



# Paper Universitario

## TÍTULO

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL, LA LEGITIMIDAD Y EJERCICIO DE LAS GARANTÍAS. EL CASO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO**

## AUTOR

**Marco Navas Alvear,  
Profesor del Área de Derecho de la  
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador**

**Quito, 2012**

---

### **DERECHOS DE AUTOR:**

El presente documento es difundido por la **Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador**, a través de su **Boletín Informativo Spondylus**, y constituye un material de discusión académica.

La reproducción del documento, sea total o parcial, es permitida siempre y cuando se cite a la fuente y el nombre del autor o autores del documento, so pena de constituir violación a las normas de derechos de autor.

El propósito de su uso será para fines docentes o de investigación y puede ser justificado en el contexto de la obra.

Se prohíbe su utilización con fines comerciales.

# **Justicia constitucional, legitimidad y ejercicio de las garantías. El caso de la acción de protección en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano\***

*Por Marco Navas Alvear*

\* **Versión preliminar para la discusión** – basada en la exposición presentada por el autor en la VII Conferencia Internacional de Crítica Jurídica, organizada por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC) y la UNAM (México) en Florianópolis, Brasil.

## **Abstract:**

El énfasis en la justiciabilidad de los derechos de los ciudadanos es una característica central del nuevo constitucionalismo latinoamericano y particularmente de Ecuador con su nueva Constitución de 2008. Este texto busca problematizar el asunto de la legitimidad de los sistemas de justicia constitucional en relación con la efectividad de los derechos.

Se busca primeramente, examinar teóricamente el papel de la Acción de Protección (AP) como garantía jurisdiccional principal en el marco del reforzado sistema de justicia constitucional ecuatoriano actual. Luego, mediante una revisión de ciertas evidencias empíricas, se explora en qué medida la AP puede devenir en una forma de legitimación de la justicia constitucional al convertirse en un mecanismo de poder ciudadano y de vinculación entre el juez constitucional y la ciudadanía, cuando es implementada de forma efectiva.

## **I. Introducción, modelos y sistema de justicia constitucional en el Ecuador**

Al ser producto de una serie de mecanismos indirectos de designación, los sistemas de justicia constitucional han sido objeto de constantes cuestionamientos en relación con la legitimidad de sus actuaciones en las democracias modernas. Esta condición es particularmente manifiesta en casos de regímenes caracterizados por débiles mecanismos de separación entre los poderes, que no cuentan con modalidades transparentes de designación de quienes conforman estos sistemas de justicia, que presentan prácticas autoritarias o bien, cuyos rendimientos en cuanto a los conflictos que resuelven son modestos, entre otros factores.

Partiendo de este supuesto, en este ensayo interesa examinar el papel de la acción de protección (en adelante AP) desde dos perspectivas.

Desde un punto de vista teórico interesa reflexionar en qué medida la AP contribuye a compensar una falta de legitimidad del sistema de justicia constitucional. Esto, partiendo de que es posible considerarla como un mecanismo de vinculación entre el juez constitucional y ciudadanos. Interesa pues destacar algunas potencialidades de la AP como forma de legitimación de la justicia constitucional pero vinculando estas potencialidades con la efectividad de la acción. Es así que además, desde un plano empírico, se explora de manera muy somera, algunos rasgos que definen la realidad de la aplicación de esta garantía básica del así llamado Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

La legitimidad, de acuerdo a Luis Prieto Sanchís, consiste en “la razón o título en cuya virtud el poder recaba el sometimiento y adhesión de los súbditos; un poder goza de legitimidad cuando es aceptado o se considera justificado por quienes son destinatarios de sus decisiones”<sup>1</sup>. Lo que interesa discutir en este texto es entonces la capacidad potencial de las instituciones del Estado de adquirir adherencia o aceptación por parte de la ciudadanía a la que van destinadas.

Un punto de partida es el proceso democrático en virtud del cual una sociedad organizada en un Estado (nacional o plurinacional) se impone un proyecto de vida. Tal proyecto se cristaliza en una constitución. Ella organiza una serie de instituciones, mecanismos, principios y derechos que permiten plasmar tal proyecto, el mismo que es en esencia un proyecto político.

Una sociedad acepta la constitución mediante un procedimiento de elección de este instrumento instituyente y organizador, por mayoría, aunque tal instrumento debe contemplar reglas y principios que protejan a todos los miembros de esa sociedad, incluso quienes la han rechazado.

Además, a partir de la implementación de tal procedimiento, que abarca la discusión y la formación del texto constitucional y luego, su sometimiento a la ciudadanía mediante referendo, la constitución se vuelve imperativa para todos. Se transforma en norma suprema de la que deriva el ordenamiento jurídico. Como subraya el autor ya citado, el sistema de derecho contempla no solo normas que reconocen derechos e imponen obligaciones a los ciudadanos (denominadas normas primarias) sino otras que conforman un conjunto más o menos complejo que desempeñan entre otras funciones las de identificar a las normas primarias, organizar a las instituciones llamadas aplicar las normas y designar las autoridades de estas, además de instituir los órganos encargados de estas tareas (llamadas estas normas secundarias). Se trata pues de que el sistema jurídico como uno de sus rasgos más sobresalientes se halla institucionalizado<sup>2</sup>.

La justicia constitucional y el constitucionalismo han sido temas relevantes en el marco del debate sobre el estado de derecho y la democracia<sup>3</sup>. En particular, en América Latina, la institucionalización en distintas modalidades de cortes o tribunales constitucionales y de procedimientos apropiados ha contribuido a la justiciabilidad de los derechos constitucionales ha respondido, por una parte, a las demandas de resolución de conflictos planteados desde un discurso de derechos y la necesidad de limitar tanto poderes estatales como poderes de los particulares acostumbrados a prácticas abusivas; y por otra, a necesidad de disponer de mecanismos judiciales más adecuados para exigir el cumplimiento de los derechos y luchar por afirmar la igualdad, la justicia y la democracia en la vida social.

Los sistemas constitucionales de la región han tomado elementos de los dos grandes modelos de justicia constitucional, a saber, el concentrado y difuso. Entre otros ejemplos podemos citar los casos de Colombia, Bolivia y Ecuador que cuentan con sistemas mixtos que integran

---

<sup>1</sup> L. Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 36.

<sup>2</sup> Op. cit. p. 19.

<sup>3</sup> Varios autores hablan de una “cuarta ola” de desarrollo constitucional, una de cuyas características sería justamente la constitucionalización de procedimientos judiciales que permitan reclamar derechos. V. entre otros, desde distintas ópticas, los trabajos de Donna L. Van Cott, *The Liquidation of the Past. The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, Pittsburgh University Press 2000; L. Whitehead “Constitutionalism in Latin America: a Long and Winding Road ” en A. Barrera, Nolte y Schilling (Eds.) *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective*, Hamburg, GIGA, 2011; Uprimny, R., “Transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencia y desafíos”, VIII World Congress of Constitutional Law, México, 2010. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/242.pdf> (consulta 01.09.2012).

dentro de un modelo básicamente concentrado basado en la existencia de un órgano superior y específico de justicia constitucional, competencias de control difuso a cargo de jueces ordinarios.

En el Ecuador, la adopción del modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia ha abierto nuevos horizontes a la dimensión de la tutela de los derechos constitucionales<sup>4</sup>. Un aspecto destacado es la posición fuerte que ocupa la Corte Constitucional (Título IX, Cap. II CE). Este órgano es la máxima expresión institucional del sistema y posee amplísimas facultades de control político y sobre todo de ser el vínculo entre lo que se ha denominado acertadamente la semántica del sistema y la pragmática del mismo<sup>5</sup>. En otras palabras, se trata de un papel hermenéutico que permite vincular los principios constitucionales a la realidad.

En la actual Constitución ecuatoriana hay que destacar además, que esta función protagónica de la Corte Constitucional coexiste con el diseño de un Ejecutivo fuerte al cual se le han sumado facultades, entre otras ciertas atribuciones que se han disminuido a otras funciones como la Legislativa. En efecto, actualmente el diseño del Parlamento en la Constitución de 2008 es débil y esto justamente es un factor a tomar en cuenta al momento de hablar de legitimidad de los poderes públicos puesto que su función principal es deliberar y fiscalizar los actos del poder y al estar disminuidas estas facultades la legitimidad del ejercicio del poder se vería cuestionada. A la Corte le corresponde examinar la legitimidad de muchas de las actuaciones del Ejecutivo y esa es una forma de compensar esta falta de legitimidad si se cumplen estas de manera adecuada y con la suficiente independencia.

Pero bien, vamos a concentrarnos en la estructura del sistema de administración de Justicia Constitucional ecuatoriano el mismo que se compone según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC (Art. 166) de los siguientes órganos:

1. Los juzgados de primer nivel.
2. Las Cortes Provinciales.
3. La Corte Nacional de Justicia.
4. La Corte Constitucional

Es decir, no solo la Corte se encarga de controlar la implementación de la Constitución sino que le acompañan los órganos de justicia ordinaria en cuanto tienen también facultades de control constitucional o bien, aplicando directamente la norma suprema en casos de justicia ordinaria de acuerdo a las facultades establecidas en los Arts. 425, inciso 2 y 426 incisos 2 y 3 CE, o bien resolviendo determinados casos relativos a violaciones de derechos constitucionales. Así, a las juezas y los jueces de primer nivel, les compete conocer y resolver, en primera instancia, la acción de protección y otras garantías, así como la petición de medidas cautelares. Igualmente a las cortes provinciales les compete resolver en segunda instancia acciones como las de protección (Arts. 167 y 168 numeral 1 de la LOGJCC).

Como veremos más adelante, la discusión acerca de la relación de la Justicia Constitucional con la política y su legitimación, tiende a centrarse en la actividad de las cortes o tribunales

---

<sup>4</sup> Como efectivamente lo destaca desde una perspectiva idealista Ramiro Ávila S. "Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia", en R. Ávila (Editor), *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

<sup>5</sup> Julio Echeverría "El Estado en la nueva Constitución" en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini (Eds.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB-E / CEN, 2009, p. 13.

constitucionales<sup>6</sup>, pero hay que ver con mayor atención lo que hacen o deben hacer estas otras instancias de este sistema de justicia.

Por otra parte, la acción de protección (AP) es la garantía básica y general contra la violación de los derechos constitucionales en el sistema ecuatoriano. Es amplia en el sentido de su legitimación activa y respecto de contra quienes puede interponerse, sea el Estado o los particulares<sup>7</sup>. Su trámite es sumario y las resoluciones que emanan de ella hacen énfasis en la reparación en el caso de violaciones a los derechos, es decir es de naturaleza eminentemente reparatoria<sup>8</sup>. Se trata de un tipo de garantía concreta<sup>9</sup>, de espectro amplísimo, es decir, permite proteger todos los derechos constitucionales y aquellos que están previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos, con excepción de algunos concretos como el derecho de acceso a la información personal o pública, o el de libertad cuando alguien haya sido privado ilegal e ilegítimamente de esta. Estos derechos están protegidos por garantías específicas como son el hábeas data, la acción de acceso a la información pública y el hábeas corpus, respectivamente.

Estas características le dan a la AP un carácter central en el sistema constitucional como herramienta jurídica para que los ciudadanos de forma individual y colectiva puedan defender sus derechos. Por ello podríamos decir que la AP está de acuerdo a su diseño, más cerca de los ciudadanos, en las situaciones de su vida cotidiana y a la vez, en las situaciones más importantes para cada sujeto individual o colectivo.

Pero no solamente se trata de considerar esta cercanía con la ciudadanía de la AP sino que, a partir de la resolución de los casos seleccionados mediante el mecanismo llamado *certiorari*, debería generarse de parte de la Corte Constitucional una jurisprudencia que permita establecer precedentes generales (erga omnes) a ser aplicados en casos análogos donde los principios constitucionales vayan aplicándose para definir posiciones claras sobre situaciones conflictivas (así lo establece el Art 86.5 de la CE y el Art. 25 de la LOGJCC). Entonces, la AP se convierte en una herramienta central para el sistema también en el sentido del desarrollo de los derechos constitucionales, una herramienta de *política jurídica* (rechtspolitik) constitucional.

## II. El debate sobre la legitimidad y los criterios

Hay que considerar a la Constitución ecuatoriana actual como un hito en un proceso de transformación política de la sociedad. Uno de sus rasgos positivos es que esta Carta recoge

---

<sup>6</sup> V. Albert Noguera F. “El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en Revista Vasca de Administración Pública No. 90, Mayo – Agosto 2011, pp. 167-196.

<sup>7</sup> En efecto, la acción de protección persigue el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos constitucionales, en casos de vulneración de los mismos. En el caso del Estado la AP procede: a) por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o b) contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos. En casos de particulares accionados procede: a) si la violación del derecho por el particular provoca daño grave, b) si presta servicios públicos impropios, c) si actúa por delegación o concesión, o d) si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (Art. 88 CE).

<sup>8</sup> Juan Montaña P. “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección” en J. Montaña y A. Porras (Eds.) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 2, Quito, CEDEC/ Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 105.

<sup>9</sup> V. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 856-57.

una serie de demandas sociales que se expresan en una nueva variedad de derechos constitucionales<sup>10</sup>.

Estas demandas diversas a su vez podemos suponer que se condensan en dos demandas centrales. La primera tiene que ver con instituir otra forma de democracia. Es así que la Constitución de 2008 incorpora al sistema representativo varios derechos y mecanismos propios de formas de democracia directa, comunitaria, deliberativa y participativa<sup>11</sup>, como cabildos ampliados, la silla vacía, la revocatoria del mandato o las veedurías como formas de control social. La segunda demanda relevante, se relaciona con la efectividad de los derechos y consiste en un sistema más efectivo de Justicia a través de la introducción de garantías jurisdiccionales reforzadas<sup>12</sup>. Es allí que la AP adquiere mayor centralidad.

Frente a lo expresado surgen al menos dos interrogantes: ¿Cómo relaciona la Constitución estas demandas? ¿Cómo convive este modelo de democracia, con su mezcla de mecanismos representativos y participativos de acceso y de juego político, con un modelo de justicia constitucional de tipo fundamentalmente concentrado?

La relación entre el tipo de democracia y el diseño de la Justicia (constitucional) del Estado Constitucional plantea dos escenarios. Por una parte, podría argumentarse si seguimos la perspectiva del constitucionalismo tradicional y conservador<sup>13</sup>, que existe un déficit democrático que afecta tanto al órgano que preside el sistema de justicia constitucional como a los procedimientos que se usa para activarlo; esto, en el sentido de que tal órgano no procede de una elección por parte de los ciudadanos y de que sus procedimientos no están directamente sujetos a control político.

El constitucionalismo contemporáneo usa varios mecanismos para mitigar este déficit democrático. Hay que considerar que una de las bases de legitimación del poder es que este en sus distintas expresiones, está sujeto a control. La Constitución de Montecristi establece distintos mecanismos de control sobre el poder, llamados formas de *poder negativo*<sup>14</sup>, unos accionables sin necesidad de recurrir a la justicia constitucional, por ejemplo, las referidas veedurías, la iniciativa popular normativa o la silla vacía, otros a través de la justicia constitucional por vía justamente de garantías jurisdiccionales y procedimientos constitucionales como la acción de inconstitucionalidad o la de incumplimiento. Al igual que esos procedimientos constitucionales, consideramos que la AP al permitir justamente el control del abuso del poder por parte de los ciudadanos en casos concretos referidos a una

---

<sup>10</sup> Entre otros, se repotencian los así llamados derechos de participación e igualmente los del Buen Vivir entre otros el derecho a la vivienda, a la educación, a la cultura y la salud, además se introducen los “derechos de la Naturaleza”. Al respecto de cómo el proceso constituyente recoge estas demandas de diversos sectores sociales ver los trabajos de J. P. Muñoz, “Movimientos sociales y procesos constituyentes. El caso de Ecuador 2008”, Institut de recherche et débat sur la gouvernance, Paris, (IRG), 2008. Disponible en:

<http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-451.html> (Consulta 2012-06-07) y Marco Navas A, “La demanda de buen gobierno en el Ecuador. Marco jurídico institucional de la participación y retos de la sociedad civil” en P. Bandeira (Coord.) *El buen gobierno en América Latina*, Madrid, DECIDE, 2012, pp. 89-90.

<sup>11</sup> V. Marco Navas Alvear, “Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano”, en Ma. Paz Ávila, R. Ávila y G. Gómez (Eds.) *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO/ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012.

<sup>12</sup> V. Claudia Storini “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución de 2008” en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini (Eds.) *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB-E / CEN, 2009, pp. 287-312.

<sup>13</sup> V. Albert Noguera, Op. cit. y R. Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

<sup>14</sup> V. Albert Noguera, op. cit.

violación de derechos, puede ser considerada como un *mecanismo de poder negativo indirecto*, en cuanto es una posibilidad de defensa del ciudadano y a la vez una forma de expresión de su soberanía sobre los poderes constituidos. Los jueces, las cortes provinciales y la Corte Constitucional actúan en el caso de la AP como mediadores en este proceso y sus decisiones permiten teóricamente intervenir en los asuntos de la sociedad y en el fondo, en los asuntos políticos de ésta.

En efecto, quienes ejercen el poder están vinculados al orden constitucional y limitados por este. Las garantías suponen formas de control de este poder e imposición de medidas de reparación en caso de producirse y comprobarse violaciones. Las garantías son formas procesales especiales que maximizan los derechos. Están vinculadas a la tutela efectiva al acceso a la justicia no solo a nivel de la normativa constitucional sino del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que forma parte del así llamado Bloque de Constitucionalidad del país, al tratarse de normas acogidas por el sistema parte de instrumentos reconocidos por el Estado ecuatoriano como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y sobre todo su Art. 25 que establece justamente el acceso a un recurso efectivo que proteja de actos y omisiones violatorios de los derechos fundamentales.

Hay dos consideraciones que hacer en relación con esta intervención judicial. La primera tiene que ver con precisar la fuente de legitimidad, tanto de la iniciativa ciudadana expresada en la AP como de la intervención judicial que la desarrolla. La segunda cuestión se relaciona con el rol del juez al respecto: ¿se trata de un mero y neutral mediador de la iniciativa ciudadana de defensa o le da un *valor agregado* al resultado mediante su interpretación y más bien, con esto refuerza su legitimidad?

En el Ecuador, se ha insistido en que el papel institucional fuerte que hoy por hoy tienen los órganos del el sistema de justicia constitucional, entraría en tensión con el diseño democrático. Se argumenta en tal sentido que el modelo produce un efecto de “despolitización” que entrega a un órgano judicial máximo como es la Corte (y a los demás del sistema en su conjunto hay que agregar), la capacidad de legitimar o no el juego político, esto en lugar del Parlamento<sup>15</sup>. En el otro sentido, se ha insistido también en la necesidad de una actuación técnicamente neutral en la aplicación de principios constitucionales que deben trascender los límites de la ideología<sup>16</sup>.

Existe un déficit democrático potencial o formal en materia de justicia constitucional. Déficit que se podría mitigar sin embargo si consideramos a la Constitución como fuente de legitimidad del sistema y al procedimiento de nominación de los jueces cuando es ejecutado de forma transparente como forma de vinculación con la democracia. Por otra parte, es justamente el valor agregado que los jueces puedan darle a sus decisiones desde una perspectiva garantista, lo que no significa una expresión de una ideología partidaria sino de un pensamiento conforme a los valores consagrados en la Constitución, lo que puede fortalecer la vinculación entre democracia y decisiones judiciales. El déficit democrático y las contradicciones son pues, potenciales y relativas. Estas pueden combatirse justamente desde el acercamiento que se haga con la cotidianeidad de los ciudadanos a través de la actuación proactiva de los jueces constitucionales, como ha sucedido en algunos momentos, en

---

<sup>15</sup> Echeverría, op. cit. pp. 19-20.

<sup>16</sup> V. en este sentido la argumentación de Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional* (4ta. Ed. actualizada), Quito, Ediciones Legales, 2012, p. 21.

realidades cercanas como la colombiana donde estas prácticas han sido instrumento de un activismo judicial progresista<sup>17</sup>.

En suma, planteamos que en la Constitución ecuatoriana el régimen democrático y la demanda de justicia podrían conciliarse en una relación de mutuo reforzamiento a partir de potenciar mecanismos de poder negativo indirecto como la acción de protección. Estos procedimientos vendrían a ser desde el punto de vista de la teoría de la democracia deliberativa, como una forma de poder comunicativo<sup>18</sup>, que permite subir las demandas sociales hacia el poder, afirmándolas a través del reconocimiento de derecho vulnerados.

### **III. Situación en el Ecuador: algunos rasgos**

De cómo se haya desarrollado en la legislación secundaria la acción de protección y cómo se esté implementando en el Ecuador, dependerá si esta cumple o no con estas funciones indirectas de vehículo del poder negativo ciudadano y de legitimación del sistema de justicia constitucional.

Ahora buscamos aproximarnos a este aspecto, estableciendo por una parte algunos criterios centrales, que permitirán posteriores análisis, así como algunos acercamientos a su implementación.

Resulta necesario entonces analizar los aspectos prácticos de la AP posicionándose sobre la finalidad o los objetivos que la presiden a la luz de su naturaleza. El contenido de la Constitución hace prevalecer a los derechos sobre cualquier posición de poder, pretendiendo asegurar un modelo garantista de los derechos constitucionales y constituyéndose esta norma suprema como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad en la función de protección de los derechos y garantías. La AP es central en esta tarea como hemos indicado. Habrá que verificar si este parámetro es atendido o desatendido en la práctica, y ello deberá evaluarse tomando en consideración primeramente el desarrollo que se le ha dado sobre todo a través de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

A la vez, en cuanto a los criterios que permiten analizar esa relación entre el derecho en su dimensión normativa y su dimensión fáctica hay que destacar el de efectividad, que se constituye en un principio rector de la tutela judicial sobre los derechos. Igualmente, habrá que tomar en cuenta los criterios de eficacia y eficiencia<sup>19</sup>.

Eficacia se refiere sobre todo a la idoneidad de la norma en función de obtener los objetivos perseguidos por el legislador constituyente. Por tanto, esto hace relación al diseño normativo de la garantía jurisdiccional examinada y su desarrollo legal. La eficiencia de manera complementaria, se refiere al análisis de los medios con los que se consiguen determinados fines que pueden ser las normas mismas como instrumento o bien las formas de interpretar y aplicar estas, tomando en cuenta además, la optimización de esos medios respecto de esos

---

<sup>17</sup> V. entre otras, la argumentación que en tal sentido desarrollan R. Uprimny y M. García Villegas, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en B. Souza Santos (Coord.) *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, FCE, 2004, pp. 255-288.

<sup>18</sup> V. Juergen Habermas, *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política*, Barcelona, Paidós, pp. 234 -235.

<sup>19</sup> Estos criterios han sido considerados en la investigación que la profesora Claudia Storini, el autor y otros están desarrollando sobre “El funcionamiento de la acción de protección en las provincias de Azuay y Guayas 2008-2011”, proyecto de investigación, Quito, Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el período de transición, 2011 – 2012, en ejecución.

fines. La efectividad en cambio, se relaciona con la capacidad “global” diríamos, de realización de las normas a través de la actividad de sus aplicadores y el acatamiento de sus destinatarios<sup>20</sup>.

La evaluación de estos criterios abarca dos dimensiones: la legislativa que implica el diseño de la garantía a nivel constitucional en el marco del modelo general de Estado Constitucional de Derechos y Justicia así como la capacidad de desarrollar a través de instrumentos normativos infraconstitucionales los objetivos de la Carta Fundamental. Una segunda dimensión que interesa destacar es la que hace relación a la acción que hace el juez en cada caso para realizar los efectos deseados y un examen de los medios empleados para ello.

Así pues, si bien el de este texto no es un espacio suficiente para un desarrollo a fondo de estos criterios en relación a la AP, lo que se busca por el momento es enunciarlos y proyectar algunas reflexiones que orienten futuras investigaciones; a la vez que, poder examinar algunos hallazgos producto de investigaciones en curso.

En cuanto al diseño constitucional de la AP hemos ya enunciado algunas de sus características. Nace en el marco del ampliamente garantista modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, caracterizado por una generosísima parte dogmática, por principios muy favorables a la aplicación de los derechos y por unos principios procesales simplificados. La AP tiene así, en este contexto, un cometido amplio, un diseño contundente con énfasis reparatorio y una naturaleza no subsidiaria que la torna autónoma. En otras palabras, los objetivos de la AP como garantía central de los derechos en el sistema de justicia constitucional son bastante ambiciosos.

Respecto de la regulación de la AP a través de la LOGJCC, preocupa que se haya reducido la posibilidad de ejercicio de esta garantía. Esta reducción se siente con mayor peso en dos aspectos. La así llamada a *acción popular* establecida en el Art. 86.1 de la Constitución en el sentido de que “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución” es reducida por el Art. 9 de la LOGJCC que faculta solamente a la víctima, es decir la “persona o colectivo vulnerado o amenazado, por sí mismo, por representante o apoderado o mediante el Defensor del Pueblo”.

Un segundo aspecto puede verse en la admisibilidad de la AP. Así el Art. 40 de la LOGJCC pone en duda el carácter vinculante de la Constitución al trasladar al juzgador la facultad de determinar si existe otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado (numeral 3), en cuyo caso la acción no procedería. El 42 de la LOGJCC establece en idéntico sentido, entre las causales de improcedencia de la acción, la siguiente: “4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”.

Por más razones prácticas que puedan esgrimirse en relación sobre todo de no concentrar en la justicia constitucional grandes cantidades de reclamos que podrían ventilarse por la justicia ordinaria, estos condicionamientos -que no se hallan ni corresponden con el diseño constitucional de la AP, insistimos-, constituyen una invitación a desconocer el carácter no subsidiario o de aplicación directa de esta garantía. La Constitución no establece la necesidad de agotar vías judiciales ordinarias para presentar una AP; es más, la perfila como una

---

<sup>20</sup> El debate doctrinario sobre los criterios mencionados es profuso, entre otras fuentes de consulta podemos citar lo referido al respecto por H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de E. García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 30 y ss.; v. también L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Madrid, Ariel, 1993, pp. 206 y ss.

garantía que se desmarca claramente de las formas ordinarias de accionar. La frase “salvo que se demuestre...” abre la posibilidad de una interpretación reductiva sobre la procedencia o no procedencia de la AP. De hecho como más adelante exponremos, los jueces se basan en una interpretación parcial y elemental de esta disposición para evadir la aplicación de la AP, sea inadmitiéndola mediante auto o incluso usando esta norma para denegar la acción.

Además de lo enunciado, aspectos de la calidad con la que el operador de justicia, el juez –y el personal que le ayuda en la práctica a realizar los borradores de las sentencias- aplica las normas son pues relevantes. Así entramos en la segunda de las dimensiones aludidas. Y allí existen entonces otros parámetros a tomar en cuenta al momento de considerar si el juez contribuye o no a la realización de las normas.

La calidad de la motivación es uno de esas variables, tanto al momento de la admisibilidad como en la fase de la decisión de fondo, la forma y calidad de la argumentación, los tipos de interpretación (si se trata por ejemplo, de ponderaciones o meras subsunciones respecto de las colisiones de normas de derecho fundamental) son puntos fundamentales para estudiar la actuación de los jueces. Otro elemento trascendental es la reparación, en cuanto a la extensión y razonamiento de la misma. Complementariamente, habrá que analizar algunas variables cuantitativas relativas a las admisiones o inadmisiones, el número de acciones procesadas por instancia, la naturaleza de las partes, los tipos de derechos demandados mayormente, la cantidad de resoluciones favorables o negativas, entre otras.

En el mundo académico nacional, el análisis de la implementación de las garantías y concretamente de la AP es hasta ahora incipiente. Podríamos decir que recién está empezando. Destacan dos trabajos, el de Agustín Grijalva que ha sido recogido en los Informes de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar<sup>21</sup> y el que adelantamos con la colega profesora Claudia Storini<sup>22</sup>. No es posible comparar ambos trabajos por las diferencias de objeto, muestra y metodología. Se trata de destacar sin embargo, a grandes rasgos lo que sobre la efectividad y eficacia de la AP nos dicen.

Los resultados que presenta Grijalva en los Informes de Derechos Humanos de 2010 y 2011 hacen ver un panorama crítico. Si bien en la Constitución de 2008 ha habido un “decidido fortalecimiento de las garantías jurisdiccionales”, tanto las prácticas como el desarrollo legislativo no favorecerían la efectividad de la AP. En cuanto a las prácticas, las tendencias identificadas son las siguientes<sup>23</sup>.

- Entre 6 y 7 de cada 10 procesos por garantías constitucionales corresponden a acciones de protección (en Pichincha entre enero y octubre de 2010 y 2011 respectivamente).
- Las AP tienden a concentrarse en los derechos de protección (debido proceso sobre todo), en relación a problemas laborales y contencioso-administrativos de policías, militares y funcionarios públicos. Siguen los derechos de libertad y los del buen vivir, siendo muy escasa la reivindicación de otros derechos.
- El carácter residual que la LOGJCC ha dado a la AP “ha determinado una alta tasa de rechazo”. En primera instancia se negaron 8 de cada 10 casos en 2010 y 9 de cada 10

---

<sup>21</sup> V. *Develando el Desencanto. Informe de Derechos Humanos 2010*, UASB-E/ Abya Yala, Quito, 2011 e *Informe de Derechos Humanos 2011*, Quito, UASB-E, 2012.

<sup>22</sup> C. Storini, M. Navas y otros, “El funcionamiento de la acción de protección...”, op. cit., en ejecución.

<sup>23</sup> Cfr. *Develando el desencanto...*, op. cit., pp. 41 – 42 e *Informe de Derechos...*, op. cit., pp. 56 – 60. El estudio se circunscribe a la provincia de Pichincha.

en 2011 en Pichincha, en muchos de los cuales “el juez argumenta que el accionante tiene otras vías”. Una situación similar se presenta a nivel de la Corte de Pichincha.

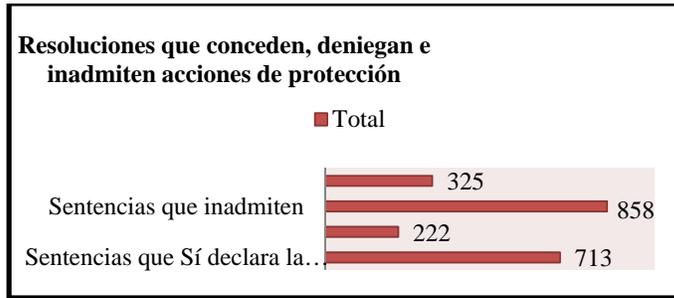
- En cuanto al género referido a todas las acciones de garantía se registra una predominancia de hombres frente a mujeres respecto de los accionantes. Las AP presentadas por mujeres alcanzan entre un 24.9% en 2010 y en 2011 tan solo un 17.15%.

En el caso de la investigación de la profesora Storini, el autor de este artículo y otros, ésta a diferencia de la de Grijalva se concentra en las provincias de Azuay y Guayas y busca articular una base de datos que sirva tanto para un análisis cuantitativo como para un posterior estudio cualitativo. Se seleccionaron 3880 resoluciones sobre AP, 2333 en Guayas y 1547 en Azuay. Además de la recopilación de los archivos físicos que servirá para futuras investigaciones, actualmente se está terminando una base de datos para desarrollar los análisis cuantitativo y cualitativo.

Total de resoluciones analizadas	3880
Distribución de resoluciones	
Guayas 2333	Azuay 1547

Informe de avances / Storini, Navas y otros 2012.

De este total en primera instancia se contaron 2116 resoluciones sobre AP, repartidas así:



Informe de avances / Storini, Navas y otros 2012

Se muestra de esta forma que entre autos de inadmisión, sentencias que inadmiten -lo cual es de por sí cuestionable porque rompe el procedimiento aplicando una regla previa al conocimiento del proceso- y sentencias que no declaran la vulneración del derecho, se cuentan 1403, mientras que solamente 713 admiten la demanda. Es decir, casi un 66.64% de resoluciones rechazan de alguna forma de pretensión, mientras que 33.36% la reconocen, algo más de dos de tres, porcentaje alto aunque más bajo que lo mostrado por Grijalva arriba<sup>24</sup>.

A pesar de lo preliminar del estado del proceso de investigación, podemos adelantar algunos hallazgos interesantes del estudio<sup>25</sup>:

1. En referencia a la celeridad de los procesos, en ambas provincias, en primera instancia estos toman aproximadamente entre 13 y 34 días. En segunda instancia, entre 23 y 115 días. No se cumple pues con el promedio de 4 días que prevé la Ley.

<sup>24</sup> Hay que aclarar que de las 2116 no se conoce aún cuantas acciones habrían sido apeladas a las cortes provinciales, sin embargo puede inferirse de la información que está siendo procesada que la mayoría de estas resoluciones (aproximadamente un 90%) ha sido apelada por una de las partes o ambas cuando esto es posible.

<sup>25</sup> Basado en hallazgos constantes en los informes de avance del proyecto desarrollado por C. Storini y otros ya citado, procesados de forma independiente del estudio principal por el autor.

2. Los derechos que se consideran mayormente vulnerados serían además del acceso al trabajo, la no discriminación laboral, la estabilidad en el puesto de trabajo, luego los del debido proceso y la seguridad jurídica. En mucha menor medida se reclaman derechos al honor, la libertad de tránsito, de niños, niñas y adolescentes, a la identidad, a la educación o el medio ambiente sano, entre otros. Habría pues, coincidencia con la investigación de Grijalva. Esto evidenciaría el hecho del desuso de la vía ordinaria, sea contencioso administrativa o laboral para este tipo de reclamos.

3. En cuanto al accionante predominan las personas naturales (87% aprox.) y en este grupo los servidores públicos (un 42% aproximadamente de todas las personas naturales). En el grupo de los accionados predominan las personas naturales, grupos y colectivos con un aproximado de 54%, mientras que un 46% corresponde a personas jurídicas, de las que las estatales son un 42.2% del total. Un dato interesante se refiere al porcentaje de acciones interpuestas contra el Estado, de las cuales solo un 40% en ambas provincias fue concedido. Se desprende que la tendencia de negación o inadmisión de acciones no es tan alta como lo mostrado en Pichincha.

4. Del estudio cualitativo puede adelantarse que hay un predominio de acciones negadas por debido proceso en sumarios por faltas disciplinarias, temas administrativos como declaratoria de expropiación y cuestiones de ordenamiento urbano. De las concedidas, estas se refieren por ejemplo, a cuestiones de estabilidad laboral vulnerada por abuso de contratos ocasionales, por desalojos de parte de la policía o por casos de discriminación laboral. La calidad de la argumentación es baja, se basa en un análisis legalista que combina la interpretación literal de normas legales y constitucionales con la subsunción entre normas y hechos. La norma constitucional en gran parte de la sentencias no es analizada, sino meramente transcrita al igual que la doctrina. Raros son los casos donde se intenta una suerte de ponderación elemental, por ejemplo en casos de colisión entre el derecho al trabajo de un docente y el derecho a la educación de los alumnos, o el derecho a la propiedad versus el derecho difuso al patrimonio histórico representado en la obligación del Estado de protegerlo.

5. Hay factores adicionales que hay que seguir explorando en relación a por qué fallan así los jueces. A más que la falta de conocimiento de los métodos interpretativos adecuados como serían la ponderación y más específicamente la aplicación de la fórmula de proporcionalidad, puede haber otros factores como la rutina en el manejo de procesos, la carga procesal en su conjunto<sup>26</sup> y el temor a fallar contra el Estado en el contexto de un ambiente caracterizado por una débil independencia de la Justicia frente a los demás poderes (funciones) del Estado. Se advierte en ese sentido la tendencia a evadir el conocimiento de AP contra el Estado parapetándose el juez en una causa de inadmisión.

6. Sobre la reparación, las sentencias que conceden la AP ascienden a un promedio de 35% entre primera y segunda instancia en las provincias analizadas. La gran mayoría de estas resoluciones lo que hace es restituir el goce del derecho y en medida mucho menor se dispone

---

<sup>26</sup> Un argumento común entre los jueces es el de la carga procesal específica relativa a las AP y otras garantías. Si comparamos no obstante, el número de AP en 2010 en el Azuay (último año del que se dispone cifras según la página WEB de la Función Judicial en esa provincia). Ver: [www.funcionjudicial-azuay.gob.ec](http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec) (consultado el 03.08.2012), con el de causas atendidas en esa jurisdicción, solo a efectos de contraste, veremos que resulta muy poco representativo. Frente a un total de 42770 causas, las AP presentadas serían cerca de 600, es decir aproximadamente un 1.4%. De esto podría suponerse que AP, al contrario de lo que suele afirmarse en el discurso de los jueces es escasamente utilizada aun, aunque la carga procesal del resto de asuntos sometidos a su competencia si es significativa.

reconocer el daño emergente y lucro cesante. Son muy escasas aquellas que ordenan otras medidas como investigar o reparación al honor (inmaterial). Es decir, la reparación es actuada en la dimensión material mayoritariamente. En los fallos que implican pago en dinero no se llega a establecer claramente condiciones acerca del modo, tiempo o lugar para la afianzar el cumplimiento de las mismas, aunque habría que suponer que esta especificación se realizará posteriormente en los respectivos juicios sea contenciosos o verbal sumarios de indemnización.

7. A esto hay que agregar el tema de la selección por parte de la Corte Constitucional. Existe a penas un caso donde se ha seleccionado una sentencia de AP para el desarrollo de jurisprudencia, lo que según las estadísticas de la Relatoría de la Corte de Transición corresponde al 1% de los casos resueltos<sup>27</sup>.

#### **IV. Reflexiones finales**

Cabría sostener que la efectividad de la AP es importante para la legitimación del modelo de justicia constitucional del ECDJ. El valor que este modelo le da a los juzgadores es muy alto. Les corresponde trasladar los principios constitucionales desde la abstracción y generalidad hacia casos concretos a través de lo cual se configura una forma dinámica de ese ordenamiento siendo solo así capaz de ser efectivo, es decir de realizarse en la vida de las personas.

Si el control concentrado y abstracto en manos de la Corte Constitucional permite emplazar y revisar los grandes asuntos políticos, el control difuso pero concreto en manos de los jueces ordinarios posibilita al sistema aterrizar en asuntos de la vida cotidiana de las personas pero situándolos en la esfera pública.

La AP adquiere entonces una dimensión de “publicización” de estos asuntos constitucionales<sup>28</sup>. En otras palabras, la gente puede discutir asuntos de interés común en torno al desarrollo de los procesos constitucionales que en inicio atañen a las partes pero que gracias a esa discusión alcanzan interés general. Habría así que seguir explorando en qué medida debates como el de la discriminación por motivos de identidad sexual (conocemos que hay una AP lista para decisión de la Corte Constitucional que crearía jurisprudencia al respecto) o el irrespeto a los derechos a la tutela judicial y el debido proceso que hacen justamente que se recurra a la AP en lugar de a la justicia ordinaria, por citar dos ejemplos, a través de la discusión procesal se convierten en temas de interés público, lo cual es bueno para la construcción de la democracia tal y como la dibuja la Constitución (Arts. 1 inciso 2 y 95 CE).

En efecto, la AP se transforma en un mecanismo para subir demandas por vía de la justicia constitucional al sistema político. Pero para que eso ocurra, la AP tiene que alcanzar un aceptable grado de efectividad, eficiencia y sobre todo efectividad como garantía, lo cual sin

---

<sup>27</sup> Información de la página WEB de la Corte Constitucional: <http://prezi.com/qy5shzuyvdyt/la-corte-constitucional-en-numeros-cualitativos/>. La Sentencia se puede ver en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/074e12e4-b0dc-493e-af71-4a54eb38b126/JurisprudenciaVinculante001.pdf> (consultado el 02.09.12).

<sup>28</sup> Publicización es un término introducido por el sociólogo francés Daniel Cefai y lo usamos para explicar cómo las personas y los grupos de la sociedad construyen problemas públicos, no abarca solo la deliberación sino formas de performance, de demostración pública y actuación (en sentido escénico) en diversos espacios de la vida pública. V. al respecto el desarrollo del concepto en M. Navas, *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*, Quito, UASB-E/ CIESPAL, 2012, Cap. 2.

duda hay que seguir investigando. De los pocos y preliminares hallazgos que se han mostrado puede concluirse que el nivel de constitucional garantismo es elevado si como referente se toman en cuenta las disposiciones correspondientes, sin embargo, el mismo disminuye considerablemente si se toma en consideración el desarrollo normativo de estos procedimientos y sobre todo las prácticas efectivas frente al modelo.

Por último, desde un punto de vista propositivo destacamos que habría que profundizar en algunos aspectos:

Es necesario dilucidar en qué medida la AP permite un potencial activismo ciudadano por medio de la acción popular, tomando en cuenta que esta ha sido reducida por medio de la regulación de la LOGJCC. Es urgente revisar esta normativa para plasmar en su real dimensión la acción popular. El activismo ciudadano es una forma de participación, de ejercicio de poder negativo perfectamente concordante con el espíritu de la Constitución y con el modelo de democracia que esta instituye<sup>29</sup>.

La Constitución de 2008 amplía decididamente las formas de participación, habría que explorar en qué medida tendrían estas que articularse con la justicia alrededor de la AP. ¿Será posible expandir la deliberación a través de la AP? Otro aspecto crucial a explorar es ¿cómo ven el tema los actores? Y no hablamos solamente de los actores estrictos del proceso jurisdiccional. En consecuencia hay determinar también ¿cuál es el papel de los actores no judiciales en la recreación del orden constitucional?

Del otro lado, habría que determinar cómo puede implementarse una suerte de activismo de parte de los jueces ecuatorianos. Tal activismo debería sustentarse en la conjunción de dos factores: un adecuado conocimiento doctrinario más una labor afinada de técnica interpretativa por una parte y una labor de tipo político en el sentido de una coherencia con los valores constitucionales. No obstante, la evidencia disponible parece mostrar que los jueces no están preparados para ello. De un somero análisis de algunas de las sentencias referidas, así como de los autos de inadmisión de las AP, destacan deficiencias en la motivación. Esta es como se indicó ya, de corte formalista y se muestran prácticas para esquivar una adecuada argumentación, abundar en ella con retórica irrelevante o bien la recurrencia a la declaración de inadmisión como manera de evadir la responsabilidad constitucional y la carga procesal.

Hay que destacar finalmente, que la ausencia de selección de los casos para la creación de jurisprudencia (justamente una tarea que permitiría desarrollar claras líneas interpretativas y de acción para los jueces, de conformidad con la Constitución) es una tarea pendiente y urgente en la que la primera Corte Constitucional tiene que avanzar si se quiere la efectividad del Estado Constitucional.

---

<sup>29</sup> En un reciente texto, hacemos referencia a que la actual Constitución ecuatoriana establece un modelo mixto de democracia, con elementos representativos y participativos. Estos últimos son muy fuertes (ver p. ej. El Art. 95 CE). Cfr. M. Navas, “Derechos a la comunicación y teorías...”, op. cit.