en líneas anteriores.

Sobre la base de una sentencia con efecto inter partes, la Corte expresó que los asuntos de mera legalidad debían ser rechazadas cuando se demanden mediante acción de protección. La Corte abordó la discusión sobre los asuntos de constitucionalidad versus los de legalidad, situando la existencia de mecanismos adecuados y eficaces para resolver los problemas planteados como asuntos de legalidad y la no existencia de dichos mecanismos, como asuntos de constitucionalidad.

La Corte en su primera jurisprudencia vinculante explicó que como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, vigentes al momento de haberse propuesto los casos que se revisaban,²⁰ más no al momento que se resolvían, la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de las cuáles existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa.

Tal como lo ha señalado esta Corte en ocasiones anteriores,²¹ y como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias

20. Las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, es un Reglamento que fue dictado por el Tribunal Constitucional del Ecuador el 11 de noviembre de 2008 y publicado en el Registro Oficial No. 466 el 13 de noviembre de 2008. Este Organismo que tras la aprobación de la Constitución de la República mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, se autoproclamó Corte Constitucional de transición y asumió las nuevas competencias que nuevo ordenamiento constitucional le otorgaban al organismo de control constitucional del país existente al momento de adoptar la nueva Carta Magna.

de la Corte Constitucional, para el período de transición, vigentes al momento de la interposición y sustanciación de la causa, *la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa*. Cabe precisar que la desnaturalización de la acción de protección por parte del señor Juez Sexto de Tránsito del Guayas, en su providencia de avoco, se reflejó también en la sentencia dictada con posterioridad.²¹ (Énfasis añadido)

Esta sentencia perpetuó las reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional de transición y condicionó a éstas el entendimiento y aplicación de la LOGJCC. De las causales de improcedencia de la Acción de Protección previstas en el mencionado artículo 50 de las Reglas de Procedimiento, la referente a la “mera legalidad” pervive hasta el presente en razón del “precedente jurisprudencial obligatorio -PJO-” de marras. Los jueces constitucionales de todos los niveles frecuentemente están invocando la mera legalidad para rechazar una demanda.

Sin embargo de determinar la Corte Constitucional para el periodo de transición, que el primer caso que revisaba se trataba de un asunto de mera legalidad y que por ende no correspondía tratarlo en la jurisdicción constitucional como equivocadamente se lo habría hecho por parte de los jueces de primera instancia y apelación, no expresó ni explicó: ¿Porqué al ser casos entre particulares, no se habrían presentado ninguna de las causales de procedencia previstas en el artículo 88 de la Constitución de la República? Resulta evidente que ninguno de los demandantes notificó con la acción de protección que planteaba, en el un caso en contra del Registrador Mercantil y en el segundo en contra del Superintendente de Compañías, a su contraparte o afectados con la decisión judicial que se produciría si se aceptaba la acción de protección demandada.

La Corte de transición se refugió en el concepto de “mera legalidad” para lograr que el auditorio (ciudadanos, abogados, jueces) comprendiera cuando se encontraba presente ante este escenario y no debía utilizar

21. Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010, párrafo 57, página 17.

la vía constitucional para pretender resolver un problema jurídico, pero finalmente lo que logró fue crear una falacia de principio que afectó la tutela judicial efectiva al restringir injustificadamente el acceso a la jurisdicción constitucional y estableció de forma abstracta que la presunta violación de normas legales deja a salvo el derecho de las partes para acudir ante los órganos de la justicia ordinaria pertinentes y por ende no es competencia de la jurisdicción constitucional.²²

Esta regla finalmente se ha traducido en que todos los casos en los pueda existir violación de normas legales es un asunto legal y por tanto de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción constitucional. Es decir, se instauró la creencia de que bastaría con que se presuma que están inmiscuidas dentro del conflicto jurídico, normas legales, para que la Acción de Protección no proceda, lo que implica que casi nunca podría prosperar esta garantía a menos que la ley no haya desarrollado el contenido del derecho constitucional que se alega vulnerado, con lo que automáticamente queda restringida esta garantía constitucional para los casos de aplicación directa de los derechos constitucionales.

Con esta falacia también se instaló la regla de que no se puede citar o nombrar la ley en las demandas o alegatos de acción de protección, pues inmediatamente se visibilizaría que nos encontraríamos ante un asunto de legalidad. Lo propio se ha recogido en el pensamiento judicial al momento de resolver, al evitar en las sentencias nombrar o analizar lo que dice la ley respecto de los conflictos propuestos, debido a que eso develaría que no es un tema de constitucionalidad sino de legalidad, con lo que el modelo de efecto indirecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que constituye uno de los pilares de complementariedad de la eficacia de los derechos constitucionales en estas relaciones, queda anulado.

La Corte Constitucional de transición con este criterio expuesto en su sentencia 001-10-PJO-CC creo una especie de virus, que ha contagiado a la mayoría de jueces constitucionales, como una especie de meme que se

22. Corte Constitucional para el periodo de transición, 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010, p. 18.

comparte como un chiste de mal gusto y vacía los derechos constitucionales mediante una falacia que ha alcanzado nivel de jurisprudencia. Esta Corte Constitucional también expresó criterios rescatando el valor procesal de la garantía constitucional, mas no surtió el efecto deseado, puesto que se lo hizo a través de una sentencia que no constituía “Precedente Jurisprudencial Obligatorio”, ya que solo obligaba a las partes en conflicto y no se generaba ningún efecto para casos similares en el futuro, con lo que tampoco la Corte Constitucional se encontraba obligada a observar su propio criterio en futuras controversias.²³ Así por ejemplo, la misma Corte Constitucional para el periodo de transición al resolver un caso de acción extraordinaria de protección, mediante sentencia 085-12-SEP-CC, señaló:

No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces en la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que *tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás vías previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros “mecanismos de defensa judicial”), devienen en ineficaces para la protección de esos derechos, debido a la naturaleza del trámite propio de cada una de las acciones en la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la dilación que genera su propia sustanciación, así como por la interposición de recursos, lo que no es desconocido por el foro ni por los usuarios del sistema de administración de justicia, siendo ello público y notorio, y respecto de lo cual no amerita que se exija prueba, por expreso mandato del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.”*²⁴ (Énfasis añadido)

Sin embargo, como en una suerte de ratificación de que este fallo no obliga para el futuro a los jueces de la Corte Constitucional, es decir a los mismos jueces que votaron por esta Sentencia, ni a los casos que guarden los mismos antecedentes fácticos, se afirmó que el numeral 3 del artículo 40 de la LOGJCC: “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para

²³. Como se señaló la Corte Constitucional para el periodo de transición determinó en su primer Precedente Jurisprudencial Obligatorio 001-10-PJO-CC, que estas sentencias solamente obligan a las partes involucradas en el litigio y que no tienen efecto para casos futuros.

²⁴. Corte Constitucional para el periodo de transición, Sentencia No. 085-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012, p. 12 y 13.

proteger el derecho violado”, es contrario al artículo 84 y 11 numeral 4 de la Constitución de la República, porque desnaturalizaría la característica de ser preferente y sumaria de esta garantía, restringiendo el contenido de la misma.

Afirmación fortísima que debió provocar la declaratoria de inconstitucionalidad, más pasa desapercibida tal conclusión en la parte decisiva de la sentencia y se continúa resolviendo en los casos venideros como si nunca se hubiese escrito la misma. Es decir este criterio sirvió solamente para ser aplicado en este caso y por ende solo afectó a las partes litigantes. Observemos:

El legislador, al expedir la citada Ley, agregó como requisito para la procedencia de la acción de protección la inexistencia de “otro mecanismo de defensa judicial” (artículo 40 numeral 3 LOGJCC); es decir, con dicha norma legal ha convertido a la acción de protección en una acción de carácter residual, desnaturalizando el carácter de preferente y sumario para la protección de derechos que le otorga la Constitución a la referida acción,; además, al expedirse la norma legal no se tomó en consideración el artículo 84 de la Carta Magna, que imperativamente dispone: “...En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. Si bien la norma infraconstitucional (artículo 40 numeral 3 LOGJCC) se halla en plena vigencia y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que contraría el principio contenido en el artículo 11 numeral 4 de la Constitución, que dispone: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.²⁵ (Énfasis añadido)

Esta conclusión al ser inobservada en casos posteriores quebranta el principio de igualdad ante la ley y crea un estado de discriminación y arbitrariedad sistemático, violatorio del principio *stare decisis* que la misma Corte Constitucional de transición determinó en su primer precedente vinculante, que la obligaba, Sentencia No. 001-10-PJO-CC:

25. Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia 85-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012, p. 11 y 12. En este Fallo votaron los jueces: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de tres jueces: Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate.

27.- La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el principio *stare decisis* en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Carta Fundamental. El conocido principio *stare decisis* se ha entendido como aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada.

28.- En razón a esta innovación constitucional y al reconocimiento del principio *stare decisis*, y por tanto, de la jurisprudencia como fuente directa de derecho, es preciso que la Corte Constitucional a partir de esta nueva competencia constitucional marque el camino para la consolidación del derecho jurisprudencial ecuatoriano.²⁶

Si la misma Corte que expresó que sus decisiones la obligan, al responder la interrogante: ¿Ha experimentado cambios la jurisprudencia constitucional ecuatoriana desde la vigencia de la Constitución de la República? pero en un segundo momento se olvida lo que resolvió, ¿Qué podemos esperar de los jueces de primer y segundo nivel? Privilegios y preferencias al momento de interpretar los mismos enunciados normativos y hechos análogos, que termina por vulnerar la igualdad y la seguridad jurídica de forma sistemática.

Por otra parte, pero en la misma línea de análisis, la Corte en la sentencia 002-14-SCN-CC²⁷ de 15 de enero de 2014, dictó una regla jurisprudencial, estableciendo que los jueces, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando en un proceso reciban una petición de consulta de norma para ante la Corte Constitucional, esto es, cuando ataquen la aplicación de una norma en un caso concreto argumentando su inconstitucionalidad, están en la obligación de analizar el pedido y luego de verificar la existencia de una duda razonable y motivada respecto de la inconstitucionalidad de una norma, remitirán la consulta correspondiente a la Corte Constitucional

26. Corte Constitucional para el periodo de transición, sentencia 001-10PJO-CC, 22 de diciembre de 2010, párrafo 27 y 28.

27. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-14-SCN-CC, 15 de enero de 2014, Gaceta Constitucional 006 de 14 de febrero de 2014.

o en su defecto motivarán la negativa de la consulta por la inexistencia de duda razonable en la aplicación de una norma infra constitucional.

Con esta regla jurisprudencial se dilucida que en el país existe la posibilidad de proponer acción de protección contra normas cuando afecten derechos constitucionales y queda sin sustento jurídico la respuesta generalmente empleada de que se niega la demanda porque en realidad lo que se pretende es la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma legal, y para ello existe la acción de inconstitucionalidad, olvidándose por parte del juzgador revisar la aplicación de la norma atacada a los hechos.

Sin embargo de lo anotado, la Corte Constitucional en la sentencia 016-13-SEP-CC de 16 de mayo de 2013, al resolver un problema en el que de forma directa mediante una acción de protección se reclamaba la inconstitucionalidad de la aplicación del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público o el denominado Decreto Ejecutivo No. 813, mediante el que se estableció la posibilidad de que el Estado pueda implementar en el sector público compras de renunciaciones obligatorias a los servidores públicos de carrera y separarlos de sus funciones con una indemnización, estableció que de acuerdo a la Sentencia 003-13-SIN-CC, “la presunta vulneración al principio de jerarquía normativa, sustentado en un conflicto decreto-ley, no es materia de relevancia constitucional, sino de legalidad; en tal virtud, no es un asunto de competencia de la justicia constitucional”.²⁸

La Corte señaló que al ser una norma reglamentaria la acusada de inconstitucionalidad, esta acusación era aparente, pues lo que en realidad existía era un conflicto infra constitucional de presunta contradicción con la Ley Orgánica de Servicio Público, por lo que este asunto debía ser atendido en la jurisdicción contencioso administrativa mediante el recurso objetivo de nulidad, con lo que se evidencia una contradicción con el fallo señalado en la Sentencia 002-14-SCN-CC²⁹ de 15 de enero de 2014, pues introduce la posibilidad de que un Reglamento u Ordenanza que generalmente

28. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 003-13-SIN-CC, 04 de abril de 2013, 16.

29. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-14-SCN-CC, 15 de enero de 2014, Gaceta Constitucional 006 de 14 de febrero de 2014.

desarrollan las leyes, no puedan ser acusados de inconstitucionales, sino solamente de ilegales. ¿Qué sucede si se establece en el reglamento u ordenanza requisitos o previsiones que sólo le correspondían al legislador? No se vulnera acaso el principio constitucional de reserva de ley o de seguridad jurídica. ¿Significa acaso que los que tienen la última palabra normativa en la cadena de desarrollo normativo están exentos de control constitucional? Con estos criterios no se indica nada, parecen palabras que se vuelven humo por su indeterminación: ¿Qué características se requiere para que exista relevancia constitucional?

¿Cuándo los hechos pueden sobrepasar los niveles típicos del nivel de legalidad, si todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía y por ende justiciables, entre ellos el derecho a que toda autoridad administrativa o judicial garantice el cumplimiento de las normas y derechos de las partes (art. 76.1 CR)?

Siguiendo esta línea de contradicciones, la Corte Constitucional en la sentencia No. 001-16-PJO-CC³⁰ de 22 de marzo de 2016, estableció una vez más que la acción de protección solo protege los derechos reconocidos en la Constitución de la República, derechos que no se admite son desarrollados por la ley y por tanto lo que ésta determine también es parte del derecho constitucional, pues en este caso señaló la Corte, lo que existiría es una apariencia de vulneración de derechos, que en realidad corresponde a la legalidad y eso solo lo tramita la jurisdicción ordinaria. Pero además estableció que si no existe daño a un derecho constitucional, la acción de protección no procede, pues si el daño recae en un derecho de carácter legal, las vías de la jurisdicción ordinaria son las adecuadas. Para identificar aquello determinó:

(...) la norma legal exige que la vulneración de la que es objeto el derecho deba estar orientada a atacar su ámbito constitucional o iusfundamental. “Esto significa que, para que proceda la acción de protección, la violación del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las

30. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016.

otras dimensiones del derecho afectado por acción u omisión de autoridad pública”.

49. En efecto, una consideración de la que se debe partir para comprender el alcance del numeral 1 del artículo 40 de la LOGJCC, es que todos los derechos consagrados en la Constitución presentan varias facetas; es decir, son multidimensionales. Por tanto, los mecanismos o vías que el ordenamiento jurídico adopte para garantizar su efectiva vigencia deben abarcar, tanto la dimensión constitucional del derecho como su ámbito legal, de manera que se proteja integralmente el contenido del derecho vulnerado.

A continuación la Corte establece que la dimensión del derecho legal se encuentra la faceta patrimonial del derecho, que como hemos revisado no es suficiente concepto para diferenciar cuando un derecho pertenece a la legalidad o la constitucionalidad, siendo la justicia ordinaria la que debe procesar la legalidad y la Acción de Protección, la constitucionalidad, asumiendo que en la jurisdicción ordinaria no se protegerían los derechos constitucionales:

No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional *ya que para conflictos en materia de legalidad existen vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria*. El juez constitucional cuando de la sustanciación de la garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías³¹(Énfasis añadido)

No obstante, en la misma Sentencia se expresa que se debe constatar que no existan otros mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger el derecho vulnerado, antes de admitir la procedibilidad de la acción de protección.

Este criterio se separa del que señaló la Corte, respecto de que se debe buscar que exista una vulneración al ámbito constitucional del derecho

31. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016, 13.

para que proceda la acción de protección, pues de lo que se deduce de esta segunda forma de dividir el trabajo entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, puede que se visibilice una vulneración de un derecho constitucional pero existan vías adecuadas para su tratamiento en la jurisdicción ordinaria y viceversa.

La Corte define que la urgencia en la protección del derecho es lo que finalmente podría determinar qué es lo que debe tramitarse en la jurisdicción constitucional, de lo que se deduce que la vía adecuada y eficaz depende de este criterio.³² También señala la Corte que: “respecto de aquellos asuntos que puedan ser ventilados en la vía ordinaria, se acuda a ella en primera instancia y solo si esta resulta ineficaz o inadecuada, se pueda activar la justicia constitucional.”³³ Esto implicaría que si la justicia ordinaria resulta inadecuada por demorar la tramitación de la causa y generar que el daño se intensifique: ¿La jurisdicción constitucional pueda suspender la competencia de ésta y resolver temporal o definitivamente el caso? Al menos así se puede observar *prima facie*. En esta línea la Corte también expresó:

83. Así, siempre que se verifique que de someter el asunto controvertido a la vía ordinaria, causaría daño grave e irreparable y por ende, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, *las juezas y jueces constitucionales tienen la obligación de habilitar los vías de la justicia constitucional, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan impedir su procedencia, no pueden formularse en abstracto, sino que depende de la situación fáctica concreta a examinar.* (Énfasis añadido)

Se evidencia la contradicción en la propia sentencia, al generarse argumentos circulares, que no permiten sobrellevar la confusión planteada, generándose reglas que ayuden a no tener claridad y puedan ser aplicados a conveniencia por los jueces.

32. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016, párr. 76.

33. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016, 21.

III. CONCLUSIÓN

Hemos podido observar que la acción de protección es un mecanismo constitucional que ha sido instaurado en el artículo 88 de la Constitución de la República y que cumple con la obligación asumida por el Estado Ecuatoriano en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, hemos podido evidenciar que no ha sido presupuesto para proteger los derechos fundamentales que puedan estar previstos o desarrollados en la ley, como lo exige dicho artículo de la Convención, puesto que se ha reiterado por la LOGJCC y la jurisprudencia que existe una división entre lo constitucional y lo legal, que no se complementa sino que se contradice, lo que ha hecho inefectivo este mecanismo constitucional en la realidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Ávila Santamaría, Ramiro. Del amparo a la acción de protección jurisdiccional, México, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, junio 2011, 95-125, <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188006.pdf>.

Bailón Corres Moisés Jaime, Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales, véase en internet en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>, visitado el 05-05-2019.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010.

Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia 85-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-14-SCN-CC, 15 de enero de 2014, Gaceta Constitucional 006 de 14 de febrero de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 003-13.SIN-CC, 04 de abril de 2013.

Corte Constitucional para el periodo de transición, 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010.

Corte Constitucional para el periodo de transición, Sentencia No. 085-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, información básica, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales, Quito-Ecuador, 1989.

Grijalva Jiménez, Agustín. El Tribunal Constitucional, el Congreso y la Jurisdicción Ordinaria en el Desarrollo de las Garantías de los Derechos Constitucionales en Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, accedido 15 de junio de 2018, 14, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5052/1/PI-2007-2-Grijalva-El%20tribunal.pdf>.

Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Traducido del Francés por Moisés Nilve, (Argentina-Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965).

Raboss, Eduardo. Las generaciones de derechos humanos: La teoría y el cliché, p. 49 Véase en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/las-generaciones-dederechos-humanos-la-teoria-y-el-cliche.pdf>, visitado el 05-09-2018

Registro Oficial 452 de 27 de octubre de 1977.

Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, Registro Oficial No. 466 el 13 de noviembre de 2008.

Storini Claudia y Navas Alvear Marco, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013).