



**Universidad San Gregorio de Portoviejo**

**Departamento de Posgrado**

Programa de Maestría en Derecho Constitucional

Artículo profesional de alto nivel

**La acción de protección, desarrollo normativo y jurisprudencial de sus  
requisitos de procedencia.**

Autores:           Lisbeth Estefanía Zambrano Vivas.  
                          Sergio Luís Gutiérrez Gorozabel

Tutor:              Marllury Elizabeth Alcívar Toala. Mgs.

Portoviejo, 2021

## **LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN, DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE SUS REQUISITOS DE PROCEDENCIA.**

### *THE ACTION OF PROTECTION, REGULATORY AND JURISPRUDENTIAL DEVELOPMENT OF ITS PROVENANCE REQUIREMENTS.*

Liseth Estefanía Zambrano Vivas. Abogada. Maestría en Derecho Constitucional. Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. [lisz2m89@hotmail.com](mailto:lisz2m89@hotmail.com)

Sergio Luís Gutiérrez Gorozabel. Abogado. Maestría en Derecho Constitucional. Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. [slgg213@hotmail.com](mailto:slgg213@hotmail.com)

### **RESUMEN**

La acción de protección es la garantía mayormente utilizada para precautelar derechos constitucionales; sin embargo, frecuentemente es objeto de una inadecuada interpretación, principalmente en la aplicación del tercer requisito de procedencia. El objetivo del estudio es analizar el desarrollo normativo y jurisprudencial de los requisitos de procedencia de la acción de protección, para ello se revisan las Reglas del Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición (2008), la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y jurisprudencia de la Corte Constitucional. Conforme a la metodología es una investigación cualitativa y bibliográfica. Entre las conclusiones se precisa que, la inadecuada valoración del tercer requisito de procedencia de la acción de protección le ha restado eficacia en la práctica, pues a menudo se le atribuye un carácter subsidiario que privilegia el análisis de existencia de otras vías, sin ponderarse en concreto si éstas resultan adecuadas y eficaces para proteger y reparar el derecho vulnerado. Por ello, resulta esencial que la Corte Constitucional clarifique por medio de su jurisprudencia el significado de la expresión "mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz", a fin de dotar a la acción, de certeza, viabilidad y eficacia.

**PALABRAS CLAVES:** Acción de protección; derechos constitucionales; garantía jurisdiccional; interpretación; jurisprudencia.

### **ABSTRACT**

The protection action is the guarantee most used to protect constitutional rights; however, it is frequently the object of an inadequate interpretation, mainly in the application of the third requirement of provenance. The objective of the study is to analyze the normative and jurisprudential development of the requirements of origin of the protection action, for this the Rules of Procedure for the Exercise of the Powers of the Constitutional Court for the transition period (2008), the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control and jurisprudence of the Constitutional Court. According to the methodology it is a qualitative and bibliographic research. Among the conclusions, it is specified that the inadequate assessment of the third requirement of origin of the protection action has reduced its effectiveness in practice, since it is often attributed a subsidiary character that favors the analysis of the existence of other channels, without considering it specifically if they are adequate and effective to protect and repair the violated right. For this reason, it is essential that the Constitutional Court clarify through its jurisprudence the meaning of the expression "adequate and effective judicial defense mechanism", in order to provide the action with certainty, viability and effectiveness.

**KEY WORDS:** Protection action; constitutional rights; jurisdictional guarantee; interpretation; jurisprudence.

### **Introducción**

La Constitución del Ecuador (2008), en concordancia con la denominación del Estado constitucional de derechos y justicia, cuenta con garantías constitucionales primarias y garantías secundarias destinadas a la protección de los derechos. Las garantías primarias (incluyen a las normativas y de políticas públicas) abarcan las obligaciones en materia de derechos, mientras que en las secundarias se encuentran las garantías jurisdiccionales, las que actúan como mecanismos que se activan ante la violación de derechos (Cordero & Yépez, 2015) todas estas garantías son técnicas, concebidas para la protección y efectivización de los derechos fundamentales.

Las garantías jurisdiccionales facultan a los ciudadanos a acudir a un juez para solicitar el cumplimiento de un derecho, “en ellas descansa la intervención jurisdiccional cuando las políticas o normas no cumplen con sus objetivos o violan derechos constitucionales” (Ávila, 2011, p. 96) son mecanismos de acción que permiten a los jueces la tutela judicial efectiva de los derechos en concordancia con el papel que les corresponde asumir en el marco del Estado constitucional, donde de ser “boca muda de la ley”, según metáfora de Montesquieu, pasa a convertirse en un juez activo o imbuido de un dinamismo permanente (Ruíz, 2019) custodio de los derechos fundamentales, responsable de su ejercicio, protección y reparación (Busch, 2019) protagonista de la acción del Estado y garante de la democracia constitucional (Bustillo, 2018).

Entre las garantías jurisdiccionales vigentes se encuentra la acción de protección, consolidada como la principal y más importante garantía del sistema jurídico ecuatoriano, ya que permite tutelar de manera directa y eficaz la vulneración de derechos fundamentales. Su ejercicio se sujeta a requisitos establecidos por ley, cuya efectiva comprensión y aplicación por parte de los jueces, determina que ésta se convierta o no en un mecanismo idóneo para la protección de los derechos constitucionales.

La investigación tiene como objetivo general analizar el desarrollo normativo y jurisprudencial de los requisitos de procedencia de la acción de protección, en su elaboración se cumplen con objetivos específicos que permitieron examinar el marco legal de las garantías jurisdiccionales desde una visión histórica hasta la ley en vigencia e identificar aportes jurisprudenciales de carácter nacional, así como del derecho comparado colombiano que son de relevancia. Para enriquecer el análisis y la discusión del estudio se consideran aportes doctrinarios de connotados juristas como Quintana (2016), Ávila (2011), Costaín (2019), Guerrero (2020) entre otros autores que ofrecen importantes contribuciones para la comprensión de la temática abordada.

### **Metodología**

La investigación se apoya en el método cualitativo para analizar el desarrollo normativo y jurisprudencial de los requisitos de procedencia de la acción de protección, es una investigación bibliográfica, elaborada a partir de información especializada obtenida de fuentes primarias y secundarias sobre la acción de protección, garantías jurisdiccionales y derechos humanos, información que fue sometida a un proceso de selección, categorización y análisis y que sirvió para el análisis y desarrollo teórico.

### **Problema Jurídico a tratar**

Existe una inadecuada valoración del tercer requisito de procedencia de la acción de protección, a la que en la práctica frecuentemente se le atribuye un carácter subsidiario que privilegia el análisis de existencia de otras vías judiciales por sobre la determinación de una real existencia de vulneración de derechos, sin considerarse si, según las particularidades del caso concreto éstas resultan o no adecuadas y eficaces para tutelar y reparar la posible vulneración de derechos constitucionales.

### **Marco teórico y Discusión**

La Acción de Protección como parte del catálogo de garantías jurisdiccionales fue incluida en la Constitución del Ecuador (2008), en el art. 88, para amparar directa y eficazmente los derechos constitucionales. Tiene como antecedente la Constitución de 1998 en su equivalente la acción de amparo constitucional la que fue cuestionada durante su vigencia por la escasa eficacia demostrada para la protección de los derechos. Pero a diferencia del antiguo amparo constitucional la acción de protección tiene un ámbito mucho más amplio al abarcar derechos violados por autoridades públicas o particulares y políticas públicas (Costaín, 2019).

Concebida para proteger a los ciudadanos de los abusos del poder, la acción de protección se sustenta en instrumentos de derecho internacional, en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 8 de la Declaración de Derechos Humanos que reconocen el derecho de los ciudadanos a tener acceso a recursos efectivos ante la violación de sus derechos.

Junto a las demás garantías la acción de protección es una muestra del avance del constitucionalismo contemporáneo del Ecuador en favor de los derechos (Ávila, 2019) tendencia en la que se consagran las garantías y los derechos de los ciudadanos (Canales, 2018). Proceso que es el producto de la vocación del Estado ecuatoriano por los derechos, que inició con la Constitución Quiteña de 1812 y que con la promulgación de la Constitución del 2008 alcanzó su punto cúlmine (Trujillo, 2019). En esta nueva constitución los derechos junto a las garantías quedaron enfatizados como una de las dimensiones esenciales en la estructura constitucional (Ayala, 2018), obteniéndose un texto altamente garantizador de los derechos constitucionales.

En cuanto a su naturaleza, la acción de protección ante todo es una acción constitucional porque tiene su origen en la propia Constitución del Ecuador (2008), con un carácter omnicompreensivo, general, es una acción de conocimiento, protectora que busca garantizar todos los derechos, incluyendo a los que no tienen una vía procesal especial, razón por la que se convierte en el mecanismo idóneo para el amparo de los derechos.

Es una acción constitucional porque se tramita ante un juez, pero doblemente constitucional tanto por su origen (nace en la Constitución, no en la ley, aunque es normada por esta última) como por su finalidad (la protección de los derechos constitucionales). Tiene carácter protector, busca prevenir o restituir, es reparatoria de derechos, dado que su finalidad es la de proteger los derechos constitucionales ante la vulneración producida debe enmendar la violación a través de una reparación integral. De acuerdo a Ávila (2011), en la reparación de la acción de protección debe considerarse el *restitutio in integrum* o garantía de no repetición, satisfacción, indemnización y rehabilitación, porque en caso de no hacerlo el juez estaría asumiendo roles de la justicia ordinaria.

La reparación integral comprende un elemento íntimamente ligado al concepto de justicia, cuyo ejercicio permite la vigencia de los derechos, los que son objeto de protección ante una violación y solo a través de su adecuada reparación el Estado garantiza una tutela efectiva de los mismos (Bustillo, 2018, p. 29).

La acción de protección ampara pretensiones concretas, no tiene pretensión de universalidad, puede ser revisada eventual y discrecionalmente por la Corte Constitucional a través de la vía de selección de causas. “Es autónoma distinta a las demás garantías jurisdiccionales vigentes. No requiere formalidades procesales para su efectiva vigencia” (Cevallos, 2014, p. 122). Es inmediata, tutelar, su procedimiento es sencillo, rápido, eficaz y oral.

El proceso debe desarrollarse dentro de un marco informal, sencillo y rápido y para ello se prevé la oralidad en todas sus fases e instancias, propendiendo que las notificaciones se realizadas a través de los medios más eficaces al alcance del juzgador, no siendo aplicables las normas procesales que tiendan a retardar el despacho de la causa, lo que corrobora la materialización de la informalidad y rapidez con la que deben ser atendidos estos procesos (Storini & Navas, 2013, p. 84).

Aunque como ya se señaló, la acción de protección tiene rango constitucional al haber sido incluida por primera vez en la Constitución del 2008, ésta fue posteriormente regulada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). Previo a la promulgación de esta ley, se inició un proceso para desarrollar normativa y jurisprudencialmente el ejercicio de las garantías jurisdiccionales, para adecuarlas a lo establecido en la Constitución.

En el año 2008, por mandato expreso de la Constitución recién aprobada, la Corte Constitucional se erigió como el máximo tribunal de interpretación constitucional con facultad de generar jurisprudencia en materia de protección de derechos a través de la creación de precedentes obligatorios en materia de alcance de derechos fundamentales y resolver conflictos de interpretación realizados por las Cortes Provinciales (Cordero & Yépez, 2015).

La Corte Constitucional de ese entonces, denominada Corte Constitucional para el Periodo de Transición (2008), con el fin de regular el ejercicio de sus competencias y viabilizar la marcha del sistema de justicia constitucional recientemente implementado, emitió las Reglas del Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición (2008), vale decir, en una clara violación al principio de reserva legal (Quintana, 2016). Estas normas que debieron ser reguladas mediante ley orgánica, limitaron significativamente la acción de protección imposibilitando que se convierta en un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos (Cordero & Yépez, 2015).

Conforme a tales reglas, el art. 43 núm. 3 definía las acciones jurisdiccionales como subsidiarias, a pesar de que el mismo llevaba por título “no subsidiariedad”. El texto disponía la imposibilidad de acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en remplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que estas fueran utilizadas como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Entre los art. 45 al 50 fueron establecidos los requisitos de admisibilidad de la acción de protección, en el art. 50 se dispuso la no procedencia de la acción cuando esta se refiere a aspectos que sean de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de derechos y particularmente la vía administrativa. Durante este periodo la Corte

desarrolló varios criterios jurisprudenciales para orientar el alcance de la acción de protección, así, verbigracia, en sentencia N° 001-10-PJ-CC señaló su procedencia ante la vulneración de derechos constitucionales provenientes de actos de autoridad pública no judicial, la que debía ser declarada por el juez constitucional vía sentencia.

Posteriormente, al ser promulgada la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), las Reglas de la Corte de Transición fueron derogadas, entrando en vigencia un nuevo marco regulatorio de las garantías jurisdiccionales. Conforme al art. 39, se reguló como objeto de la Acción de Protección, el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que no se encuentren amparados por otras garantías jurisdiccionales.

Mediante el art. 40 se establecieron tres requisitos de procedencia de la acción de protección: 1. La violación de un derecho constitucional, 2. Una acción y omisión de una autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente y 3. La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Conforme al primer requisito, para que proceda la Acción de Protección debe tratarse de la violación de un derecho de indole constitucional. Los derechos constitucionales en sentido amplio incluyen a todos los derechos humanos (Cruz, 2017) integración que se produce por ser estos inherentes al ser humano, al que pertenecen en razón de su dignidad (Manili, 2017).

Los derechos humanos son principios con un alto grado de indeterminación, su alcance se desarrolla a través de reglas constitucionales, pero especialmente mediante la aplicación que hacen de estos en los casos concretos analizados por organismos internacionales facultados para su protección, los que generan normas adscritas a los derechos humanos facilitando su aplicación (Castañeda, 2018).

La acción de protección ampara los derechos fundamentales (constitucionales y humanos), “son derechos básicos de la persona que se basan en su dignidad y que a su vez se constituyen como fundamento de la sociedad y el Estado” (Landa, 2017, p. 11). Conforme a ello, son derechos constitucionales los reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo integrados a la Constitución y en el mismo rango se ubican los derechos humanos reconocidos mediante instrumentos de derecho internacional. La denominación de Estado constitucional de derechos conlleva que los derechos constitucionales sean garantizados a través de los diversos mecanismos previstos legamente (Celi, 2019), en cumplimiento de su máximo deber señalado en el art. 3 n 1 de la Constitución.

La exclusividad de la acción de protección se sustenta sobre la relevancia constitucional del derecho afectado porque atendiendo su naturaleza se convierte en el mecanismo idóneo e indispensable para la protección de los derechos constitucionales (Barrero, 2019). Por ello es esencial que el juez tenga un completo conocimiento de las normas constitucionales, las normas adscritas a las disposiciones, constitucionales, las normas que integran el bloque de constitucionalidad, fuentes de derecho internacional y de las normas del derecho constitucional comparado (Cordero & Yépez, 2015).

Sobre la exclusividad en favor de derechos estrictamente de indole constitucional la Corte Constitucional (2013) en sentencia 0016-13-SEP-CC, dictada en virtud de la acción extraordinaria de protección No. 1000-12-EP, de 16 de mayo de 2013, señaló la procedencia de la acción de protección solo cuando sea verificada la vulneración real de los derechos

constitucionales, en consecuencia con ello estableció la responsabilidad del juez de verificar y argumentar la existencia o no de la vulneración alegada, lo que debe ser realizado a partir de un ejercicio de profunda razonabilidad sobre los hechos y las pretensiones, para que pueda establecer si este corresponde a la justicia constitucional o si por su naturaleza infraconstitucional debe ser conocido por la justicia ordinaria.

Siguiendo dicha línea jurisprudencial, la Corte señaló que la valoración debe ser realizada por cada juez atendiendo las particularidades del caso, pues la procedencia de la acción de protección no es el producto de una confrontación abstracta, sino que nace como producto de las circunstancias específicas, examen por medio del cual el juzgador debe verificar *prima facie* que se discuta la posible violación de un derecho constitucional (Aguilar, 2017) como creador del derecho construirá su decisión a partir de los materiales autoritarios previamente otorgados (Núñez, 2019).

Para determinarlo analizó la dimensión del derecho afectado, la Corte Constitucional (2016) en la sentencia No. 001-16-PJO-CC reconoció el carácter multidimensional de los derechos constitucionales. Al tener un mismo derecho diferentes facetas o dimensiones los mecanismos utilizados por el ordenamiento jurídico para garantizar su vigencia deben abarcar tanto la dimensión constitucional del derecho como su ámbito legal. La acción de protección persigue exclusivamente la dimensión constitucional del derecho vulnerado misma que tiene relación directa con la dignidad de las personas como sujetos de derechos.

La dignidad es un valor supremo de la constitución que además de fundamentar los diferentes derechos humanos o fundamentales se le reconocen a la persona, delimita y orienta los fines que el Estado debe cumplir en servicio de la defensa de la persona y de su más pleno desarrollo y bienestar (Landa, 2017, p. 17).

Pero si el ámbito del derecho afectado corresponde a la dimensión legal, la justicia ordinaria será la encargada de su conocimiento, así lo ha ratificado la Corte en la sentencia citada, al establecer que si se trata de una vulneración que ataca a otra dimensión legal, que no tiene relación con la dignidad de las personas, por ejemplo los de índole patrimonial se resolverá la vulneración del derecho en la justicia ordinaria.

Postura que adopta la teoría de la distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales de Ferrajoli (2004), quien caracteriza a los derechos fundamentales por su universalidad, reconocidos a todos con el estatus de personas con base en la igualdad, por su naturaleza corresponde a derechos inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos por ende no son transferibles. A diferencia de los patrimoniales, que corresponden al titular y tienen como base la desigualdad jurídica conforme al que cada cual es propietario de determinados bienes sin que los demás puedan participar de su titularidad, conforme a su naturaleza estos son derechos renunciables, alineables y negociables.

Activada la acción de protección, siguiendo la teoría del núcleo esencial de los derechos<sup>1</sup>, el juez debe concentrar su análisis en la protección del núcleo del derecho constitucional o fundamental para establecer si el derecho presuntamente vulnerado reúne las características y estructura de un derecho constitucional, caso en que será plenamente procedente la acción de

---

<sup>1</sup> La teoría del núcleo esencial de los derechos sostiene que todo derecho posee un núcleo inmutable que lo caracteriza, que le da su esencia, sin el cual éste perdería su identidad. Herramienta de gran utilidad que permite determinar si un derecho ha sido o no vulnerado en su esfera constitucional.

protección, mientras que si se trata de un derecho de carácter patrimonial, su conocimiento le corresponderá a la jurisdicción ordinaria. Conforme a esto, la dimensión consitucional correspondería a la línea divisora para la instrumentación de la acción de protección.

El segundo requisito de procedencia de la acción de protección prescribe que la vulneración del derecho constitucional debe derivarse de una acción u omisión, pudiendo ser ésta, al tenor de los numerales 1, 2 y 3 del Art. 41 de la LOGJCC, emanada de una autoridad pública no judicial, prestador de servicio público, política pública o un particular en los casos descritos en el numeral 4 del mismo artículo.

Se transgrede por acción, a través del despliegue de actos positivos encaminados a lesionar un derecho, mientras que por omisión la transgresión corresponde a la ausencia del comportamiento teniendo el deber jurídico de actuar (Triviño, 2017). “La acción u omisión de la autoridad pública debe entenderse en referencia a la obligación jurídica de hacer o no hacer que emana de los derechos constitucionales” (Cordero & Yépez, 2015, p. 91).

Conforme a la teoría de la responsabilidad del Estado, los actos u omisiones realizados en contra de una obligación jurídica constituye un elemento objetivo de la responsabilidad, pues cuando el Estado por medio de sus agentes vulnera derechos ya sea por acción u omisión incumple con sus obligaciones para con los derechos humanos de sus ciudadanos. Dicha responsabilidad es de carácter objetiva, en la que solo debe demostrarse que la acción u omisión causó un daño.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado criterios sobre la obligación de respeto y garantía que tienen los Estados frente a los derechos humanos. Obligación de respeto implica la abstención del Estado de realizar actos que violen los derechos humanos, el Estado transgrede este deber siempre por medio de acción ya sea formalmente (actos propios de la administración) o informalmente mediante actos clandestinos.

Con respecto a la obligación de garantía, al ser una obligación de hacer, ésta es transgredida por el Estado siempre por omisión, la obligación de garantía impone al Estado la obligación de adoptar medidas para la protección de los derechos, abarca obligaciones para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

Las políticas públicas como instrumentos para alcanzar los objetivos de la administración pública también puede ser objeto de control de la acción de protección como parte de la tendencia actual de que ningún acto estatal puede escapar del control constitucional. Finalmente la acción de protección también procede frente a particulares por acto u omisión conforme a circunstancias fácticas que se activan cuando el particular preste servicios públicos impropios o de interés público, por delegación concesión, provoque daño grave o exista un estado de subordinación o indefensión.

En este caso la acción de protección se deriva de situaciones que se dan en relaciones horizontales entre particulares, facultándose la posibilidad de acudir a un tercero, el juez constitucional, para prevenir, cesar o reparar la vulneración del derecho constitucional. En estos casos la intervención de la justicia constitucional encuentra su sustento en principios pro homine, igualdad material y supremacía constitucional (Carrasco & Gonzalez, 2017) conforme a ello el juez constitucional tiene potestad para controlar el poder arbitrario que determinados

particulares detentan (económico, social, político) y en nombre de los que pueden provocar graves violaciones a los derechos humanos .

“El control de los actos y acciones de los particulares como objeto de la acción de protección es parte de la constitucionalización del derecho privado” (Calderón, 2017, p. 56) proceso en el que se modifican las relaciones entre particulares, como consecuencia de la irradiación de la Constitución al derecho privado que establece el deber de observancia de los derechos constitucionales por sobre las normas legales que van en contra de los mismos.

El tercer requisito de procedencia de la acción, del numeral 3 del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), prescribe que la acción de protección procede ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, lo cual lleva a cuestionar si esta garantía jurisdiccional es en la legislación ecuatoriana un mecanismo subsidiario de protección de derechos, asunto que se plantea, pues de la lectura del citado numeral parecería que la existencia de otros medios judiciales de impugnación, excluirían de plano la posibilidad de proponer una acción de protección.

En cuanto al presupuesto de subsidiariedad de las acciones constitucionales, Aguirre (2015), explica que conforme al derecho procesal constitucional, se considera subsidiaria a una acción, cuando ésta “puede ejercerse de manera integral e independiente a otra acción judicial, siempre que la naturaleza de la acción no interfiera con la esfera competencial de la otra, a través de la superposición de atribuciones” (p. 126).

La noción de subsidiariedad no debe confundirse con la de residualidad, pues no son sinónimos dentro del derecho procesal constitucional. La residualidad exige que para proponerse la acción, como requisito previo, deban agotarse todos los medios de impugnación que franquea el ordenamiento jurídico, sean éstos administrativos o judiciales, en tal sentido, la acción de protección es un proceso no residual, pues “puede ser propuesta sin necesidad de agotar previamente otras vías o mecanismos como condición necesaria para su procedencia” (Quintana, 2016, p. 82). Así, ciertamente, la tercera causal de procedencia de la acción presenta un problema de subsidiariedad y no de residualidad.

A este respecto, una lectura aislada de la causal analizada llevaría a pensar a prima facie, que el carácter subsidiario de la acción de protección estaría determinado por la mera existencia de otros medios legales de impugnación que permitan proteger el derecho violado. No obstante, dicha visión resulta contraria a la esencia constitucional de la garantía, pues el Art. 88 de la Constitución del Ecuador (2008) prescribe con meridiana claridad que su objeto es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.

El alcance de la noción de subsidiariedad de la acción de protección fue ya un asunto tratado tempranamente por la primera Corte Constitucional en varias de sus sentencias. Así, en el ya citado precedente vinculante No. 016-13-SEP-CC, dictamió que esta es la garantía idónea y eficaz, que procede cuando el juez verifica una real existencia de vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existen otras vías para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales.

Posteriormente, en sentencia No. 098-13-SEP-CC, del caso No. 18-50-11-EP la Corte (2013) aclaró en qué consiste el carácter subsidiario de la acción, indicando que “el carácter

subsidiario de la acción de protección ecuatoriana determina que esta procede exclusivamente cuando de un profundo estudio de razonabilidad del caso concreto realizado por la jueza o juez, se desprende la existencia de vulneración a derechos constitucionales”.

Finalmente, tales criterios fueron recogidos en la también mencionada sentencia No. 001-16-PJO, a través del cual la Corte emitió una regla jurisprudencial con efectos generales, estipulando la obligación de los jueces constitucionales en conocimiento de la acción de protección, de realizar en sentencia un profundo análisis acerca de la real existencia de vulneración de derechos constitucionales, basada en los hechos del caso, regla en la que dispuso además, que únicamente en caso de no detectar tales vulneraciones y motivarlo adecuadamente en su decisión, conforme a parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, estarán la capacidad de determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para la resolución del caso.

Precedente que sigue vigente y ha sido reforzado por la Corte Constitucional (2019) en funciones, en la sentencia No. 307-10-EP/19, al señalar que la naturaleza jurídica del acto no determina la competencia de los jueces al conocer una acción de protección, sino que el fundamento de la demanda debe ser la existencia de vulneración a derechos constitucionales.

Entonces, en términos de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte, el carácter subsidiario de la acción de protección, desde su dimensión positiva, está determinado por el acaecimiento de vulneración a derechos constitucionales. Así, ante la vulneración de algún derecho en dicha esfera, procederá siempre la acción de protección como mecanismo autónomo e independiente para declarar y reparar violaciones, excluyendo otras acciones o procedimientos ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico. La dimensión negativa, por el contrario, supone que ante la inexistencia de vulneración de derechos constitucionales, la acción no procede, pues a ésta le está proscrito resolver temas de estricta legalidad, que para su tratamiento tienen sus vías adecuadas.

En razón de ello, el análisis que la autoridad judicial realice en la sentencia, no puede ni debe limitarse exclusivamente a la existencia de otra vía o manifestar a la ligera que el asunto es de “mera legalidad”. El deber del juez en razón de la regla analizada, es el de verificar de manera rigurosa, por medio de un razonamiento concienzudo, si los hechos denunciados violan o no el derecho acusado de violado, de tal modo que solo luego de ello, podrá declarar que alguno de los mecanismos de la justicia ordinaria es el adecuado y eficaz para solucionar el conflicto, lo cual implica un análisis adicional, como más adelante se expondrá.

Para Córdova (2016), este tercer requisito representa un filtro restrictivo no establecido en la Constitución, con el cual el legislador buscó limitar el derecho de acción de los ciudadanos, situación que ha provocado la paulatina erosión o debilitamiento de la acción de protección, lo cual no resulta para nada ilógico, pues establecer filtros restrictivos que resten eficacia a las garantías jurisdiccionales, constituye una práctica siempre conveniente para el poder, dado que con ello se inhabilita a los ciudadanos a hacer prevalecer sus derechos frente al abuso y las actuaciones u omisiones arbitrarias ejecutadas por agentes estatales.

Problema estructural que ha llegado a viciar gradualmente la fuerza constitucional de la garantía, al punto de anular su eficacia práctica (Córdova, 2016), pues no es desconocido que una gran cantidad de operadores de justicia, invocando este requisito, declaran improcedente la acción bajo el argumento de que el caso puesto a su conocimiento se trata de un asunto de “mera

legalidad”, dando privilegio al análisis de existencia de otras vías judiciales por sobre la determinación de vulneración de derechos.

Si bien la citada sentencia 001-16-PJO-CC, ha contribuido a que en ciertos casos las autoridades judiciales den prioridad a la determinación de vulneración de derechos por sobre la existencia de otras vías judiciales, no es menos cierto que la problemática persiste, por ello, uno de los principales temas que el presente ensayo académico plantea, es la necesidad de que la Magistratura, por medio de su jurisprudencia, clarifique lo que debe entenderse por “mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz”. Por ello resulta interesante revisar lo que en el ámbito de las premisas jurisprudenciales del sistema interamericano de los derechos humanos, así como desde una visión del derecho constitucional comparado, se ha definido como “recursos adecuados y eficaces”.

En el plano de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1999) en el informe del caso Loren Riebe y otros, desarrolló tres estándares que permiten establecer si un recurso es efectivo y eficaz: (i) la posibilidad para determinar la existencia de violaciones a derechos fundamentales; (ii) la posibilidad de remediarlas; y, (iii) la posibilidad de reparar el daño causado. La Corte IDH (2000) ha dicho además, que un recurso es adecuado cuando permite establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Así mismo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (2004), presenta a la situación de las víctimas, especialmente cuando pertenezcan a grupos vulnerables; como criterio adicional para determinar la efectividad del recurso.

En relación al derecho constitucional comparado, vale referirse al caso colombiano, en donde con la promulgación de la Ley de Tutela de 1991, se establecieron causales de improcedencia de la acción de tutela, similar a la acción de protección del Ecuador, disponiéndose en el Art. 6 que ésta es improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante, reconociéndose un carácter subsidiario y una procedencia supletiva de la acción cuando no existan otros medios de defensa o se presente para evitar un perjuicio irremediable (Quinche, 2017).

Así, la Corte Constitucional de Colombia (2017), cumpliendo con su rol de dotar de contenido a las garantías constitucionales, ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia, estándares en relación a lo que debe entenderse como recursos o medios de defensa idóneos y eficaces, los que guardan armonía con los criterios desarrollados por la Corte IDH y la CIDH en sus pronunciamientos.

De este modo, en sentencia T-250/ de 2017, la Magistratura colombiana determinó que el requisito de subsidiariedad exige por parte del peticionario un despliegue diligente de las acciones judiciales que se encuentre a su alcance, siempre estas sean idóneas y efectivas para proteger los derechos vulnerados, que un proceso es idóneo cuando es materialmente apto para proteger los derechos; y, efectivo, cuando permite que esta protección sea oportuna.

También señaló que ni la idoneidad ni la efectividad de los recursos pueden darse por sentadas o ser descartadas sin tomar en cuenta las particularidades o circunstancias específicas del caso examinado. Adicionalmente estableció que para determinar la idoneidad y efectividad

de los recursos, el juez debe analizar la condición de la persona que solicita la tutela de derechos, porque conforme a la jurisprudencia, tanto la condición del sujeto de especial protección constitucional, como la debilidad manifiesta del accionante, resultan parámetros de especial observancia.

Bajo las citadas premisas, huelga decir, que un mecanismo judicial será adecuado, siempre y cuando sea materialmente apto o idóneo para producir un efecto protector y reparador de los derechos vulnerados; y, que será eficaz, cuando pueda proteger el derecho de manera expedita u oportuna, siendo la condición de vulnerabilidad de la persona afectada, un eje transversal a observarse a la hora de determinar tales parámetros.

A juicio de los autores, una sentencia reciente de la Corte Constitucional (2019) que logra aterrizar tales conceptos a nuestra realidad constitucional, es la No. 3-19-JP/20 y acumulados, en la cual la Magistratura revisó varias decisiones derivadas de acciones protección propuestas por mujeres en estado de embarazo y en periodo de lactancia despedidas en el contexto laboral público. Sentencia en la que la Corte desarrolla criterios y estándares acerca de los derechos de este grupo de especial protección constitucional. En el punto cinco de la sentencia párrafos del 197 al 207, en lo referente al derecho a la tutela judicial efectiva de las mujeres embarazadas o en situación de lactancia a quienes se les han violado sus derechos en el sector público, la Corte se cuestiona si la vía laboral ordinaria es la adecuada y eficaz para su tutela.

En relación a la adecuación o idoneidad de los mecanismos de la justicia ordinaria, la Magistratura indica que si bien, por lo general, la vía adecuada para tutelar los derechos laborales de los servidores públicos es la jurisdicción contenciosa administrativa o juez del trabajo, en el caso de mujeres embarazadas y en periodo de lactancia al estar en juego no solo derechos de naturaleza laboral sino otros propios de su condición, relacionados con la dignidad humana, como la no discriminación, autodeterminación reproductiva, lactancia, intimidación, salud y derecho al cuidado, ésta vía no logra ser materialmente apta para producir el efecto protector y reparador de tales derechos, cualidades que si posee la acción de protección.<sup>2</sup>

De otro lado, en lo que a la eficacia de la vía respecta; es decir el tiempo que el recurso de defensa judicial podría llegar a consumir, considerando la condición de vulnerabilidad de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia en relación con la urgencia que merece la tutela de sus derechos, la vía laboral ordinaria no resulta un mecanismo de defensa judicial eficaz, debido a que ésta ha sido diseñada por el legislador como un procedimiento complejo, cargado de formalidades y etapas procesales cuya tramitación es demorada.

Entonces, según la Corte, someter a una mujer embarazada o en periodo de lactancia a un proceso judicial de tales características, no solo implicaría revictimizarla, sino que por el paso excesivo del tiempo, una resolución judicial que tutele sus derechos acabaría por tornarse en desproporcionada e ineficaz. Por ello, concluye que la vía eficaz para proteger y reparar de manera oportuna las vulneraciones a los derechos constitucionales de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, es la acción de protección.

---

<sup>2</sup> En sentencia No. 1679-12-EP/20, la Corte indicó que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos adecuados y eficaces para tutelar derechos laborales, que por lo general estos conflictos no son susceptibles de ser constitucionalizados. No obstante, pueden existir situaciones fácticas en las que se violen otro tipo de derechos, siendo necesaria la intervención de la justicia constitucional.

Vale anotar además, que en torno al análisis realizado por la Magistratura en el fallo de revisión, la condición de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia ha comportado un elemento de capital importancia para definir si los medios ordinarios de defensa judiciales, resultan o no, adecuados y eficaces para tutelar sus derechos. Este aspecto denota que el grado de vulnerabilidad de la persona que acude a la tutela de sus derechos por medio de una acción de protección, resulta de obligatoria observancia para la autoridad judicial al momento de determinar si la acción procede, criterio que como se dijo *supra*, ha sido también desarrollado por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho constitucional comparado.

Es así que, ergo, el caso resuelto por la Magistratura va marcando el camino hacia la comprensión efectiva del alcance que tan importantes conceptos comportan para el desarrollo de los requisitos de procedencia de la acción de protección, lo que implica, entre otras cosas, recoger aquellas categorías internacionales que ayuden a comprenderlos y colmarlos de contenido, adaptándolas a la realidad ecuatoriana, solo así se llegará a tener una garantía dotada de certeza, viabilidad y eficacia, que cumpla realmente con su objetivo, la tutela de derechos.

### **Conclusiones**

La acción de protección es una garantía constitucional que actúa como un mecanismo procesal para que las personas naturales y jurídicas dada la ausencia de medios adecuados acudan mediante un procedimiento sencillo a la justicia constitucional para exigir la protección de sus derechos constitucionales por la vulneración ocasionada ya sea por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en determinadas circunstancias.

A más de doce años de vigencia de la actual Constitución de la República, aún no se advierte una adecuada valoración del tercer requisito de procedencia de la acción de protección, puesto que muchos jueces declaran su improcedencia alegando que el caso es de “mera legalidad”, atribuyendo a la garantía un carácter subsidiario que privilegia el análisis de existencia de otras vías por sobre la determinación de vulneración de derechos, sin verificar si éstas resultan o no “adecuadas y eficaces” para tutelar el derecho violado, según las particularidades del caso concreto y status de la persona afectada.

Si bien la Corte Constitucional se ha decantado por presentar una línea jurisprudencial clara en relación al carácter subsidiario de la acción de protección, relacionado a la vulneración de derechos y no a la mera existencia de otras vías, resulta necesario que la Magistratura, como máximo intérprete de la Constitución, clarifique por medio de jurisprudencia que debe entenderse por la expresión “mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado” a fin de recuperar la verdadera naturaleza de la acción de protección y garantizar una adecuada tutela judicial efectiva a quienes acuden a solicitar el amparo de sus derechos por medio de esta garantía jurisdiccional.

### **Referencias Bibliográficas**

Aguilar, P. (2017). *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Ávila, R. (2011). Del amparo a la acción de protección jurisdiccional . *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (27), 95-125. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n27/v5n27a6.pdf>
- Ávila, R. (2019). *La utopía del oprimido. Los derechos de la Pacha Mama (naturaleza) el Sumak Kawsay, en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. Quito: Akal .
- Ayala, E. (2018). *Evolución constitucional del Ecuador. Rasgos históricos*. . Quito: Corporación Editora Nacional .
- Barrero, A. (2019). *Nuevos derechos y garantías*. Valencia: Tirant lo Blach.
- Bejarano, R., Moreno, P., & Rodríguez, M. (2017). *Aspectos procesales de la acción de tutela*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Busch, T. (2019). *El control del juez constitucional. Control y responsabilidad en la jurisdicción constitucional*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Bustillo, J. (2018). *El juez constitucional en el mundo*. México: Porrúa.
- Calderón, J. (2017). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Canales, J. (2018). Reflexiones politológicas sobre la Constitución del Ecuador (2008) en el contexto del proceso de consolidación democrática de América Latina. *Revista IURIS*, 2(16), 67-90.
- Carrasco, A., & Gonzalez, C. (2017). *Introducción al derecho. Fundamentos del derecho privado*. Madrid: Tecnos.
- Casal, J. (2020). *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismos comparado y jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Temis.
- Castañeda, M. (2018). *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*. México: CNDH.
- Celi, I. (2019). *Historia Constitucional Comparada*. Quito: Cooperación de Estudios y Publicaciones.
- Cevallos, I. (2014). *La acción de protección*. Quito: Homework .
- Cordero, D., & Yépez, N. (2015). *Manual crítico de garantías jurisdiccionales*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos.
- Córdova, P. (2016). *Derecho procesal constitucional*. Quito: CEP.
- Costaín, M. (2019). *Garantías jurisdiccionales en el Ecuador*. Quito: Colloquium.
- Cruz, J. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los Derechos Humanos* . México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Ferrajoli, L. (2004). *Los fundamentos de los derechos funamentales*. Madrid: Trotta.

- Guerrero, F. (2020). *Las garantías jurisdiccionales, constitucionales en el Ecuador*. Quito: CEP.
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial.
- Manili, P. (2017). *El bloque de constitucionalidad. La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno*. Buenos Aires: Astrea.
- Núñez, J. (2019). *Jurisdicción Constitucional*. Santiago: Ediciones DER.
- Quinche, M. (2017). *La acción de tutela. El amparo en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Quintana, I. (2016). *La Acción de Protección*. Quito: Cooperación de Estudios y Publicaciones.
- Ruíz, A. (2019). *El cumplimiento de sentencias de Acción de Protección*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Storini, C., & Navas, M. (2013). *La acción de protección en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Publicaciones.
- Triviño, R. (2017). *Hacer o no hacer: La responsabilidad por acciones u omisiones*. Madrid: Plaza y Valdez.
- Trujillo, C. (2019). *Panorama del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: Corporación Editora Nacional.

## Normas y Jurisprudencia

1. Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449.
2. Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial 52.
3. Corte Constitucional. (2013). *Sentencia N° 098-13 -SEP-CC*. Caso 18-30-11-EP: Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8281a515-24ff-40ba-88dc-7ccc48f3ed49/1850-11-ep-sent-mazj.pdf?guest=true>
4. Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-250*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-250-17.htm>
5. Corte Constitucional del Ecuador. (2013). *Sentencia 0016-13-SEP-CC*. Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/52586c09-c0c8-4d4d-97ab-7e855d5481de/1000-12-ep-sen-lcca.pdf?guest=true>

6. Corte Constitucional del Ecuador. (2016). *Sentencia N° 001 - 16 - PJO- CC*. Recuperado de <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/71a7f53a-d379-4fc4-89ef-764ff71808aa/0530-10-JP-sen.pdf?guest=true>
7. Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia N° 307-10-EP/19*. Recuperado de <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bad6ec87-978b-47f5-83db-c1ffa5608d80/0307-10-EP-sen.pdf?guest=true>
8. Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia N° 3-19-JP/20 y acumulados*. Recuperado de [http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiYTgzMDJkNS1iY2FiLTRIODUtODE5NC0wYmU5ZjkzYzk4ODAUcGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiYTgzMDJkNS1iY2FiLTRIODUtODE5NC0wYmU5ZjkzYzk4ODAUcGRmJ30=)
9. Corte Constitucional para el periodo de transición. (2010). *Sentencia N° 001-10-PJO-CC*. Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ceb5118a-98c9-4f39-b81e-d49745537ffb/0999-09-JP-res.pdf>
10. Corte Constitucional para el Periodo de Transición. (2008). *Reglas del Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición*. Recuperado de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Reglamento%20de%20Sustanciacion%20de%20Procesos%20de%20Competencia%20de%20la%20Corte%20Constitucional.pdf>
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Caso Loren Riebe, Jorge Barón y Rodolfo Izal*. Recuperado de <http://www.cidh.org/annualrep/98span/fondo/mexico%2011.610.htm>
12. Comité de Derechos Humanos ONU. (2004). *Observación General N° 31*. Recuperado de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoq%2FhW%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRATdbWLgyA1RX6lE1VC%2FXrdwy1JEojEGK4mF1mRwn5H9lw%3D%3D>