



UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACION DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**El principio de legalidad como causal de negativa de acciones de
protección**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Merizalde Vizcaíno, Juan Carlos

DIRECTOR: Valdivieso Espinosa, Patricio Alberto, Dr.

Centro Universitario: Quito

2014

APROBACION DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Dr. Patricio Valdivieso Espinosa

DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de fin de maestría denominado “El principio de legalidad como causal de negativa de acciones de protección” realizado por Merizalde Vizcaíno Juan Carlos, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas la Universidad Técnica Particular de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Loja,

Dr. Patricio Valdivieso Espinosa

DIRECTOR

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESION DE DERECHOS

Yo, Merizalde Vizcaíno Juan Carlos, declaro ser autor (a) del presente trabajo de fin de maestría: “El principio de legalidad como causal de negativa de acciones de protección”, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Patricio Alberto Valdivieso Espinosa, director (a) del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

Merizalde Vizcaíno Juan Carlos

CC. 1710620822

DEDICATORIA

A mis hijas y esposa.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, mi Padre, a cuya misericordia trato siempre de abandonarme.

A mis padres, ejemplo de servicio, que siguen apoyándome con sus últimos años de vida.

A la Universidad Técnica Particular de Loja que me recibió en sus aulas.

Índice de contenidos

Certificación del director	II
Declaración de autoría y cesión de derechos	III
Resumen	V
Dedicatoria	IV
Agradecimiento	V
Índice	VI
Resumen	1
Abstract	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO I:	
HISTORIA Y ACTUALIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	5
1.1 Sobre la naturaleza del poder y la necesidad de limitarlo	6
1.2 Defensa de derechos subjetivos constitucionales desde la constitución de 1830 hasta la constitución de 1978	8
1.3 La acción de amparo: Antecedente de la acción constitucional ordinaria de protección	16
1.4 El neo-constitucionalismo	19
1.5 Breve referencia a la acción extraordinaria de protección.	22
1.6 Imperativos del derecho internacional	25
1.7 Características de la acción de protección en la constitución de 2008	28
1.8 Legalidad versus constitucionalidad en la acción de protección	30

1.9	Implicaciones políticas	31
CAPITULO II:		
	DERECHO COMPARADO: LEGALIDAD VERSUS CONSTITUCIONALIDAD	33
2.1	Parámetros de estudio de derecho comparado	34
2.2	Legalidad versus constitucionalidad en constituciones bajo principios neo-constitucionales	35
2.3	Legalidad versus constitucionalidad en constituciones de corte tradicional	41
2.4	Análisis	45
2.4.1	Definición de Estado	45
2.4.2.	Normas que establezcan la supremacía de la norma constitucional	47
2.4.3	Presencia de acción de protección o garantías similares	48
2.5	Justificación del uso de los textos constitucionales	50
CAPITULO III:		
	HIPÓTESIS Y PRESENTACIÓN DEL TRABAJO CUALITATIVO	52
3.1.	PLANTEAMIENTO DE HIPOTESIS	53
3.2	ENTREVISTAS	53
3.2.1	Preguntas planteadas	54
3.2.2	Matriz de resultados	55
3.2.3	Análisis cualitativo	57
3.3	Análisis de sentencias	61
3.3.1	Guía de Observación	62
3.3.2	Matriz de resultados	63
3.3.3	Análisis cualitativo	64
3.4	Validación de hipótesis	67

CAPITULO IV

CONSTITUCIONALIDAD VS LEGALIDAD EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	69
4.1 Alternativa de reforma constitucional	70
4.2 Alternativa de reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.	71
Conclusiones	74
Recomendaciones	76
Bibliografía	78

RESUMEN

El presente trabajo demuestra que al resolverse las acciones ordinarias de protección, los jueces acuden como causal preferente para negarlas, al argumento de que existe un camino de legalidad por lo que no es necesario acudir a la justicia constitucional. El argumento de los jueces está respaldado por el texto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en tal sentido la investigación sostiene la existencia de un conflicto entre Constitución y ley.

El pensamiento neoconstitucional como nuevo paradigma en las ciencias jurídicas es presentado a lo largo del texto. La idea de la necesidad de limitar el poder es expuesta como la condición necesaria de existencia de la acción ordinaria de protección. En el análisis histórico se busca determinar la forma en la cual las distintas Constituciones ecuatorianas desde 1830 han defendido los derechos subjetivos.

Se acude al derecho comparado en busca de determinar como el conflicto Constitución versus ley ha sido resuelto en otras legislaciones.

En lo empírico el estudio revisa sentencias de jueces de primera instancia y la forma en que se resuelven distintos casos.

Palabras Clave: Constitución, ley, jueces

ABSTRACT

The present work shows that to be resolved the ordinary shares of protection, the judges come as causal for preferential rather than ignoring them, the argument that there is a road of legality for what it is not necessary to seek justice constitutional, the argument of the judges is supported by the text of the organic law of judicial guarantees and constitutional control, in this regard research supports the existence of a conflict between constitution and law.

The thought noeconstitucional as a new paradigm in legal science is presented throughout the text; the idea of the need to limit the power is exposed as the necessary condition for the existence of ordinary action of protection, in the historical analysis seeks to determine the way in which the different Ecuadorian constitutions since 1830 have defended the subjective rights.

Come to the right compared in search to determine how the constitution versus law conflict has been resolved in other legislation.

In the reviewed empirical judgments of courts of first instance and the manner in which different cases are resolved.

Keywords: Constitution, law, judges

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO CAUSAL DE NEGATIVA DE ACCIONES DE PROTECCIÓN

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se ha planteado como problema de investigación resolver la interrogante ¿si los jueces, profesionales en derecho, al solucionar situaciones concretas de recursos ordinarios de protección, acuden al culto a la ley, como principio preferente resolutivo? Para ello se realizó un estudio cualitativo de las sentencias, aunque se debe considerar que no se investigó ni todas las sentencias, ni las sentencias de todos los lugares, aunque la normativa es nacional. Teóricamente se parte del neoconstitucionalismo, que la actual carta magna pretende recoger. Ramiro Avila (2008, pág. 32 y 33) señala:

El derecho de los derechos humanos tendrá un desarrollo impresionante, particularmente los derechos que se conocen como civiles y políticos.

Las instituciones, sin embargo, poco cambian. Y los cambios lo hacen de forma lenta y hasta a veces de forma regresiva. En algunos casos, y esto sostendremos en el siguiente acápite, los cambios son funcionales a la estructura liberal y no han logrado superar un estado protector casi exclusivo de la libertad y de la propiedad.

Lo cual plantea otras preguntas para nuestra investigación: ¿Por qué razón los jueces acuden de forma regresiva, al principio de legalidad para negar acciones protección? ¿Qué alternativa se puede ofrecer desde lo normativo? Se utiliza la palabra “regresivo” no en un sentido peyorativo o valorativo, sino en un sentido de retorno a formas anteriores al neoconstitucionalismo asumido por la nueva norma suprema.

El trabajo de investigación buscó observar si en los casos de recursos ordinarios de protección, que llegaron a conocimiento de los jueces de Pichincha, se privilegió al sentenciar el cumplimiento de los requisitos de ley o por el contrario se privilegió la imposibilidad de restringir el contenido de la garantía jurisdiccional o si las sentencias de estos jueces han encontrado una tercera vía que solucione este aparente conflicto.

El resultado de la investigación llevó a la necesidad de plantear como alternativa una nueva normativa que soluciona el problema.

Para resolver el problema planteado en forma de interrogante se planteó el siguiente objetivo general:

Investigar las sentencias y la forma de sentenciar de los jueces en las acciones de protección, a fin de conocer si el principio de legalidad prima al momento de resolver como forma de evadir el conocimiento del fondo constitucional, investigación que se realizará mediante un estudio cualitativo y sesgado de resoluciones escogidas y mediante entrevista cualitativa a jueces constitucionales.

Así mismo se determinaron los siguientes objetivos específicos:

- Establecer si los principios neoconstitucionales recogidos en la carta magna, son suficientes para modificar la conducta de jueces formados en el paradigma del culto a la ley a fin de determinar si existe tensión entre el principio constitucional, la ley y las resoluciones judiciales, mediante análisis de sentencias y entrevistas cualitativas a jueces.
- Determinar alternativas normativas para vencer el anclaje al principio de legalidad desde la doctrina y la legislación comparada.

La metodología utilizada es cualitativa con las siguientes técnicas: Se realizaron entrevistas a jueces en tres niveles, Corte Constitucional, Corte Provincial y jueces de primera instancia. Así mismo se realizó una guía de observación sobre 41 sentencias de jueces y cortes provinciales en el distrito Pichincha, producidas del 1 al 20 de julio de 2011.

CAPITULO I: HISTORIA Y ACTUALIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

1.1 Sobre la naturaleza del poder y la necesidad de limitarlo

Al iniciar este trabajo con una referencia a la naturaleza del poder, se recuerda dos frases de Bertrand Rusell:

Después de la anarquía el primer paso natural es el despotismo, porque es facilitado por el mecanismo instintivo de la dominación y de la sumisión, esto ha sido comprobado, en la familia, en el Estado y en los negocios. (2010, pág. 24)

El poder absoluto es útil para construir una organización. (2010, pág. 25)

Siguiendo este pensamiento, este trabajo sostiene que el despotismo fue útil o necesario en la construcción de los estados nacionales, sin embargo, éste, el despotismo, facilitado por los mecanismos instintivos de sumisión y dominación, tiende a perpetuarse, aún cuando ya no fuera útil o necesario. En nuestra historia occidental, la revolución Francesa marca un hito de reacción contra los despotismos monárquicos, y se constituye en el antecedente histórico fundamental en la conformación del Estado de Derecho. El Estado de Derecho comenzará a constituirse como un principio liberal, manifestado en la igualdad y sujeción de todos frente a las leyes, frente al Derecho. Marco Morales dice:

En ese mismo momento surgió la necesidad de la existencia de un Derecho para poner límites al poder y lo que es más, para evitar la posibilidad de arbitrariedad, el despotismo o el totalitarismo por parte de la autoridad, ... (2010, pág. 17)

De lo expuesto se puede deducir que en ese contexto surge el culto a la ley, como una necesidad de enfrentar la arbitrariedad. Desde la filosofía del derecho, una evolución posterior, el positivismo, presentará la mejor expresión de esta idea, que epistemológicamente pretendió dar al Derecho el carácter de ciencia pura.

El positivismo en el contexto histórico, ha sido el esfuerzo más importante para evitar la arbitrariedad a la que se puede llegar con un mal entendido ius naturalismo. De hecho, el ius naturalismo, como tendencia dominante en la historia, ha sustentado el poder más autoritario, centralizado y vertical que uno se pueda imaginar. Someter el poder y la autoridad al derecho ha sido, sin duda alguna, un esfuerzo civilizatorio (ÁVILA, Agosto 2011, pág. 9)

Siguiendo a Bobbio, citado por Montaña y Pazmiño (Cfr. Noviembre 2011, p. 25 y 26) el positivismo o formalismo jurídico, es estatalista en cuanto sostiene que toda norma positiva emana del Estado, el cual garantiza su ejecución por medio de la coactividad, las normas tienen un carácter mandatorio, su fuente suprema absoluta es el parlamento, el sistema se concibe como perfecto y autorreferente y como tal carente de contradicciones internas, contexto en el cual el juez tiene una acción esencialmente lógica y declarativa, no creativa. Sin embargo el modelo fue superado por el poder fáctico.

El paradigma del culto a la ley, solo entrará en crisis cuando se lo mira como insuficiente para frenar al poder. El poder requiere ser limitado y la ley no ofrece suficientes garantías para hacerlo. Surge entonces desde la doctrina el neo – constitucionalismo como una alternativa para limitar el poder y garantizar los derechos de todos y todas en una sociedad. Siendo además que someterse a la ley sin cuestionarla generó injusticias, en el paradigma de Kelsen el análisis de la justicia no correspondía a la ciencia jurídica. (Ávila, Agosto 2011, pág. 9)

Mención aparte merece afirmar que el culto a la ley, fue incentivado históricamente, y consolidado por el sistema de educación, y específicamente en la formación del abogado en la Universidad. Deberá indicarse que el Derecho ha sido estudiado en las universidades, aislado de otras ciencias sociales sin el influjo y desarrollo que éstas han sufrido. Los abogados estudian materias no jurídicas que se han sumado de forma agregativa al pensum, no con un criterio de interdisciplinariedad, sino con un criterio simplemente multidisciplinario. Tapia Valdés escribe:

El abogado ha aprendido Derecho y, además, algo de sociología, de economía, etc. Pero ha mantenido su incapacidad anterior para relacionar una y otras ciencias y para

considerar el objeto específico de su estudio, la norma jurídica desde otro ángulo, y con posibilidades de descubrir factores, funciones y relaciones del sistema jurídico con las demás partes de la estructura social (Tapia, 1983, pág. 23)

El profesional del Derecho de tal manera formado, se enfrentaría hasta inconscientemente a una tensión casi dialéctica, para solucionar los problemas jurídicos que se le plantean, ya sea como legislador o como juez. Por un lado su formación jurídica, que alejada de las ciencias sociales como dice Valdez, lo acercan a un legalismo positivista, y por otro lado el neo - constitucionalismo que se impone en el sistema jurídico.

En ese sentido este trabajo procurará resolver la interrogante ¿si los jueces, profesionales en Derecho, al solucionar situaciones concretas de recursos ordinarios de protección, acuden al culto a la ley, como principio preferente resolutivo?

1.2 Defensa de Derechos Subjetivos Constitucionales desde la Constitución de 1830 hasta la Constitución de 1978

Se elaboró la presente tabla que permite visualizar históricamente las normas sobre defensa de los derechos subjetivos, la existencia o no de norma que establezca la supremacía de la constitución y de normas constitucionales para garantizar el ejercicio de los derechos.

TABLA: ANALISIS HISTÓRICO

AÑO	DERECHOS SUBJETIVOS	NORMA DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCION	NORMAS CONSTITUCIONAL ES PARA GARANTIZAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS
1830	Art. 10 Derechos	Art. 73.- Se	Art. 66 derecho a

	políticos, igualdad ante la ley. Derechos civiles y garantía Arts 57 -68	conservarán en su fuerza y vigor las leyes civiles y orgánicas que rigen al presente en la parte que no se opongan a los principios aquí sancionados y en cuanto contribuyan a facilitar el cumplimiento de esta Constitución.	reclamar por infracción de la Constitución o la ley.
1835	Art. 8 Derechos políticos, igualdad ante la ley Garantías Arts. 90-108	Art. 112 Con fuerza y vigor mientras no se opongan a la Constitución	No existen
1843	Art. 5 El pueblo ejerce soberanía al sufragar. Garantías Arts. 87-104	Art. 111 Con fuerza y vigor mientras no se opongan a la Constitución	No existen
1845	Art. 8 Derechos políticos, igualdad ante la ley. Garantías Arts 107-131	Art. 139 Toda ley que se oponga a la Constitución no surtirá efecto	Art. 126 Derecho a reclamar, ante ejecutivo o congreso, por infracción de la constitución o la ley.
1851	Art. 7 Igualdad ante la ley. Garantías Art. 103-134	Art.135 Todo lo que se oponga a la Constitución no surtirá efecto	Art. 107 Derecho a reclamar por infracciones de la constitución o la ley
1852	Art. 8 Igualdad ante la ley Garantías Art- 106-	No existe	Art. 125 Derecho a reclamar

	131		
1861	Art. 7 Igualdad ante la Ley Garantías Arts. 102-124	Art. 97 referido a acuerdos municipales.	Art. 120 Derecho a reclamar por infracción de constitución o ley ante el congreso o ejecutivo.
1869	Art. 8 Igualdad ante la ley Garantías Art- 87-110	No existe	Art, 104 Derecho a reclamar
1878	Art. 17 num 7 Igualdad ante la ley. Garantías Arts. 17-19	Art. 105 referidos a acuerdos municipales	No existen
1884	Garantías Arts. 14-37	Art. 119 referido a acuerdos municipales	No existen
1897	Garantías Arts. 13-39	Art. 132.- La Constitución es la Suprema Ley de la República, y cualesquiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuvieren en contradicción, o se apartaren de su texto no surtirán efecto alguno.	No existen
1906	Garantías Nacionales	Art.6 Norma de	Art. 21 Derecho a

	Art. 16-25 Garantías Individuales o Políticas Arts. 26-31	supremacía	acusar violaciones de la Constitución o la ley.
1929	Garantías fundamentales Art. 151-160	Art. 161. Norma de supremacía Sin embargo no podrá dejarse de cumplir la ley alegando que es inconstitucional. Art.162	Art. 151 Num. 27 Derecho a acusar. Habeas corpus (Art. 151 num 8)
1945	Garantías Fundamentales: Derechos individuales Art. 141 De la familia Art.142 De la educación y la cultura Art. 143-145 De la economía Art. 146-147 Del trabajo y de la previsión social Art. 148-151	Art. 163 Norma de supremacía Sin embargo no podrá dejarse de cumplir la ley alegando que es inconstitucional. Art.164.	Tribunal de Garantías Constitucionales, Art. 159-162 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;

			(Art. 160 num 5 atribuciones) Habeas corpus Art. 141 Num. 5.
1946	De las Garantías Garantías Generales Arts. 180-186 Garantías Individuales comunes Art. 187 Garantías especiales para ecuatorianos Art. 188	Art. 189 Norma de supremacía	Art. 187 Habeas corpus
1967	De Los derechos deberes y garantías Disposiciones generales Art.23-27 El derecho de la persona Art. 28 De la familia Art. 29-32 De la educación Art 33- 46 De la propiedad Art. 47- 60 Derecho al trabajo Art. 61-68 Derechos políticos Arts. 69-80 De la situación de los extranjeros Arts 81-84	Art. 257 Norma de supremacía	Art.219 Tribunal de Garantías jurisdiccionales Art. 220Atribuciones 1. Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, especialmente de las garantías constitucionales, 3. Conocer de las quejas que por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes formule cualquier persona natural o jurídica Art. 28 Num 18 lt h. Habeas corpus
1978	De los derechos,	Art. 137 Norma de	Art. 140 Tribunal de

<p>codificada en 1984</p>	<p>deberes y garantías De los derechos de las personas Arts. 19-21 De la familia Arts. 22-25 De la educación y cultura Arts. 26-28 De la seguridad social y de la promoción social Arts. 29-30 Del Trabajo Art. 31 De los derechos políticos Arts. 32-43 Regla general Art 44.</p>	<p>supremacía</p>	<p>Garantías Constitucionales Art. 141 Atribuciones Num 3 Conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica por quebrantamiento de la Constitución que atente contra los derechos y libertades... Art. 19 num 17 lt. J</p>
<p>1978 codificada en 1997</p>	<p>De los derechos, deberes y garantías De los derechos de las personas Arts. 19-27 Se insertan garantías a partir del Art. 28 De la familia Arts. 32-38 De la educación y cultura Arts. 39-41 De la seguridad social y de la promoción social Arts. 42-43 Del Medio ambiente 44-48 Del Trabajo Art. 49-50 De los derechos políticos Arts. 51-56 De la Consulta Popular</p>	<p>Art. 171 Norma de supremacía Art 172 La corte suprema puede declarar inaplicable para un caso concreto un precepto legal contrario a la Constitución</p>	<p>Art.28 Habeas Corpus Art. 29 Defensoría del Pueblo Art. 30 Habeas Data Art. 31 Recurso de Amparo Art. 174 Tribunal Constitucional Art. 175 Atribuciones Num 3 Tribunal de alzada recurso de amparo</p>

	Arts. 57-59 De la economía Arts. 60-62 De la propiedad Arts. 63-66 Del sistema tributario Arts. 67-68 Del sistema monetario Arts. 69-71		
1998	De los derechos, garantías y deberes. Principios generales Arts. 16-22 De los derechos civiles Arts. 23-25 De los derechos políticos Arts. 26-29 De los derechos económicos, sociales y culturales Arts.30-92	Art. 272 Norma de supremacía Inc. 2do. En caso de contradicción prima norma jerárquica superior	Garantías Art. 93 Habeas corpus Art. 94 Habeas Data Art. 95 Amparo Art. 96 Defensoría Pública. Art 273 Tribunal Constitucional Atribuciones Art. 276: Num 3 Alzada negativa Habeas Corpus, Habeas Data y Amparo y Apelación Amparo Art. 276

Cuadro: Elaboración propia

En casi todos los textos constitucionales no se establece una diferencia conceptual entre garantías y derechos, palabras a las cuales se da un tratamiento sinónimo. Modernamente se considera a las garantías, como la forma en la cual los derechos y libertades de las personas

son protegidas, mediante procedimientos que se los hace valer ante determinados órganos de justicia, razón por la cual se las denomina “jurisdiccionales” (Salgado, 2009, pág. 25)

Establecida así la diferencia entre derechos y garantías, se puede afirmar que en las diferentes constituciones, ha existido un progresivo desarrollo de los derechos y libertades, pero solo en las últimas constituciones se ha evidenciado la presencia de garantías; incluso una institución tan antigua como el habeas corpus, en la historia constitucional ecuatoriana solo aparece a partir de la Constitución de 1945. Existen referencias generales al derecho al pataleo, a denunciar, a reclamar, a acusar inclusive, por la violación de la Constitución o la ley, sin embargo, la simple enunciación de este derecho nunca se tradujo en un procedimiento que lo vuelva efectivo.

Cabe entonces recordar que autores como Bobbio consideraban que la importancia de los derechos no está en la fundamentación sino en su garantía:

...el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político (citado por Avila, Ramiro, 2008, pág. 41)

En cuanto a la supremacía de la Constitución se observa:

1. De la Constitución de 1830 a la Constitución de 1851 existen normas que hacen referencia a la supremacía de la norma constitucional.
2. Desde la Constitución de 1852 hasta la Constitución de 1894 no constan normas relativas a la supremacía, aunque se hacen tres referencias (Constituciones de 1861, 1878 y 1884) a la supremacía de la Constitución sobre acuerdos municipales.
3. Desde la Constitución de 1897 constará siempre un texto referido a la supremacía de la Constitución.
4. Las Constituciones de 1929 y 1945 contienen un texto que reflejan el espíritu de la época sobre la supremacía de la constitución: “Sin embargo no podrá dejarse de cumplir

la ley alegando que es inconstitucional.” Es decir se reconoce que la Constitución es la norma suprema, pero este detalle no sirve para nada, se vuelve inútil, cuando se establece a nivel constitucional que no se puede dejar de cumplir y aplicar la ley, alegando su inconstitucionalidad. Aunque se ha dicho, que el enunciado puede reflejar el espíritu de una época, parece que consciente o inconscientemente, como se probará más adelante, los jueces no lo han abandonado, y continúan apegados a la ley, para evitar aplicar la Constitución.

En el análisis histórico jurídico, mención aparte merece recalcar que nuestro país fue el primero en Latinoamérica, con la Constitución de 1945, en crear un organismo de justicia constitucional concentrada (Montaña, 2011). No obstante este trabajo no profundiza en el tema de la jurisdicción constitucional en el Ecuador, pues el tema esta enfocado a la confrontación ley constitución, y no a las teorías y mecanismos del control constitucional.

1.3 La acción de amparo: Antecedente de la acción constitucional ordinaria de protección

Existen diferencias significativas, como se analizará más adelante, entre la acción de amparo y la acción de protección, sin embargo no se puede estudiar la segunda, sin hacer por lo menos una referencia breve a la primera, a la cual no se la considera un antecedente evolutivo.

El recurso o acción de amparo fue creado en el denominado tercer bloque de reformas a la Constitución de la República promulgadas en el Registro Oficial No. 863 de 16 de enero de 1996 y constó en el art. 31 de la codificación de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro Oficial No. 2 de 13 de febrero de 1997. La Constitución de 1998 promulgada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, recogió similar normativa en el Art. 95 bajo la denominación de acción de amparo

Se presenta ahora un cuadro comparativo entre los contenidos de la acción de amparo bajo la Constitución de 1978 codificada en 1997 y la Constitución de 1998.

TABLA: ANÁLISIS COMPARATIVO ACCIONES DE AMPARO

CARACTERISTICA	CONSTITUCION 1978 CODIFICADA EN 1997	CONSTITUCION 1998
Legitimado activo	Toda persona	Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad.
Competencia	El que la ley designe	El órgano de la Función judicial designado por la Ley
Casos	Acto ilegítimo de autoridad pública violatorio de derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable”.	Un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en tratado o convenio internacional vigente y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.
Procedimiento	No habrá inhibición del Juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados. El Juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinte y cuatro horas y al mismo	Se tramitará en forma preferente y sumaria

	<p>tiempo, de encontrarlo fundado, ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiera traducirse en violación del derecho constitucional.</p> <p>Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el Juez dictará su resolución, a la cual se dará inmediato cumplimiento. La providencia será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos, el Juez remitir de inmediato el expediente al superior.</p>	
Efecto	Suspensión del acto impugnado	No señala
Excluye	No se señala exclusión de decisiones judiciales	Decisiones judiciales

Cuadro: Elaboración propia

Se puede apreciar que no existen grandes diferencias, en el contenido del Amparo, entre la Codificación de 1997 y la Constitución de 1998, el cual se perfila en ambos casos como la fórmula de defensa de derechos subjetivos constitucionales. La limitación de la posibilidad de interponer Amparo ante decisiones judiciales, que establece la constitución 1998, es razonable

en términos de seguridad jurídica y es recogida en la acción de protección de la Constitución 2008. Sin embargo sobre el tema existe una problemática que se la tratará más adelante al hacer referencia a la Acción Extraordinaria de Protección. Igualmente en las características de la Acción de Protección se establecerá diferencias con la acción de amparo.

1.4 El neo-constitucionalismo

El neo constitucionalismo, se explica de la forma más básica acudiendo a la resolución de la Corte Constitucional del 21 de octubre de 2008 (**REGISTRO OFICIAL No. 449, de 20 de octubre de 2008**). Se intentará resumir en cuatro premisas los rasgos del neo constitucionalismo según dicha resolución:

1. Históricamente en Occidente existen dos sistemas jurídicos principales: el del Common Law y el Europeo Continental. El modelo constitucional francés, o modelo constitucional continental, se remite a dos conceptos jurídicos propios del Derecho liberal: Estado de Derecho y la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos; la ley no se encuentra sujeta a ninguna norma superior, la Constitución queda reducida a una mera declaración política de principios.
2. Este modelo constitucional liberal se modifica con la aparición del Estado Social en Europa que interviene directamente en el orden económico y en el ámbito social, cambio que lleva una transformación de las fuentes del Derecho y particularmente, de la Constitución. Con el nuevo paradigma, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, acercando el modelo continental europeo al modelo del Common Law norteamericano, en el cual quien crea el Derecho es el juez constitucional y quien establece el procedimiento de producción y unificación del ordenamiento jurídico es el control constitucional, la Constitución es considerada como una norma directamente aplicable, y fuente del resto del ordenamiento.

3. Tener a la Constitución como una regla de decisión, trae las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.

4. Nuestra Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y, 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del Derecho.

Los elementos resumidos de la resolución de la Corte Constitucional del 21 de octubre de 2008 provienen de una teoría europea estos habría que sumarles los propios del constitucionalismo andino: El buen vivir, la Pachamama y la Plurinacionalidad, se sigue a Ramiro Ávila (Cfr. Agosto 2011) en estos conceptos

El buen vivir en la Constitución puede ser entendido como la promoción de sistemas solidarios, colectivos, basados en la riqueza de los vínculos de los seres humanos consigo mismo, con los otros y con la naturaleza, por oposición a un sistema basado en la competencia, el individualismo, la acumulación y el desecho, que genera soledad.

La referencia a la Pachamama debe comprenderse como un sistema de interrelación e interdependencia, basado en el mutuo respeto y complementariedad, con la naturaleza; bien entendido y aplicado significa una salida al sistema extractivista o de explotación intensiva de la naturaleza, que no ha sido sino un mecanismo de concentración de riqueza, de contaminación irreversible del medio ambiente, de fortalecimiento de la pobreza.

La Plurinacionalidad que en articulación con la interculturalidad es un llamado a recuperar una utopía pre-hispánica, un cambio radical de la estructura del estado en la cual la democracia representativa se complementaría con la comunitaria, el Derecho se alimentaría de una revalorización del Derecho indígena.

Ahora se intentará, establecer varias otras características del Neo-constitucionalismo, aun conociendo que el esfuerzo no las agota, y que incluso puede existir más de una forma de caracterizarlo y entenderlo.

Papel del Estado: La existencia del Estado se justifica en función de ser instrumento para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales, las funciones del Estado, su estructura y organización, sus poderes, tienen una sola finalidad, la satisfacción de los derechos fundamentales. (Carbonell, 2008, pág. 9). Sin embargo esta idea no está muy alejada de aquella de la doctrina social de la Iglesia Católica, que veía como fin del Estado y su justificación la construcción del bien común.

Fusión ius naturalista – ius positivista.- Estas dos escuelas de derecho, parecen alcanzar una unión ecléctica en el neo-constitucionalismo, por un lado, desde el pensamiento positivista se evidenciará que la Constitución es una norma, legítimamente promulgada, integrada al sistema jurídica de un país, y que como tal debe ser cumplida, baste recordar que es justo Kelsen quien en su doctrina positivista, pone en la cúspide del sistema jurídico a la Constitución. Por otro lado, desde el ius naturalismo, se evidenciará también que especialmente en materia de derechos humanos, el enunciado constitucional es general y ambiguo, como por ejemplo cuando habla del derecho a la dignidad, requerirá por lo tanto de una interpretación que (tratándose de una norma superior, sin otra por encima de ella como referente de interpretación) solo podrá ser moral. (Cfr. Ávila, 2008, pág. 39)

Órganos de la nueva teoría: El neo-constitucionalismo requiere de órganos propios dentro de la estructura estatal, órganos de protección de derechos humanos, en la

constitución 2008 los órganos son: La defensoría del pueblo, los jueces de primera instancia como jueces constitucionales, la defensoría pública penal, y la Corte Constitucional.

Cabe recalcar que autores como el chileno Cea, recalcan el enfrentamiento entre el neo-constitucionalismo y el legalismo:

Igualmente abatido resultó el dogma rousseauiano de la infalibilidad del legislador, derivado de ser el representante de la voluntad general. Penosamente demostrado quedó, en los más diversos países y culturas, que la norma legal fue convertida en instrumento de su autor, vulnerando la dignidad y los derechos inherentes a la naturaleza humana, sin castigo por ello. Lo que falta hoy sin embargo, es desprender las consecuencias de ese cambio de centralidad en el régimen jurídico, por ejemplo, para resolver los conflictos de acuerdo con la Constitución y después, sólo si es necesario, subsidiariamente con la ley. (Cea Egaña, 2011, pág. 30)

Expuesto de esta forma, la perspectiva neo constitucional del autor citado (Cea escribe en el marco de una constitución chilena tradicional y no desarrollada dentro del nuevo paradigma) puede resultar algo extrema incluso dentro del propio neo-constitucionalismo. Siguiendo a esta autor, abolida la ley como principio preferente resolutorio, todo conflicto, y con más razón aquellos en los que se alega violación de derechos constitucionales, deben ser resueltos de acuerdo a la Constitución y después, solo y solamente si fuese necesario, acudir a la ley.

1.5 Breve referencia a la Acción Extraordinaria de Protección

El presente trabajo tiene por objeto la acción ordinaria de protección, sin embargo se ha querido hacer una breve referencia a la acción extraordinaria de protección para ubicar de mejor manera nuestro tema, y diferenciarlo suficientemente. Cabe en primer lugar señalar que una primera aproximación a estas dos acciones, las diferenciará estableciendo que mientras la ordinaria nunca puede servir para impugnar decisiones, resoluciones, providencias o sentencias judiciales, la extraordinaria en cambio “procederá contra sentencias o autos definitivos en los

que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución“ (Art. 94 Constitución de la República del Ecuador)

Es lo que se ha denominado el amparo contra sentencias, Claudia Escobar García dice:

El amparo contra sentencias ha sido quizás la cuestión más problemática del derecho constitucional contemporáneo, por lo que hoy en día no existe claridad sobre su conveniencia y pertinencia, ni sobre los métodos y procedimientos para hacerla efectiva. En este contexto, mientras en algunos países se ha permitido la figura, tal como ocurre en España, Alemania e Italia, en otros la propia Constitución elimina esta posibilidad (Escobar García, 2008, pág. 345)

Siguiendo a la misma autora en la legislación andina se pueden identificar tres tendencias:

- El silencio constitucional: Bolivia, Colombia y Venezuela, no prevén el amparo contra sentencias.
- La consagración expresa: La actual constitución ecuatoriana establece expresamente el amparo contra sentencias.
- La prohibición expresa: La Constitución peruana prohíbe expresamente el amparo contra decisiones judiciales.

Los requisitos para interponer esta acción en nuestro marco constitucional son:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados (Art 94 y 437 de la Constitución);
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución (Art. 94 y 437 de la Constitución);

3. Que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal (Art. 94 de la Constitución); o,
4. Que la falta de interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho (Art. 94 de la Constitución).

La discusión sobre si la procedencia de las acciones constitucionales frente a las decisiones judiciales es un verdadero avance divide grandemente a los juristas y tratadistas, se cita dos autores que sobre el tema piensan de forma contraria, primero la mentada Claudia Escobar García, que con auténtico fervor neo-constitucional se expresa a favor:

En efecto, el reconocimiento de la supremacía constitucional implica aceptar que todos los poderes del Estado, incluso el Poder Judicial, se encuentran vinculados a la Constitución y a los derechos humanos, y que su desconocimiento puede ser conocido y resuelto por la máxima instancia de control constitucional, la Corte Constitucional. Por este motivo, las decisiones adoptadas por el Poder Legislativo (las leyes), son examinados a través del control abstracto y concreto de constitucionalidad; la constitucionalidad de las actuaciones del Poder Ejecutivo, por su parte, es garantizada a través de estos mecanismos y a través de las acciones constitucionales. No tiene sentido dejar por fuera del control constitucional las decisiones del Poder Judicial. Por este motivo, aunque históricamente la revisión de las decisiones judiciales ha sido problemática y traumática, constituye una tendencia consolidada en el Derecho comparado. (2008, pág. 347)

Con mucha más cautela se expresa Hernán Salgado:

En los círculos judiciales y de abogados se ha comentado que se trata de establecer una cuarta instancia (la tercera, que no lo es, sería el recurso de casación ante la Corte Suprema). Esto significa tiempo, mucho tiempo, para que los juicios sean resueltos y un trabajo que terminará estrangulando a la nueva Corte Constitucional. ...

Las consecuencias serán – como se dijo- una acumulación enorme de juicios, mucho mayor a la que existe actualmente; malestar social por que los conflictos permanecen

insolubles; crecimiento de la inseguridad jurídica. El argumento de que en otros países existe el amparo contra sentencias (caso de España, Colombia, Perú) no es correcto, porque no se ha considerado el sistema de amparo que tiene aquellos países; que es de carácter residual o subsidiario. En cambio, el Ecuador ha tenido una acción de amparo, hoy protección demasiado amplia. (2009, pág. 62 y 63)

Ambos autores coinciden en la necesidad de regular la acción extraordinaria de protección, regulación que lógicamente correspondería a la ley, la cual en criterio de los autores citados debe garantizar tanto la seguridad jurídica como la supremacía constitucional, y evitar el abuso en el uso de la acción y el colapso de la Corte Constitucional. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional- LOGJCC- publicada en el RO. No. 52 del 22 de octubre de 2009 es también en esta acción un esfuerzo para limitar por norma inferior el contenido de la Constitución.

El contenido de la presente investigación difiere de esta posición, pues el Art. 11, numeral 4 de la Constitución es claro:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

En virtud de lo cual, no podría por ley limitar, el contenido de la garantía constitucional. El mismo argumento se utilizará y ampliará al referirnos a la Acción Ordinaria de Protección.

1.6 Imperativos del Derecho Internacional

Abandonada la ley como única fuente del Derecho, en esta nueva pluralidad jurídica, se deberán tener presentes como fuentes del sistema jurídico interno, las provenientes del Derecho internacional. Se tendrá entonces que hacer referencia a los Convenios y Tratados

Internacionales y a las sentencias e informes de los organismos internacionales en materia de derechos humanos.

Indudablemente se debe partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, en la cual se reconocen los derechos mínimos de todas las personas sin discriminación alguna, y se sentaron las bases de los principios de la indivisibilidad, interdependencia e igual valor de los derechos fundamentales, sean estos civiles y políticos o los económicos, sociales y culturales. Principios ratificados y desarrollados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993. Sin embargo en materia de garantías jurisdiccionales se considera que las establecidas en la Constitución, tienen como antecedente la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del 22 de noviembre de 1969.

En dicha Convención Interamericana se establece en los Arts. 8 núm. 1 y 25 núm. 1 y 2 lo siguiente:

1. Derecho de la persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. El Art. 8 núm. 1 de la convención hace textual referencia al enunciado, aunque el texto se refiere a garantías judiciales, se ha querido hacer expresa referencia al mismo porque establece también que corresponde a la determinación de derechos de cualquier carácter, por lo que no podría excluirse los derechos fundamentales.
2. Derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces y tribunales contra actos que violen derechos fundamentales, aun cuando la violación sea cometido por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales, Art. 25 núm 1. El tema merece algunas reflexiones:
 - a) La generalidad del derecho establecido en la Art. 25 núm 1 abarca a todos todas la garantías jurisdiccionales e incluso a las medidas cautelares constitucionales.

- b) El establecer que el derecho debe ser interpuesto ante jueces o tribunales impulsó, con bastante retraso, una reforma a la garantía de habeas corpus, que hasta la constitución de 2008 se interponía ante un Alcalde e incluso ante el Presidente del Consejo Municipal.

 - c) La utilización del genérico “en ejercicio de funciones oficiales” no excluye a jueces y tribunales, y sus actos judiciales, por lo que resulta lógico, que la actual legislación haya establecido el recurso extraordinario de protección al que se ha hecho referencia con anterioridad.
3. Los Estados partes se comprometían a garantizar que la autoridad prevista por el sistema legal decida sobre los derechos de quien interponga el recurso, Art. 25 núm. 2 lit. a. Al respecto:
- a) Se establece que el sistema legal prevé la autoridad que decide sobre los derechos. El texto puede resultar un contrasentido, y como un sometimiento a la ley si se lo ve desde las nuevas tendencias, sin embargo se debe considerar que la convención data de 1969.

 - b) La autoridad debe decidir sobre los derechos de quien interponga el recurso. Este trabajo de investigación sostiene que en la práctica se busca artificios para evitar decidir, acudiendo a fórmulas como la existencia del camino de legalidad.
4. Los estados partes se comprometían a desarrollar la posibilidad de recurso judicial y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso, Art. 25 núm. 2 lit. b y c:

- a) Las acciones constitucionales y las medidas cautelares constituyen en la actual Constitución 2008 un real desarrollo de posibilidades judiciales ante violación de derechos fundamentales. Incluso amparan el peligro de violación.

- b) Igualmente la Constitución vigente, otorga al juez executor de la sentencia, amplios poderes para garantizar el cumplimiento de la misma, llegando a establecerse la posibilidad de destituirse a la autoridad renuente.

1.7 Características de la Acción de Protección en la Constitución de 2008

- 1. La acción de protección es de conocimiento y no cautelar.- La Constitución de 1998 no establecía la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante la amenaza de violación de un derecho fundamental, tanto ante la posibilidad de violación o al concretarse la misma, la acción a proponerse era la de amparo, que se considera reunía las características de ser al mismo tiempo de conocimiento y cautelar.

En la Constitución vigente la acción de protección es netamente de conocimiento, pues declarada la violación del derecho, se busca la reparación integral. Es verdad que también se puede proponer ante un derecho violado, medida cautelar, sin embargo, en este caso la medida puede ser adoptada si:

... cuando a criterio del juez existan presunciones de una posible vulneración de derechos constitucionales que no pueda esperar a la sentencia, pero aquello no implica un pronunciamiento de fondo y, por tanto, no puede generar un efecto propio de una garantía de conocimiento, como en efecto es la acción de protección. (Registro Oficial, No. 351 de 29 de diciembre de 2010, Segundo Suplemento, SENTENCIAS DE JURISPRUDENCIA VINCULANTE, SENTENCIA N° 001-10-PJO-CC, CASO N° 0999-09-JP, Núm. 57, pág. 9)

2. La acción de protección protege ante toda violación de derechos.- En la constitución de 1998 la acción de amparo tiene la característica de excepcional, procedía cuando se produce una violación de derechos grave e inminente. Las violaciones de derechos que no reúnen estas características no eran objeto de acción de amparo; la inminencia seguramente está referida a la enunciada característica de ser al mismo tiempo de conocimiento y cautelar. Por lo que para la acción de protección objeto de este estudio, cabe señalar que la Constitución no prevé la característica de gravedad, que le pudiera otorgar como en la Constitución anterior la connotación de excepcional. Es el legislador, no constituyente, el que le dio características de excepcionalidad como se verá en el tema de “Legalidad versus constitucionalidad en la acción de protección” en 1.8.
3. La acción de protección procede ante violaciones de particulares.- El recurso de amparo de la Constitución de 1998, solo preveía la posibilidad de demandar por esta vía a personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

En la acción de protección, si la violación proviene de personas particulares, el Art. 88 de la Constitución, señala los siguientes casos en los cuales procede:

- La violación provoca daño grave;
- El particular presta servicios públicos impropios, o actúa por delegación o concesión; y,
- La persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Más allá de la evidente ampliación de los casos en los cuales puede proponerse acción de protección, se quiere resaltar que de ellos, solo uno, el de la gravedad del daño causado, tendría la connotación de excepcional, es decir no se puede proponerlo ante cualquier violación de derechos que ocasione un daño, sino que éste debe ser grave. En los otros dos casos, ante la violación del derecho, procede la acción, sin necesidad de una calificación adicional.

4. La acción de protección no es residual.- Como consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que la acción de protección en la intención del legislador constituyente no es residual, es decir, no es el último camino cuando se han agotado las vías que nos oferta la justicia ordinaria.

1.8 Legalidad versus Constitucionalidad en la Acción de Protección

La actual norma constitucional dispone en su Art 88 que “la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

Las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, expedidas por el Pleno de la Corte Constitucional, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 466 de 13 de noviembre de 2008, en el Art. 50 establece:

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;”

La LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL en su Art. 42 establece en los numerales que van del 1 al 5 lo siguiente: “Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

Es entonces, por el momento evidente que estos instrumentos jurídicos, buscan limitar el ejercicio de la acción constitucional de protección. Se cita ahora lo que dice el Art. 11, numerales 3, 4 y 5 de la Constitución:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

De la simple lectura de la norma se observa que por un lado se puede exigir mediante ley condiciones y requisitos no establecidos en la constitución y por otro lado se establece que no se puede restringir el contenido de las garantías jurisdiccionales.

Cabe entonces concluir este capítulo recogiendo la frase: “En relación con los derechos nos movemos, a veces sin darnos cuenta, entre el discurso regulador y el discurso emancipador” (Avila, 2008)

1.9 Implicaciones Políticas

No obstante el problema del enfrentamiento entre legalidad y constitucionalidad no es meramente jurídico, pasa por problemas políticos. Es evidente, si la acción de protección busca controlar el ejercicio del poder evitando la violación de los derechos, entonces el poder de turno

se resiste. Tanto es así, que luego de su último triunfo electoral, el Presidente de la República adelantó la necesidad de reformar la acción de protección.

Ya en fecha anterior, el 9 de julio de 2012 el Abg. Diego Zambrano Álvarez, Coordinador de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura se expresaba de esta forma:

... en forma reiterativa se ha debido aplicar sanciones en contra de aquellos jueces que han resuelto favorablemente acciones de protección de actos administrativos, cuyo objeto de reclamación tienen que ver con aspectos de mera legalidad y que pueden ser impugnados en la vía judicial, de conformidad con lo establecido en el Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales; por lo que incurrir en la falta prevista en el numeral 7 del Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, al aplicar indebidamente normas jurídicas expresas

Por lo expuesto, solicito que, por su digno intermedio, se haga conocer a las juezas y los jueces del distrito judicial bajo su dirección sobre este particular, a fin de que se tomen los correctivos que consideren necesarios y de esta forma evitar la aplicación de sanciones administrativas. (Memorando Circular No. 3524-UCD-2012).

CAPITULO II: DERECHO COMPARADO: LEGALIDAD VERSUS CONSTITUCIONALIDAD

2.1 Parámetros de Estudio de Derecho Comparado

En las constituciones en las cuales se realizará el análisis de derecho comparado se observará:

1. Palabras en el texto constitucional que caracteriza al Estado, considerando que la constitución ecuatoriana establece que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)”

Como premisas previas en este análisis se da un contenido a los términos, Estado Constitucional, Estado de justicia, y Estado de derechos, siguiendo siempre el paradigma Neo constitucional. (Cfr. Ávila, noviembre 2008, pp. 19-38)

Estado Constitucional, se parte de la existencia de tres modelos de Estado, el absoluto (la voluntad del monarca determina la estructura del poder) el estado de derecho (la ley es la expresión de la voluntad soberana, ella sujeta al poder y lo configura), el constitucional (la constitución es la norma superior de aplicación directa, no mediatizada por la ley, los derechos y garantías consagrados en ella, son al razón de ser del estado).

Estado de justicia, la aplicación de una norma requiere de un análisis valorativo, no solo se debe estudiar la vigencia de una norma sino sobre todo valorar su validez en el contexto de un sistema jurídico determinado, valorar si cumple o no con el programa constitucional.

Podría considerarse al Estado de derechos como una evolución del concepto de Estado Constitucional, si éste significó un sometimiento a la constitución, el Estado de derechos se entendería como un sometimiento de todo poder público o privado a los derechos, y a estos como construcciones y reivindicaciones históricas incluso anteriores al propio Estado y superiores al mismo, capaces por lo tanto de limitar incluso la propia voluntad del constituyente. Lo dicho sobre la fusión lus Positivista – lus Naturalista, se evidencia en la referencia a

construcciones y reivindicaciones históricas anteriores al Estado y superiores al mismo, que tiene una fuente lus Naturalista; fusión cuyo antecedente será la doctrina de la secularización del derecho natural, introducida a la teoría de los valores por la denominada escolástica española, la cual reemplazó a “la voluntad divina” del derecho natural medieval por “la naturaleza o la razón de la cosa”, con lo cual el derecho natural profano sentaba como derecho racional, los fundamentos de un derecho natural e internacional de la humanidad. (Schneider, 1979, pág. 9)

2. El siguiente elemento a observarse es la presencia de normas que establezcan la supremacía de la norma constitucional.

3. La presencia o no, de la acción de protección o garantías constitucionales similares en los textos constitucionales observados.

2.2 Legalidad versus Constitucionalidad en Constituciones bajo Principios Neo-Constitucionales

Se estudian las constituciones de España, Venezuela y Colombia.

TABLA: LEGISLACIÓN COMPARADA ESPAÑA, VENEZUELA Y COLOMBIA

ASPECTO OBSERVADO:	Palabras en el texto constitucional que caracteriza al Estado	Presencia de disposiciones que establezcan la supremacía de la norma constitucional	Presencia de acción de protección o garantías similares
PAIS			
ESPAÑA	Art. 1 España se constituye en un	Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los	Artículo 53. 2. Cualquier ciudadano

	<p>Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.</p>	<p>poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.</p> <p>Artículo 53.</p> <p>1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).</p> <p>3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados</p>	<p>podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.</p> <p>Artículo 161.</p> <p>1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:</p> <p>b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.</p>
--	---	--	--

		<p>ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.</p> <p>Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.</p>	<p>Artículo 162.</p> <p>1. Están legitimados: b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.</p>
COLOMBIA	Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus	ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica,	ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento

	<p>entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.</p>	<p>se aplicarán las disposiciones constitucionales.</p>	<p>preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.</p> <p>La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.</p> <p>Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de</p>
--	---	---	---

			<p>defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.</p> <p>En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.</p> <p>La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.</p>
VENEZUELA	Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que	Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico.	Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los

	<p>propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.</p>	<p>Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.</p> <p>Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.</p> <p>Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados</p>	<p>derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.</p> <p>El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.</p>
--	---	--	---

		<p>por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.</p>	
--	--	---	--

Cuadro: Elaboración propia

2.3 Legalidad versus Constitucionalidad en Constituciones de Corte Tradicional

Se analizan las constituciones de Chile y Honduras.

TABLA: LEGISLACIÓN COMPARADA CHILE Y HONDURAS

ASPECTO OBSERVADO:	Palabras en el texto constitucional que caracteriza al Estado	Presencia de normas que establezcan la supremacía de la norma constitucional	Presencia de acción de protección o garantías similares
PAIS			
CHILE	<p>Artículo 1 Inc. 4to: El Estado está al</p>	<p>Art. 6 Inc. 1ro. Los órganos del Estado deben someter su</p>	<p>Art. 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios</p>

	<p>servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.</p> <p>Art. 4. Chile es una república democrática.</p>	<p>acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.</p> <p>Art. 7. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.</p> <p>Art. 5 Inc. 2do. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.</p> <p>Art. 80. La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos</p>	<p>o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida</p>
--	---	--	---

		<p>casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.</p>	<p>protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.</p> <p>Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.</p> <p>En el Art. 41 Num 1 se hace referencia a las acciones de amparo y protección para limitarlas en caso de estado de excepción.</p>
HONDURAS	ARTICULO 1.- Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido	ARTICULO 64.- No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de	ARTICULO 183.- El Estado reconoce la garantía de amparo.

	<p>como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social.</p>	<p>cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan.</p> <p>ARTICULO 376.- Todas las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estuvieren en vigor al promulgarse este Constitución, continuarán observándose en cuanto no se opongan a ella, o mientras no fueren legalmente derogados o modificados.</p>	<p>En consecuencia toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de ésta, tiene derecho a interponer recurso de amparo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la constitución establece; y 2. Para que se declare en casos concretos que un reglamento, hecho, acto o resolución de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución. <p>El Recurso de Amparo se interpondrá de conformidad con la Ley.</p>
--	--	--	--

CUADRO: ELABORACIÓN PROPIA

2.4 Análisis

2.4.1 Definición de Estado.

En las cinco constituciones estudiadas, se presentan los conceptos de Estado de Derecho, Estado social, Estado democrático, en ninguna de ellas la referencia a Estado constitucional o a Estado de derechos, que resultan entonces ser novedades de la Constitución Ecuatoriana, y solo en la constitución Venezolana se constata la presencia del criterio de Estado de Justicia.

Como se ha visto, los neo-constitucionalistas han visto en el término “Estado de derecho” una mera referencia al sometimiento a las leyes, que podía devenir en un estado legalista e injusto. Constituciones como la española, la colombiana y la venezolana, que podrían considerarse como referentes del neo-constitucionalismo, tampoco abandonan definir su Estado como de “derecho” con el matiz eso sí de “social” como se explica más adelante. Ya Schneider en 1979 escribía:

Bajo «Estado de Derecho» la Ley Fundamental entiende un sistema de principios y reglas procesales según las cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo a la libertad. (1979, pág. 23)

Pero si bien «Estado de Derecho» significa en sentido material ante todo seguridad de la libertad del individuo mediante un conjunto de derechos individuales y reservas limitativas del Estado, los derechos fundamentales en sentido subjetivo son, primordialmente, derechos de defensa frente al Estado, así como barreras y directrices para la actuación estatal: están llamados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a los ataques del poder público. (pág. 24)

Visto de esta forma, pareciera que el constituyente de Montecristi quiso rechazar más bien la vinculación doctrinaria del concepto Estado de Derecho con el individualismo liberal. En lo que nos ocupa, el término Estado de Derecho, no implica un sometimiento per se al legalismo, ni una primacía de la ley sobre la constitución, esta forma de entender Estado de Derecho resulta

ser una construcción ideológica-política, del neo-constitucionalismo, que en Ecuador se manifestó en el deseo de hacer hasta en los textos, una constitución diferente a la de 1999.

Sobre Estado social Schneider indica:

El Estado asume hoy nuevas tareas en el ámbito de la asistencia social, en el de las condiciones generales de la existencia y en el fomento de las condiciones laborales y económicas, tareas cuyo adecuado cumplimiento es prerrequisito de posibilidad de dicha vida individual y social. La Ley Fundamental expresa su reconocimiento de estos condicionamientos del moderno desarrollo técnico y económico, con la fórmula del «Estado social del Derecho», mediante la cual se encomienda a los órganos estatales la misión de conseguir, ya en el presente, una relativa compensación de los diversos intereses, aspiraciones y necesidades según criterios inspirados en la justicia social, y prescindiendo de todo igualitarismo utopista proyectado hacia el futuro. (pág. 30)

Por su lado Diego Valadés dice:

La irrupción del constitucionalismo social con las constituciones de Queretaro (1917) y de Weimar (1919), también generó un nuevo enfoque del Estado de Derecho. Se constató que este último al estatuir una igualdad formal ante la ley produce desigualdades económicas. Así, el aparente paraíso del Estado de Derecho ocultaba profundas contradicciones. Herman Heller percibió con claridad esta situación y planteó la transición del Estado Liberal (de Derecho) al Estado Social de Derecho. (pág. 62)

Aunque no se puede negar los diversos posicionamientos de los autores citados, si se deduce que el concepto de Estado social implica una forma de suavizar el Estado de derecho individualista liberal, y tal vez por eso el legislador de Montecristi lo abandonó.

La referencia a la característica de Estado democrático, está presente en todas las constituciones estudiadas, independientemente de su adhesión o no al neo-constitucionalismo, y no parece que esta característica marque alguna diferencia en cuanto al enfrentamiento legalidad constitucionalidad.

2.4.2 Normas que establezcan la Supremacía de la Norma Constitucional.

El legalismo de la Constitución española es claro, no existe el principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, tanto es así que los principios constitucionales solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Existe norma expresa en la Constitución colombiana, de la primacía de la Constitución en caso de incompatibilidad con la ley u otra norma jurídica.

Sorprende que no exista norma similar en la Constitución Venezolana, sin embargo ésta si señala que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico; que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y la ley y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público; y, que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley es nulo . El texto constitucional venezolano establece una íntima vinculación entre constitución y ley, como si la contradicción no fuera posible.

En el caso de la Constitución chilena, el sometimiento a la ley parece incluso más claro, pues aunque se señala que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución se completa indicando que también a las normas dictadas conforme a ella; de esta forma, la ley dictada conforme a la Constitución, obligaría a los órganos del Estado sin reconocer la posibilidad de una legalidad que niego lo constitucional. Sin embargo resulta interesante mirar en la Constitución chilena, una clara referencia lus Naturalista, cuando se establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En el ámbito de la carta suprema chilena, solo a la Corte

Suprema le correspondería declarar inaplicable para casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución.

En la constitución Hondureña existe una norma clara de supremacía del texto constitucional sobre leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que disminuyan, restrinjan o tergiversen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías.

En este punto del análisis es evidente que la supremacía de la norma constitucional no es un privilegio de las cartas magnas impregnadas de Neo-constitucionalismo, así como también en estas, como el caso citado de la Carta Magna española, se encuentran claros referentes de legalismo.

Siendo así el tema deviene un problema que estaría más vinculado con la forma como los jueces comprenden el derecho y lo aplican, situación que para el caso ecuatoriano se tratará en el capítulo siguiente.

2.4.3 Presencia de Acción de Protección o Garantías similares

En la constitución española existe una referencia al recurso de amparo como mecanismo de tutela de las libertades y derechos, recurso que se lo interpone ante el Tribunal Constitucional. En el texto constitucional español no existe mayor referencia sobre la característica del recurso de amparo o si se trata de una medida cautelar o de conocimiento. Siendo así el carácter excepcional o no y los casos en los cuales procede, deben estar regulados por la ley.

En la constitución colombiana se habla de la acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, ante vulneración o amenaza por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la

Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Se considera a la acción de tutela de la constitución colombiana como netamente cautelar, si bien es cierto no cabe solo ante amenaza sino también ante vulneración, no es menos cierto que es impugnabile ante juez competente quien puede remitirla a la Corte Constitucional para su eventual revisión; en este contexto el carácter de la acción de tutela es excepcional, procede solo cuando no se disponga otro medio de defensa judicial o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La limitación a la acción de tutela y su carácter excepcional está dada desde el propio texto constitucional, contrario a lo que sucede en el sistema jurídico ecuatoriano donde la pretensión es limitar la similar acción de protección establecida en la norma suprema desde la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En la constitución venezolana toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, estableciéndose el principio de norma abierta en materia de derechos humanos. En el procedimiento de la acción de amparo constitucional la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. No estableciendo la norma constitucional venezolana mayores características, el desarrollo normativo del recurso corresponderá a los textos legales, incluso la competencia, y la excepcionalidad o no, deberá ser fijada por esos textos.

En la constitución chilena el Art. 41 al hacer referencia a las acciones de amparo y protección para limitarlas en caso de estado de excepción nos hace pensar en dos acciones con características distintas, cuyas definiciones no se pueden encontrar en el texto constitucional. La otra referencia a la acción de protección, contenida en el Art. 20 tampoco nos brinda sus características, señalándose simplemente que procederá también en caso de afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. El texto chileno habla también de ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales, que causen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de determinados derechos y garantías se podrá ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará las providencias que juzgue necesarias para

restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Sin embargo la norma constitucional chilena no aclara si se trata de la misma acción de protección o es una acción o recurso distinto. También aquí el problema deberá ser saldado por los textos legales.

En Honduras el Estado reconoce la garantía de amparo para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la constitución establece; y para que se declare en casos concretos que un reglamento, hecho, acto o resolución de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución. El texto constitucional hondureño se remite expresamente a la ley para limitar el Recurso de Amparo que se interpondrá de conformidad con ella. Solo con el estudio de los textos legales se podría apreciar si se logra una adecuada compaginación con la prohibición también constitucional de aplicar leyes que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan.

También aquí, el desarrollo de las garantías de protección de derechos, no parece ser privilegio de los neo constitucionalistas, así como el remitirse a la ley para desarrollar las garantías, no es un defecto exclusivo de las constituciones de corte tradicional.

2.5 Justificación del uso de los Textos Constitucionales

Esta tesis pretendió presentar la confrontación constitucionalidad versus legalidad a través de la comparación de los textos constitucionales en tres aspectos:

- Palabras en el texto constitucional que caracteriza al Estado, considerando que la constitución ecuatoriana establece que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)”

- La presencia de normas que establezcan la supremacía de la norma constitucional.

- La presencia o no, de la acción de protección o garantías constitucionales similares en los textos constitucionales observados.

La selección de los textos obedeció a razones históricas, las cartas supremas española y colombiana son citadas como Neoconstitucionalistas (Cfr. NIETO, E, ¿Qué es el neoconstitucionalismo? en <http://eduardohernandonieto.blogspot.com/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html> consultado el 30 de agosto de 2012) y la carta venezolana respondió históricamente también a este paradigma. Así mismo, es la historia la que justifica la inclusión de las constituciones chilena y hondureña; Chile salía de la dictadura de Pinochet, y el ambiente no era propicio para insertar novedades jurídicas. De igual manera no son extraños los acontecimientos que vivió Honduras, en el año 2009, cuya motivación fue la resistencia de un sector de la sociedad hondureña a iniciar un proceso constituyente que concluyera con una nueva carta magna posiblemente impregnada de neoconstitucionalismo. No obstante lo expuesto, era imposible conocer antes de la realización del presente trabajo de investigación, la conclusión que solo ahora se hace.

CAPITULO III: HIPÓTESIS Y PRESENTACIÓN DEL TRABAJO CUALITATIVO

3.1. Planteamiento de Hipótesis

Se quiere iniciar este capítulo recordando que:

... en una investigación realizada por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito) sobre la estructura de los jueces y sus competencias, se determinó que del 100 por ciento del tiempo que un juez civil dedica a resolver, 97 por ciento tiene que ver con la aplicación del Código Civil y apenas un 3 por ciento sobre los derechos de las personas reconocidos en la Constitución. Del total de jueces de primera instancia, que son 678, sólo el 21 por ciento de ellos se dedica a la Constitución, de manera marginal y excepcional (Ávila, 2008, pág. 41)

Esta reminiscencia se la considera vinculada con la hipótesis de este trabajo de investigación, que afirma que los jueces, profesionales en derecho, al solucionar situaciones concretas de recursos ordinarios de protección, acuden al culto a la ley, como principio preferente resolutivo. Siguiendo la misma línea de razonamiento se puede afirmar también que los jueces, aún en esa dedicación solo marginal a la justicia constitucional, como se ha visto en el primer párrafo, resuelven desde el culto a la ley.

3.2 Entrevistas

Para determinar si los jueces de Pichincha, profesionales en derecho, al solucionar situaciones concretas de recursos ordinarios de protección, acuden al culto a la ley, como principio preferente resolutivo se realizarán entrevistas a jueces de primera, segunda instancia constitucional y Corte Constitucional.

Desde lo empírico parece ser que los jueces acuden al principio de la sana crítica para resolver, es decir ante la imposibilidad de dar una respuesta desde el derecho, el juez queda en libertad

de aplicarlo según su leal saber y entender. Sin embargo, la sana crítica es lo que se considera un criterio jurídico indeterminado, abierto, la entrevista determinó en la mentalidad de un juez el contenido real de esta sana crítica. Bajo la sana crítica puede en realidad estar oculta una subordinación irracional a la ley, un sometimiento al latinajo “Lex dura Lex”, la ley es dura pero es la ley.

Por la naturaleza cualitativa del trabajo y también por la resistencia que el trabajo puede despertar entre los investigados se consiguió realizar cuatro entrevistas a jueces de primera instancia constitucional, tres entrevistas a jueces de segunda instancia constitucional y dos entrevistas a jueces de Corte Constitucional, aquí se pretende seguir matizado el pensamiento de Wacquant, el autor afirma en primer lugar que el agente social es un ser de carne, que sufre, que participa del universo que lo crea que al mismo tiempo construye ese mismo universo. Sostiene que la mejor técnica de observación es la inmersión iniciática en un cosmos e incluso llegar a la conversión moral y sensual, el sociólogo con las suficientes armas teóricas puede apropiarse de los esquemas de conocimientos, de la ética, de la estética, de la psicología de quien habita ese cosmos (Cfr. 2006, pág. 16-53).

Aunque algunos de los entrevistados no han realizado reserva, este trabajo investigativo omite sus nombres, por una elemental lealtad al entrevistado, quien podría sentirse criticado por los resultados de la investigación.

3.2.1 Preguntas planteadas.

Se planteó a los diversos jueces el siguiente banco de preguntas:

- Si considera existe conflicto entre la Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto a limitar la admisibilidad de recursos Ordinarios de Protección.

- Cuál es la causa más común para negar acciones de protección.

- Si considera que el desarrollo de los derechos humanos ha ocasionado un cambio en las instituciones.

- Si considera que el legislador con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, limitó al texto constitucional en lo referente a recursos ordinarios de protección.

- Qué entiende por sana crítica

- Indique si la sana crítica es un elemento fundamental al momento de resolver acciones ordinarias de protección.

- Si considera que existen casos en los cuales no existe el camino de la legalidad u acciones ordinarias no constitucionales para solución de casos en los que se propone acción ordinaria de protección.

3.2.2 Matriz de Resultados.

Se ratifica que el trabajo es cualitativo, la presentación numérica y hasta porcentual de resultados no pretende abandonar esta metodología, sino tan solo facilitar el análisis cualitativo.

Primera pregunta

	SI	NO
Considera que existe conflicto entre la Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto a limitar la admisibilidad de recursos Ordinarios de Protección.	4	5

Segunda pregunta

	El accionante no ha agotado las acciones judiciales previstas en la ley – tema de mera legalidad	Otra causa
¿Cuál es la causa más común para negar acciones de protección?	9	0

Tercera pregunta

	SI	NO
Si considera que el desarrollo de los derechos humanos ha ocasionado un cambio en las instituciones.	5	4

Cuarta pregunta

	SI	NO
- Si considera que el legislador con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, limitó al texto constitucional en lo referente a recursos ordinarios de protección.	6	3

Quinta Pregunta

¿Qué entiende por sana crítica?	El criterio del juez implica:									
	Experiencia		Conocimientos		Razonamiento Jurídico		Sentido común		indefinido	
	Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	Si	No

	4	5	3	6	5	4	1	8	1	8
--	---	---	---	---	---	---	---	---	---	---

Sexta pregunta

	No contesta	SI	NO
Indique si la sana crítica es un elemento fundamental al momento de resolver acciones ordinarias de protección.	1	6	2

Séptima pregunta

	No contesta	SI	NO
Hay casos en los cuales no existe el camino de la legalidad u acciones ordinarias no constitucionales	2	2	5

Elaboración propia

3.2.3 Análisis Cualitativo.

En las matrices de resultados inmediatos anteriores, se pretende resumir los datos obtenidos de las entrevistas, pero lógicamente, desde lo cualitativo, lo más importante resulta ser una valoración jurídica teórica, que se la presenta desde las siguientes reflexiones:

1. Ávila al diferenciar positivismo de formalismo o nominalismo asegura que el "...formalismo o nominalismo es otra cosa....se caracteriza por ser más que una teoría, una práctica burocrática, que se manifiesta por la discrecionalidad y arbitrariedad en la toma de decisiones, por transmitirse de forma neutra y seguir sin cuestionarse la letra de la ley y, en suma, por aferrarse al sistema inquisitivo, que concentra todas esas características." (2011, pág. 9)

La presencia del nominalismo parece estar presente en las entrevistas, alrededor de las características de discrecionalidad-arbitrariedad y seguimiento sin cuestionamiento a la letra de la ley.

2. “Todo sistema que es discrecional acaba inevitablemente siendo arbitrario... Sin embargo no puede existir sistema jurídico en el que la autoridad no tenga capacidad de denotar (apreciar los hechos) y connotar (apreciar el derecho aplicable) y esto implica sin duda aperturas a la discrecionalidad. Reconociendo entonces que esta es inevitable, existen sistemas que abren las puertas y otros que la cierran. Los primeros siempre son abiertamente autoritarios y los segundos son sistemas garantistas” (2011, pág. 13)

Se ha expresado que las entrevistas denotan arbitraria discrecionalidad, pues para la mayoría de los jueces consultados, es fundamental acudir a la sana crítica para resolver los casos de acciones de protección, sin embargo, al ser cuestionados sobre el contenido de la sana crítica, los resultados son tan variados, que ratifican el criterio de que es un concepto indeterminado, que recibe contenidos distintos, según quien responda, se observa por ejemplo:

Un juez afirma que la sana crítica es “Un conjunto de valores que debe tener el juez para administrar justicia en la que necesariamente debe prevalecer los principios de justicia y constitucional y no solamente las cuestiones de carácter estrictamente procesal”.

Otro en cambio afirma que es “un sistema de valoración de la pruebas, tanto de cargos como descargos que sirven de fundamento al juez al momento de resolver la causa puesta a su conocimiento, este sistema de valoración supera al sistema de la prueba tasada propia del sistema inquisitivo”.

En estos dos criterios se puede apreciar rápidamente que mientras para uno es un conjunto de valores que pertenecen a la subjetividad del juez, para el otro, es un sistema de valoración, que podría ser objetivamente enunciado y por lo tanto sin que quepa la subjetividad del juzgador. Sin embargo para los dos es “fundamental” al momento de resolver acciones ordinarias de

protección. Demostrado esto, se puede afirmar entonces que la sana crítica es un pretexto que puede justificar cualquier arbitrariedad.

3. La falta de cuestionamiento a la letra de la ley es también evidente:

Dos jueces consideran de forma idéntica que no existe conflicto entre la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional – LOGJCC y la Constitución, sin embargo, no dudan en afirmar que esta ley limitó el texto constitucional en lo referente a acciones ordinarias de protección. Los mismos jueces reconocen que la causa más común para negar una acción de protección es la existencia de la vía judicial, y así mismo indican que no existen casos en los cuales no exista la posibilidad de acudir al camino de la legalidad, con lo que la acción de protección se convertiría en letra muerta constitucional. Valoración, ninguna, cuestionamiento al texto de la ley, ninguno.

4. En todo caso, puede resultar algo coherente que el juez que no mira contradicción entre la Constitución y la ley, aplique esta última sin mayor cuestionamiento. Por el contrario si resulta inquietante el juez que consiente del conflicto Constitución-Ley, no opte por la aplicación directa e inmediata del texto constitucional y que no tema enfrentarse a la legalidad.

5. Uno de los jueces de Corte Constitucional consultados formula el problema de la siguiente manera:

“Mientras la Carta Suprema, asumiendo su rol garantista de derechos, instituye la Acción de Protección como una garantía jurisdiccional para la protección de los derechos constitucionales de manera directa y eficaz, sin exigir otros requisitos para su procedencia que los siguientes: a) existencia de actos o de presentarse omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o de particulares en los casos determinados en al Constitución; y b) que tales actos u omisiones vulneren derechos garantizados en la

Carta Suprema de la República. El legislador al expedir la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional convirtió la acción de protección en una acción residual, desconociendo la finalidad de la misma, esto es el amparo directo y eficaz de derechos, al exigir, como requisito, la “inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado” como lo dispone el Art. 40 numeral 3 de la referida ley.”

Formulación con la que este trabajo coincide.

6. Al responder la pregunta sobre la causa más común para negar acciones protección, todos los jueces sostienen que el accionante no ha agotado las acciones judiciales previstas en la ley – tema de mera legalidad. Una valoración sobre lo que sucede solo se pudo encontrar en un juez de corte constitucional, quien afirma:

“Lamentablemente los jueces ordinarios, al conocer y resolver las acciones de protección alegan en sus fallos una frase que se ha vuelto sacramental para negar o rechazar dichas acciones que el accionante no ha agotado las acciones judiciales previstas en la ley, concretamente exigen que el afectado por la vulneración de sus derechos constitucionales haga uso de los mecanismos judiciales - juicio contencioso administrativo, sin reparar que dicho proceso judicial, de ninguna manera constituye un mecanismo adecuado y eficaz, pues de recurrirse a la acción contencioso administrativa, implica litigar en un proceso engorroso, lento y que supone la interposición de cuantos recurso de impugnación prevé la ley, durando su tramitación por lo menos cinco o seis años, en el mejor de los casos”.

Afirmación que se la acepta con beneficio de inventario, pues aunque se coincide básicamente con ella, si se debe precisar que no se trata tan “solo” de una incorrecta valoración de los jueces respecto a lo adecuado y eficaz de las vías judiciales ordinarias, sino que como tantas veces se ha dicho en este trabajo investigativo una auténtica confrontación entre legalidad y constitucionalidad.

7. Se ha señalado en 1.7 entre las características de la acción de protección, que su carácter no es residual, sin embargo este primer análisis cualitativo, nos advierte que en la opción del juzgador en el enfrentamiento ley – constitución, la acción toma un carácter residual que no tuvo en la intención del legislador constituyente.

Nuevamente la entrevista al juez de Corte Constitucional ilustra el problema, quien al ser preguntado sobre si la LOGJCC limitó el texto constitucional contesto:

“Indudablemente que sí, han convertido a la acción de protección en una acción residual, al imponer como requisito para la interposición de la referida acción constitucional “la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial”, con lo cual las garantías jurisdiccionales de protección de derechos constitucionales se han convertido en meros enunciados sin capacidad de remediar los derechos vulnerados por el poder público, todo ello en detrimento de los ciudadanos que, con entusiasmo nos pronunciamos favorablemente por la aprobación de la Carta Magna elaborada en Montecristi y hoy somos observadores de la persistente vulneración de derechos”

3.4 Análisis de Sentencias

Para establecer si los principios neoconstitucionales recogidos en la carta magna, son suficientes para modificar la conducta de jueces formados en el paradigma del culto a la ley se realizó una guía de observación sobre las sentencias. Algunos estudiosos han percibido ya de modo empírico este problema:

...esta disposición está sirviendo de argumento a jueces y corte provinciales para negar sistemáticamente acciones de protección. De esta forma, paradójicamente, bajo una Constitución más garantista que la de 1998 como lo es la de 2008, los jueces ordinarios han disminuido en la práctica los estándares de protección de derechos constitucionales de los ciudadanos. (Grijalva, 2010, pág. 75)

Pero era necesario objetivizar la información, de tal manera que los datos que se recaben trasciendan la mera experiencia personal, la afectación individual de un profesional del derecho, se buscó analizar la resolución judicial, como la forma en la cual la norma se lleva a la práctica.

Se estudiaron 41 sentencias de jueces y cortes provinciales en el distrito Pichincha, producidas del 1 al 20 de julio de 2011, sin embargo no se pretende establecer una relación muestra universo porque el trabajo es fundamentalmente cualitativo, en este sentido se seguirá el pensamiento de Taylor quien establece que los estudios cualitativos contienen datos descriptivos, las palabras pronunciadas o escritas de la gente y las actividades observables, el mismo autor cita las dos estrategias enunciadas por Glaser y Strauss que se siguió en este trabajo de investigación: Método comparativo constante, el investigador simultáneamente codifica y analiza datos para desarrollar conceptos, mediante comparación continua de incidentes específicos de los datos. La segunda estrategia es el muestreo teórico, se seleccionan nuevos casos, a estudiar según su potencial para ayudar a refinar o expandir los conceptos y teorías ya desarrollados. Se habla de la inducción analítica como un procedimiento para verificar teorías y proposiciones, en esa visión los pasos implican formulación y reformulación de hipótesis. (Cfr. Taylor, 1984)

A más de ello se realizó un continuo proceso de codificación cualitativa: Taylor dice:

En la investigación cualitativa, la codificación es un modo sistemático de desarrollar y refinar las interpretaciones de los datos. El proceso de codificación incluye la reunión y análisis de todos los datos que se refieren a temas, ideas, conceptos, interpretaciones y proposiciones. Durante esta etapa del análisis, lo que inicialmente fueron ideas e intuiciones vagas se refina, expanden, descartan o desarrollan por completo. (Taylor, 1984, pág. 167).

3.3.1 Guía de Observación.

El enfrentamiento del investigador con las sentencias siguió la siguiente guía de observación:

- Determinar actor y demandado (Determinar si la parte demandada es una institución del sector público).

- Determinar el derecho constitucional presuntamente violentado.

- Determinar si para el caso concreto existe un camino de mera legalidad para resolverlo.

- Determinar los argumentos principales del juez en la resolución de la causa.

- Determinar si el juez acude directa o implícitamente, al principio de legalidad para solucionar el conflicto legal.

- Determinar si el juez concede o no la acción de protección.

3.3.2 Matriz de Resultados.

Se ratifica que el trabajo es cualitativo, la presentación numérica y hasta porcentual de resultados no pretende abandonar esta metodología, sino tan solo facilitar el análisis cualitativo.

NUMERO DE SENTENCIAS ESTUDIADAS: 41

	Casos en el que el demandado es una Institución del Sector Público	Casos en el demandado es un particular
--	--	--

Determinar actor y demandado	41	0
-------------------------------------	----	---

Determinar el derecho constitucional presuntamente violentado.								
Participación Política	Seguridad Jurídica	Discriminación	Trabajo	Libertades	Propiedad	De Petición	Debido proceso	Desconoce
1	15	3	7	2	5	1	6	1

Existe camino de legalidad	Si	No
	39	2

Argumentos Principales						
No se agotaron vías que ofrece la ley	No ante providencias judiciales	Falta de prueba de violación de derechos	Corresponde otra acción constitucional	Análisis de fondo	Acto impugnado se basa en norma no impugnada	Se pretende declaración de un derecho
22	2	6	4	4	2	1

	El juez concede acción de protección	El juez no concede acción de protección
Resolución del Juez	5	36

3.3.3 Análisis Cualitativo.

Se confirma que el principal argumento que utilizan los jueces para resolver, es la falta de agotamiento de las vías administrativas o judiciales, basados en el Art. 40 numeral 3 de la LOGJCC y en el Art. 173 de la Constitución de la República que manifiesta “los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto por la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial”. Según los jueces

las posibilidades de las vías adecuadas, le dan la posibilidad de una tutela efectiva al accionante.

Los jueces llegan a solicitar que el accionante demuestre que las vías que franquea la ley ya sean administrativas o judiciales no son adecuadas ni eficaces para alcanzar el objetivo. Citando la entrevista realizada, a un magistrado de la Corte Constitucional, que un juicio contencioso administrativo que dura años, nunca puede ser considerado como una vía adecuada o eficaz. Sin embargo los jueces solicitan la prueba de la ineficacia. ¿Cuál sería la prueba que permita probar válidamente la ineficacia del juicio contencioso administrativo? Tal vez, para satisfacer el legalismo de los jueces se podría en cada caso presentar una información sumaria.

Por otro lado el Art. 86 numeral 3 de la Constitución dispone:

Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

De esta forma, presumiéndose ciertos los fundamentos alegados por el accionante, y de forma contraria a lo afirmado por los jueces, la carga de la prueba corresponde a la entidad pública requerida, y es a ella a la que le correspondería probar, si prueba alguna cabría sobre el tema, la eficacia de las acciones contencioso-administrativas.

Si resulta refrescante y esperanzador observar que existen jueces que perciben con claridad, el problema y no rehúyen el tratamiento del tema de fondo al resolver, en el caso no 085-2011, el Tribunal 6to de lo Penal, dice:

...la existencia o no de otro mecanismo para recurrir a la justicia constitucional en el tema de violación de derechos; al respecto, este tribunal ha reiterado que, siempre existirá mecanismos en la justicia ordinaria aun en el evento violatorio de un derecho constitucional para recurrir; mas, frente a la violación de un derecho el estado ecuatoriano y el mundo civilizado ha establecido garantías que permitan recurrir al órgano jurisdiccional constitucional para que se prevenga una posible vulneración o en el evento de que, se haya violado derechos, los reparen; por lo tanto, este tercer requisito de improcedencia, si debe ser entendido por quienes hacen administración de justicia constitucional pues bajo esta regla resultaría fácil desechar una acción de violación de derechos con el sólo argumento que existen otras vías para una tutela efectiva; sin que sea esa, la esencia de las garantías jurisdiccionales.

Exigir que el accionante pruebe la violación de sus derechos es otra forma bajo la cual se esconde el legalismo de los jueces, seguramente no pueden olvidar aquel axioma de sus años de estudio de Código de Procedimiento Civil, “quien afirma debe probar”. El texto constitucional por el contrario, presume de derecho como ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante y es a la entidad pública requerida a la cual le toca demostrar lo contrario.

También se considera legalista, negar las acciones de protección por que el acto impugnado se fundamente en una norma de menor grado, no declarada inconstitucional. Por ejemplo, la norma de selección para cadetes de un instituto militar puede ser discriminatoria, pero al no haber sido impugnada en justicia constitucional se la considera válida y vigente. No ha llegado a conocimiento de los jueces que así resuelven, el principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución. (juicio no. 901-2011, Juzgado décimo quinto de Garantías Penales)

Ha llamado la atención del investigador, que no se citen precedentes jurisprudenciales al resolver, el neo-constitucionalismo, para evitar la anarquía y la arbitrariedad requiere de antecedentes jurisprudenciales que si bien no adquieren el carácter de obligatorios, pues solo la jurisprudencia de Corte Constitucional tendría carácter vinculante, son importantes dentro de la lógica de la nueva Carta Magna. Así lo entiende la Corte Constitucional cuando en su sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-PJO-CC, CASO N° 0999-09-J, publicada en el RO 351 del 29 de diciembre de 2010 manifiesta:

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.

En lugar del principio *stare decisis* enunciado con anterioridad, nuestros jueces optan por el camino de la arbitrariedad disfrazada de legalidad, solo así puede entenderse que para algunos casos en los que no se demostró que las vías que franquea la ley ya sean administrativas o judiciales, no son adecuadas o eficaces, si se haya resuelto el tema de fondo constitucional, y en otros casos, éste sea el gran óbice para que la acción de protección no prospere.

Los jueces utilizan el artículo 173 de la Constitución de la República que manifiesta “los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto por la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial”. Suponen los jueces que la mera existencia de vías adecuadas, le otorgan al ciudadano la posibilidad de una tutela efectiva.

3.4 Validación de Hipótesis

Tanto las entrevistas como el análisis de casos parecen confirmar la hipótesis que afirma que los jueces, profesionales en derecho, al solucionar situaciones concretas de recursos ordinarios de protección, acuden al culto a la ley, como principio preferente resolutivo.

En este punto es importante tener en cuenta lo sostenido por la teoría de la reproducción: para ella, la universidad cumple también con la función de reproducir la ideología, sus formas de conocimiento y de distribuir las habilidades necesarias para la reproducción de la división social del trabajo (Giroux, 1999, pág. 146). Dentro de esta corriente de pensamiento Ralph Tyler citado por Giroux y Penna manifiesta que:

... un enunciado de filosofía educativa puede construirse a partir de las siguientes cuestiones: <<¿Deberían las escuelas formar a los jóvenes para que se adapten a la actual sociedad tal como ella es de hecho?>> O, por el contrario, <<¿tiene la escuela la función revolucionaria de formar a los jóvenes que tratarán de mejorar esa misma sociedad?>>. (1999, pp. 283-284)

En este mismo sentido Paulo Freire, citado por los mismos autores, razona:

No hay nada parecido a un proceso educativo neutral. La educación, o bien funciona como un instrumento utilizado para facilitar la integración de la generación más joven dentro de la lógica del sistema actual y obtener su conformidad al mismo, o bien se convierte en la <<práctica de la libertad>>, en virtud de la cual hombre y mujer se enfrentan crítica y creadoramente con la realidad y descubren la forma de participar en la transformación de su propio mundo. (1999, pág. 284)

En esta lógica la Universidad capacita a la persona para que pueda satisfacer la demanda (Althusser, 1999) en el caso que nos ocupa, el profesional en derecho ha sido formado para satisfacer la demanda de la estructura liberal - el Estado de Derecho, y este trabajo demuestra que se le dificulta asumir las formas de un Estado Social de Derechos y Justicia, referente del Neo constitucionalismo.

CAPITULO IV CONSTITUCIONALIDAD VS LEGALIDAD EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

4.1 Alternativa de Reforma Constitucional

Para solucionar la disyuntiva, Constitución versus ley, que según se ha demostrado está presente en el sistema jurídico, y mucho más presente en la mentalidad de los jueces, esta investigación no cree que deba procederse con una reforma constitucional, que se constituiría en un retroceso frente a los avances que representó la Constitución de 1998.

La Corte Constitucional en su sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-PJO-CC, CASO N° 0999-09-J, publicada en el RO 351 del 29 de diciembre de 2010 manifiesta:

20.- Tres son los efectos esenciales que trae consigo el Estado Constitucional, y que en un alto grado, su eficacia descansa en las labores que deben desempeñar las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional:

- a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales;
- b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y,
- c) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales.

Son estos los elementos sustanciales que justifican la razón de ser del Estado Constitucional de Derechos, y precisamente por ello, se constituyen en los avances más notables e importantes que refleja la Constitución de Montecristi en relación a la Constitución de 1998. Muestra de ello es el tránsito de garantías constitucionales extremadamente formales, meramente cautelares, legalistas, con un ámbito material de protección reducido a la justiciabilidad de derechos civiles y políticos, a garantías jurisdiccionales de conocimiento, libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de todos los derechos constitucionales.

La carga laboral de los jueces no puede utilizarse como excusa para un retroceso, pues el tema hace referencia al, como bien dice la Corte Constitucional, más notable e importante avance de la Constitución de Montecristi. Por lo tanto el único camino posible es recular y corregir las opciones de legalidad que plantea la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual debe más bien profundizar el ánimo de transformación del sistema jurídico que guió al legislador de Montecristi.

4.2 Alternativa de Reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Si este trabajo de investigación quiere ser coherente con todo lo que ha sostenido a lo largo de los tres capítulos anteriores, el único camino posible que puede plantear es la reforma a la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y control constitucional bajo dos ejes;

1. Eliminación de toda normativa que restrinja o limite el más amplio acceso a la garantía constitucional de la acción de protección.
2. Profundización del proceso de transformación del sistema protección de derechos, estableciendo desde la ley, el principio *stare decisis es decir el* 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, Con la finalidad de abandonar la excesiva discrecionalidad al decidir, la excusa de la indeterminada sana crítica, y la relativa o absoluta arbitrariedad al resolver.

Aun con la vigencia de la nueva constitución no se mira un desarrollo de un derecho jurisprudencial ni reglas o *ratio decidendi* que generen efectos vinculantes horizontales y verticales, hasta la fecha parece ser que las garantías constitucionales solo generan efectos entre las partes. Los jueces de modo general dictan fallos contradictorios sobre

una misma materia, por lo tanto certeza y seguridad jurídica solo pueden encontrarse en el derecho positivo, en la norma escrita, y entre ellas, la ley en primer lugar, situación contra la que reaccionó el neo-constitucionalismo que inspira a la actual Constitución. En ese contexto siguen lesionándose los derechos a la igualdad y seguridad jurídica.

De esta forma este trabajo investigativo propone el siguiente texto de reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Considerando:

Que, en el año 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador, uno de cuyos avances más significativos es el sistema de protección de derechos;

Que el Artículo 11 numeral 4 de la Constitución establece que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”;

Que en RO. No. 52 del 22 de octubre de 2009 se promulgó la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional;

Que, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional estableció condiciones y requisitos no establecidos en la Constitución que restringen el contenido de la garantía jurisdiccional acción de protección;

Que es indispensable ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de las garantías jurisdiccionales, y la supremacía constitucional;

Que es necesario propiciar el tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y,

Que, para el logro de tales objetivos se requiere de una reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que fortalezca la justicia constitucional, y la garantía jurisdiccional de acción de protección

Que el tercer requisito de procedencia de la acción de protección establecido en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha sido utilizado por los jueces constitucionales para evadir la discusión de fondo ante una presunta violación de un derecho constitucional, situación que jamás estuvo en la intención del legislador;

Que, la Constitución y los tratados internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen que el Estado se justifica en cuanto garantiza el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza y que, para tal efecto, deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes,

Que, se requiere fortalecer la atribución de los jueces para resolver todos los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional y con sujeción a las normas constitucionales, evitando la arbitrariedad y la excesiva discrecionalidad;

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

REFORMA A LA LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL:

Art. 1. Deróguese el numeral 3 del artículo 40;

Art. 2. Deróguese el numeral 4 del artículo 42

Art. 3. A continuación del Art. 42 establézcase un artículo in-numerado que diga:

“Principio *stare decisis*.- Las juezas y jueces al resolver tienen el deber de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido. El juez podrá decidir en contra de este deber solo por una razón poderosa debidamente fundamentada.”

CONCLUSIONES

1. En la actualidad se reconoce la necesidad de limitar al poder, la Constitución y los tratados internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para ello establecen la existencia de recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes.
2. Históricamente, las Constituciones ecuatorianas han reflejado una sumisión a la ley, no existía la posibilidad de una supremacía de la Constitución que contradiga a la ley, o dicho de otra forma, no se concebía que la ley, manifestación de la voluntad soberana, pueda dejar de ser aplicada, acudiendo a la supremacía de la Constitución.
3. La acción de amparo fue un primer intento en nuestro sistema jurídico, de establecer un recurso sencillo y rápido que proteja derechos constitucionales vulnerados.
4. La ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional limita restringe el contenido de la acción de protección.
5. Constituciones orientadas por diferentes paradigmas jurídicos pueden contener normas similares en materia de protección de derechos, supremacía de la Constitución, y garantías jurisdiccionales.
6. Sin embargo el paradigma teórico conocido como Neo-constitucionalismo guía el proceso de creación de la nueva Constitución, la cual no puede dejar de ser leída e interpretada desde esa teoría.

7. Las entrevistas y el análisis de casos confirmar la hipótesis central de este trabajo investigativo, “los jueces, profesionales en derecho, al solucionar situaciones concretas de recursos ordinarios de protección, acuden al culto a la ley, como principio preferente resolutivo.”

8. No se requiere un proceso de reforma constitucional, al concluir este trabajo se debe reconocer que inicialmente se creía en la necesidad de un proceso de reforma constitucional, no obstante el resultado de la investigación marca más bien la necesidad de profundizar el cambio propuesto desde el nuevo paradigma neo constitucional, reformando la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

9. Es necesario eliminar formas de autoritarismo, arbitrariedad y excesiva discrecionalidad en las resoluciones de los jueces en acciones de justicia constitucional.

10. Sin embargo nuestro trabajo no sería del todo coherente si se limitara a afirmar que una reforma legal soluciona el problema, hay en el fondo un tema de educación jurídica, y de reproducción de las ideologías, que solo la imposición de nuevos paradigmas jurídicos, inclusive en la educación podrá solucionar.

RECOMENDACIONES

1. Urge un proceso de reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que guiado por el neo constitucionalismo elimine toda normativa que restrinja o limite el más amplio acceso a las garantías constitucionales, entre ellas la acción de protección.
2. Es necesario profundizar el proceso de transformación del sistema protección de derechos, estableciendo desde la ley, el principio *stare decisis es decir el* 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.
3. Se requiere nuevos jueces para una nueva normativa, dice el evangelio, no se puede poner vino nuevo en odres viejos, porque los odres se rompen, y en este caso, los odres viejos corrompen, incluso sin intención y sin quererlo, la nueva normativa.
4. Los educadores del derecho, deben revisar toda su concepto de currículo, hay un currículo oculto, tal vez incluso en los propios docentes, excesivamente legalista.
5. Toca a los profesionales del derecho que como, quien escribe estas líneas, fueron formados en el positivismo, ajustarse incluso mentalmente a los requerimientos de un nuevo paradigma jurídico que se impone.
6. Es necesario realizar un nuevo estudio, que partiendo del actual, determine como evitar que a su vez, el sistema judicial colapse por exceso de causas tratadas. En ese sentido una primera idea podría ser, que derechos constitucionales como la propiedad o la

seguridad jurídica, para ser demandados por vía constitucional requieran relacionada además la trasgresión de otros derechos constitucionales.

BIBLIOGRAFIA

Althusser, Louis, (1999) "Ideologías y aparatos ideológicos del Estado" en Aspectos sociales de la docencia, Universidad Nacional de Loja.

Ávila, Ramiro, (2008) "Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos", en Neo-constitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Quito, Ecuador.

Ávila, Ramiro, (Agosto 2011) *Análisis Revista Novedades jurídicas*, Ediciones Legales, Año VIII, Número 62, 2011, Quito.

Ávila, Ramiro, (2011) "¿Cambio de personas para cambiar la justicia? Cultura jurídica, neoconstitucionalismo y transformación social?", en Revista Novedades jurídicas, Ediciones legales, Quito, Ecuador, Agosto.

Cabanellas, Guillermo (2001). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Campbell, T. (2002). La justicia: los principales debates contemporáneos. Barcelona: Gedisa.

Carbonell, Miguel (2008) Prólogo, en Neo-constitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Quito, Ecuador.

Freire Paulo en Giroux Henry y Penna Antthony, (1999) "Educación social en el aula: La dinámica del currículo oculto", Aspectos sociales de la docencia, Universidad Nacional de Loja.

Grijalva, Agustín (2010) "La justicia constitucional del Ecuador en 2009", en ¿Estado Constitucional de derechos – Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009". Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones AbyaYala, Quito.

Giroux Henry y Penna Antthony, (1999) "Educación social en el aula: La dinámica del currículo oculto" en Aspectos sociales de la docencia, Universidad Nacional de Loja.

Giroux, Henry, (1999) “Teorías de la reproducción y resistencia en la nueva sociología de la Educación: Un análisis crítico” en Aspectos sociales de la docencia, Universidad Nacional de Loja.

Gómez, M.P. (2000). Los Derechos Humanos: Documento Básico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Montaña Pinto, Juan y Pazmiño Freire Patricio (2011) “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, CEDEC.

Montaña Pinto, Juan (2011) “Justicia constitucional: evolución histórica”, en Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, CEDEC.

Morales, Marco, (2010) *Derecho Procesal Administrativo*, Universidad Técnica Particular de Loja, Editorial de la UTPL, Loja.

Russell, Bertrand, (2010) *El poder un nuevo análisis social*, RBA Libros, 1ª edición, Barcelona, España.

Salgado, Hernán, (2009) Derechos y garantías constitucionales”. Universidad Técnica Particular de Loja, Editorial de la UTPL, Loja.

Schneider, Hans Peter (1979) “Problemática general de las Instituciones de garantía – Peculiaridad y Función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, Revista de estudios políticos, 1979, pág. 9, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link&codigo=1427304&orden=0>, consultado el 2 de enero de 2011.

Tapia Valdés, Jorge (1983) *Teoría y enseñanza del derecho*, Centro de publicaciones de la AED-PUCE, Quito.

Taylor, S.J. (1984) “El trabajo con los datos”. En: *Introducción a los métodos cualitativos*. Barcelona: Paidós.

Wacquant, Loic, (2006) “Entre las cuerdas, cuadernos de un aprendiz de boxeador”, Siglo XXI Editores, Argentina.