



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO**

**FACULTAD DE POSTGRADO**

**TÍTULO: ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN  
ECUADOR Y LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA, COMO MECANISMOS  
DE PROTECCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A  
OPTAR EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**MDC 8B**

**NOMBRE DEL ESTUDIANTE:**

**ABG. MARTHA PESANTES VÉLEZ**

**NOMBRE DEL TUTOR:**

**DR. MARCO MORALES ANDRADE**

**SAMBORONDON, JULIO DE 2019**

# **TÍTULO: ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN ECUADOR Y LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA, COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES**

Abg. Martha Pesantes Vélez

Dr. Marco Morales Andrade

## **Resumen**

A continuación, consta un estudio comparativo mediante el desglose de los componentes de dos acciones de carácter constitucional que forman parte de los mecanismos de protección de derechos constitucionales en Latinoamérica, como son la acción de protección y la acción de tutela colombiana. Este ensayo se ha realizado mediante análisis de doctrina, de preceptos legales y constitucionales así también de jurisprudencia, de ambos países a fin de comprender la protección de derechos desde ambas realidades.

De las fuentes anteriormente expuestas se tiene que la garantía de una justicia constitucional eficiente se obtiene mediante el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, que en cada caso concreto tutelaré los derechos constitucionales, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de estos y además de desarrollar progresivamente los mismos conforme a los cambios producidos en cada sociedad, por tanto es necesario el desarrollo jurisprudencial en aras de la eficiencia constitucional.

El análisis comparativo realizado permite dilucidar en que componentes son semejantes y diferentes ambas acciones, a fin de determinar en qué aspectos la garantía jurisdiccional de acción de protección podría ser más eficiente en cuanto a la tutela de los derechos constitucionales.

**Palabras Clave:** acción de tutela, acción de protección, derechos innominados, garantía.

# **COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE ACTION OF PROTECTION IN ECUADOR AND THE ACTION OF TUTELA IN COLOMBIA, AS MECHANISMS OF PROTECTION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS**

## **Abstract**

The following is a comparative study through the breakdown of the components of two constitutional actions that are part of the mechanisms for the protection of constitutional rights in Latin America, such as the protection action and the Colombian tutela action. This essay has been carried out through analysis of doctrine, legal and constitutional precepts as well as jurisprudence, from both countries in order to understand the protection of rights from both realities.

From the above-mentioned sources, the guarantee of an efficient constitutional justice is obtained through the jurisprudential development of the Constitutional Court, which in each concrete case will protect the constitutional rights, in order to guarantee the fulfillment of these and in addition to progressively develop the same according to the changes produced in each society, therefore the jurisprudential development is necessary for the sake of the constitutional efficiency.

The comparative analysis carried out makes it possible to elucidate in which components both actions are similar and different, in order to determine in what aspects the jurisdictional guarantee of protective action could be more efficient in terms of the protection of constitutional rights.

**Key words:** guardianship, protection action, unnamed rights, guarantee.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 2008 estipula el efectivo goce de todos los derechos sin limitación o restricción alguna, es por esto, que el Constituyente estableció a las garantías jurisdiccionales como los mecanismos judiciales ante la violación o vulneración de aquellos. Dentro de estas garantías jurisdiccionales existe la acción de protección, la cual *“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...”*, es decir el fin teleológico que traza la Constitución, el cual consiste en la protección de los derechos constitucionales y fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos resulta muchas veces insuficiente en la práctica a pesar del ágil acceso a las garantías jurisdiccionales.

Otro de los problemas que fluyen dentro de la práctica constitucional es la precarización de la garantía jurisdiccional de protección, lo que equivale a decir que la acción es entendida como un procedimiento de conocimiento más del sistema procesal, lo cual mediante jurisprudencia constitucional se ha clarificado, por cuanto la Corte Constitucional estableció que los efectos de la acción u omisión de autoridad o persona particular a la que se refiere el art. 88 de la Constitución, deben producir un detrimento en el goce de un derecho constitucional, pero si no se demuestra el daño producto de la vulneración, la acción de protección es improcedente. No obstante, las precisiones jurisprudenciales y las prerrogativas otorgadas por la Carta Magna, el enfoque litigante tradicional en el derecho ecuatoriano muchas veces induce a deslices por cuanto no existe una estructuración de los elementos mismos de la garantía para su conocimiento, es decir se yerra en el enfoque que debe otorgársele.

De igual manera, es preciso acotar que los jueces generalmente tienen una visión formal, lo que no les permite constatar la jerarquía de esta garantía, ocasionando que cuando tienen que decidir su apreciación se limite a razonamientos de derecho ordinario. Es importante rescatar que la Constitución ecuatoriana se encuentra muy avanzada en sus paradigmas con respecto a sus similares latinoamericanos, es por ello, que el siguiente ensayo se orienta a un análisis comparado del derecho constitucional colombiano y ecuatoriano, a fin de identificar las características más trascendentales, en aras de que se reafirme y optimice la garantía de acción de protección.

La acción de protección debe garantizar el efectivo goce y acceso a los derechos constitucionales; para ello se necesita que los distintos componentes del aparato legal ecuatoriano se adecuen de forma que favorezca al efectivo goce de derechos. Por tanto, es necesario comparar nuestro sistema con uno que se encuentre a la vanguardia en cuanto al “garantismo”. Es por esto que el sistema constitucional colombiano y la acción de tutela sirven como el modelo a confrontar en cuanto al objetivo de garantizar los derechos fundamentales.

Por lo expuesto, el presente estudio tiene como objetivo identificar los aspectos trascendentales de la acción de tutela constitucional colombiana en su comparación con la acción de protección ecuatoriana. Una vez desglosados los componentes de cada una de ellas se determinan los caracteres que podrían introducirse en la justicia constitucional ecuatoriana, a fin de una efectiva protección de derechos constitucionales.

## **2. ACCIÓN DE TUTELA**

### **2.1. Concepto**

Al referirnos a la acción de tutela es preciso indicar que se trata de un mecanismo que tiene el objeto de proteger los derechos fundamentales, incluyendo los que no se encuentran consagrados en la Constitución, cuando dichos derechos fueren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de alguna autoridad pública, cualquiera que esta sea (REDDHFIC, 2017).

Esta acción destaca por su carácter específico y directo, pudiendo toda persona acceder a ella, siendo efectiva su aplicación en el momento en que los derechos fundamentales de una persona hayan sido violados o existe amenaza de vulneración por parte de un particular encargado de la prestación de un servicio o actividad pública, hallándose frente a este en una situación de subordinación (Blacio, 2012). Así mismo, puede utilizarse como un mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable a las personas, como una medida provisional (Auto 207/12, 2012).

El marco legal de la referida acción se basa en el Decreto Extraordinario 2591 de noviembre 19 de 1991. La acción de tutela deberá ser presentada ante los jueces o tribunales de cualquier jurisdicción, quienes al conocer el caso se convierten en jueces constitucionales; no obstante ello, la competencia del juez depende de la calidad de la autoridad demandada, lo cual está delimitado en el Decreto 1382 de 2000, que realiza el reparto de la competencia de la acción, verificando el nivel del organismo en el Estado así como, la calidad del funcionario, tomando en cuenta que el objetivo de la regulación es racionalizar y descongestionar el conocimiento de dichas causas (Montoya, 2017)

## **2.2. Competencia**

La competencia de la acción de tutela se encuentra determinada en el Decreto No. 2591 de 1991, el cual en su artículo 37 establece que, en principio, los jueces o tribunales competentes para el conocimiento de la tutela son aquellos que tienen jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza materia del inicio de la acción. Esto da lugar a que existan varios jueces competentes simultáneos en un solo lugar, por ello, se expidió el Decreto 1382 de 2000, mediante el cual se sientan las reglas del reparto de la acción de tutela (Carrera, 2011).

El instrumento normativo fue compilado en el Decreto 1069 de 2015 y modificado mediante Decreto 1983 de 2017, para realizar el reparto de la acción de tutela y, utiliza como premisa la autoridad contra quién se dirige, planteando varios escenarios de competencia.

Inicialmente, cuando se interponga contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública de orden descentralizado y, contra particulares, será competente el Juez Municipal en primera instancia. Cuando se inicie contra autoridades de orden nacional, en primera instancia será competente el Juez del Circuito o de igual categoría.

La norma de referencia señala que en el caso que la autoridad requerida fuera el Presidente de la República, del Contralor General de la República, del Procurador General de la Nación, del Fiscal General de la Nación, del Registrador Nacional del Estado Civil, del Defensor del Pueblo, del Auditor General de la República, del Contador General de la Nación y del Consejo Nacional Electoral, la competencia en primera instancia recaerá sobre los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o Tribunales Administrativos.

En el caso de interponerse la acción en contra de las actuaciones de Fiscales y Procuradores, competará el conocimiento en primera instancia al superior de la autoridad judicial de ante quien intervinieron. Si el Fiscal, intervino ante Tribunales o Altas Cortes, competará en primera instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura. En el caso de Procuradores, en analogía al caso de Fiscales, competará a Tribunales Administrativos o Salas Disciplinarias de los Consejos seccionales. Cuando la acción de tutela se interponga en contra de decisiones judiciales emanadas por Jueces o Tribunales, conocerá el jerárquico superior correspondiente, en virtud del art. 40 del Decreto 2591 de 1991.

Por ello, la Constitución colombiana y los decretos reglamentarios que desarrollan el tema competencial de la acción atribuyen a los Jueces del Poder Judicial la competencia para conocer y resolver acciones de tutela, y faculta exclusivamente a la Corte Constitucional a fin de garantizar la igualdad y seguridad jurídica, la unificación de la jurisprudencia constitucional (Carrera, 2011).

### **2.3. Derechos a tutelar**

La presente acción tiene como objeto la protección de los derechos constitucionales fundamentales, es decir todos aquellos que se encuentren contenidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Lo anterior determina la especificidad de los derechos que tutelaré la acción, constricto a la misma al carácter constitucional y fundamental que debe tener el derecho, lo que no significa restricción, ya que la norma del artículo 94 de la Constitución de Colombia, manda que el no establecimiento de una norma estrictamente positiva acerca de los derechos y garantías constantes en la Constitución y en los instrumentos internacionales, no debe deducirse como la denegación o inexistencia de un derecho, sobre todo al tratarse de derechos fundamentales, o los necesarios para el desarrollo de los mismos.

El Decreto 2591 de 1991, determina que en el caso que se refiera a un derecho no preceptuado en la Constitución, debido a su naturaleza, se permite su tutela para casos concretos, siendo la Corte Constitucional competente para el estudio de la resolución, debiendo dar prioridad a la misma sobre otros casos.

La Sentencia T-451 del 10 de julio de 1992, de la Corte Constitucional de Colombia, en relación con lo anterior estableció que el que un derecho sea fundamental solo puede determinarse en el análisis de cada caso específico, conforme la correlación que mantenga con uno u otro derecho de su misma esencia, que equivale a que la Constitución de manera clara no define o establece que derechos forman parte de estos derechos fundamentales, por tanto no podría considerarse exclusivamente como tal a los que la Constitución declara, por ello, la Corte Constitucional tiene el deber de garantizar que se haga efectivo el cumplimiento de estos derechos (Derechos Fundamentales, 1992).

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido que será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, por tanto será fundamental en la intensidad de necesidad de lograr la



libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de desenvolverse en sociedad y desarrollar un papel activo en ella, la cual no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos existentes sobre la intensidad de funcionalidad de cierta prestación o abstención, así como de las circunstancias particulares de cada caso (Derechos Fundamentales, 2003).

Los tipos de derechos fundamentales o criterios de fundamentalidad de los derechos, en la Constitución colombiana son los siguientes: **a)** derechos de aplicación inmediata enunciados por el artículo 85 de la Constitución; **b)** derechos subjetivos susceptibles de ser amparados directamente por el juez, contenidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución; **c)** derechos fundamentales por expreso mandato constitucional; **d)** derechos que integran el bloque de constitucionalidad (strictu sensu); **e)** derechos innominados; y, **f)** derechos fundamentales por conexidad (Botero, 2012).

En conclusión, no necesariamente todos los derechos constan con una nominación como tal en la Constitución colombiana, ya que siendo tan amplia la cobertura de derechos en el ámbito internacional, bien se podrá incluir otros dada la circunstancia que se presente cuando el caso lo amerite, es decir el marco constitucional de derechos es abierto y admite la posibilidad de inclusión a tutela a cualquier derecho relacionado con el desarrollo de los derechos fundamentales.

#### **2.4. Devenir de la Acción de Tutela**

En Latinoamérica resalta una evidente evolución en lo que se refiere a protección de derechos, puesto que los Estados basaban sus ordenamientos jurídicos en la supremacía de la ley, dando a la Constitución solamente un rango, reduciéndola a una especie de componente del sistema legal. En la actualidad, el sistema jurídico latinoamericano presupone a la Constitución y por ende a los derechos contenidos en ella, como el engranaje donde girará el ordenamiento jurídico, dando a la misma su real dimensión.

La necesidad de establecer de forma diáfana y categórica esta evolución y no continuar en el razonamiento sobre la identidad entre derecho y ley; y, sobre la negación de la existencia del contexto de la constitucionalización, el cual dejó de ser preliminar o mero enunciado político, sino un derecho real (Vidal, 2003), producto de la evolución constitucional, ya que en la sistematización jurídica los derechos fundamentales gozan de una jerarquía superior a las normas legales, por tanto deberán predominar en caso de colisión, cualquiera que estos sean (Bernal Pulido, 2003).

A principios de la década de los noventa, debido a las necesidades sociales, la nueva tendencia constituyente latinoamericana inició en Colombia, desarrollando las más notorias particularidades del nuevo constitucionalismo en lo que se refiere a la legitimidad de origen, ya que resultó de una propuesta social y política expresadas en movilizaciones que exponían la necesidad de un cambio de paradigmas, lo cual concluyó en la promulgación de la Constitución de Colombia de 1991 la cual se estableció con gran contundencia, por lo que esta es el hito que marca el inicio del constitucionalismo colombiano (Viciano & Martínez, 2010).

El fenómeno identificado como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, origina el cambio de estado de derecho, al constitucional de derechos, lo que conlleva a una transformación institucional, que da origen a la Corte Constitucional de Colombia como ente encargado de efectivizar la supremacía constitucional, porque un nuevo Estado Constitucional exige la consecución y efectividad de los derechos reglamentarios ergo requiere un juez especializado (Carrera, 2011).

La Asamblea Nacional Constituyente con el afán de dar cumplimiento a estos derechos y garantías, incluyó a la acción de tutela como la herramienta judicial más innovadora, accesible y categórica de la historia contemporánea en Colombia, no como medio alternativo o sustituto de las herramientas ordinarias del derecho que preferentemente deben aplicarse, sino con el objeto de llenar los vacíos existentes en cuanto a protección de derechos. Los debates

efectuados, en la comisión correspondiente y en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, se sumaron los de varios y diferentes sectores políticos y sociales, con argumentos y propuestas que terminaron por concretar lo que sería la actual acción de tutela, del artículo 86 de la Constitución Nacional (Bustamante, 2011).

Al ser establecida por primera vez como una de las más importantes innovaciones en la nueva organización constitucional, se definió su naturaleza, finalidad y más importantes elementos procesales, todo ello sin mayores discusiones jurídicas internas ni debate. No constan antecedentes históricos directos, claros y preexistentes sobre la acción de tutela, con excepción de manifestaciones de la jurisdicción orgánica de lo contencioso administrativo, como son, la suspensión o provisional de los actos administrativos por razones constitucionales o legales en caso de evidente violación al ordenamiento superior, y también por otro lado, los efectos de anulación plena de los actos administrativos ilegales o inconstitucionales.

Los mencionados tienen vínculos conceptuales y técnicos remotos con la protección inmediata de los derechos de orden constitucional que atañe a las instituciones del Derecho de Amparo. También podría suponerse que las acciones contencioso-administrativas de nulidad y reparación directa, y otras acciones como el habeas corpus y amparos policivos de la posesión de bienes inmuebles también se aproximan a estas. Actualmente en Colombia, se utiliza y aplica la acción de tutela como una de las más importantes instituciones procesales (Ortíz, 2006).

Es de destacar la actitud de la Corte Constitucional colombiana que viene siendo el referente en cuanto al tutelaje de los derechos fundamentales por cuanto su nutrida jurisprudencia ha venido desarrollando estos ya que resulta necesaria una autoridad que declare al derecho como tal y, que con firmeza y constancia lo logre conservar en el respeto, lo cual es obligatorio para la seguridad de los ciudadanos (Hernández, 2005).

## **2.5. Naturaleza Jurídica**

El objetivo de la acción de tutela es resguardar los derechos constitucionales fundamentales cuando fueren vulnerados. La tutela no tiene carácter indemnizatorio, y menos sancionatorio, sino un carácter protector. El Art. 86 de la Constitución colombiana habla de los derechos amenazados, es decir, si hay una amenaza, la tutela alcanza un carácter preventivo; y si existe vulneración que ya se materializó, adquiere un carácter restitutorio y no resarcitorio o de indemnización, de modo que cuando el daño ya no pueda precaverse y evitarse y solamente puede recibir como remedio una compensación del perjuicio, ella no es pertinente (Daño Consumado, 1992). La restitución implica volver las cosas al estado anterior a la vulneración cuando fuere posible; por tanto, la tutela tiene una naturaleza jurídica mixta: preventiva y restitutoria, no indemnizatoria (Correa, 2005).

La sentencia C-543/92 de la Corte Constitucional colombiana, en cuanto a la naturaleza de la acción de tutela indica que esta ha sido concebida para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que involucran la transgresión o amenaza de un derecho fundamental respecto de las cuales el sistema jurídico no prevé otro mecanismo idóneo de ser invocado ante los jueces para lograr la protección del derecho. Añadiéndose que la tutela no puede confluir con vías judiciales diversas porque no es un mecanismo en el que se tenga liberalidad para elegir según la discrecionalidad del interesado para esquivar el que señala la ley.

Se esclarece que la acción de tutela no es un medio facultativo, ni menos añadido o complementario para alcanzar el fin ulterior. No es tampoco el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, es la de único medio de protección, necesariamente incorporado a la Carta Magna con el fin de llenar los vacíos del sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales (Acción de Tutela contra sentencias, 1992).

Al respecto Cifuentes (2002) manifiesta que la acción contenida en el Art. 86 de la Constitución colombiana 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 (p. 296), dado el carácter subsidiario de la tutela ya que su objetivo no es el de suplantar los medios judiciales existentes (Naturaleza, 1992). Por lo cual, esta acción de tutela se ideó como judicial subsidiaria, residual y autónoma, enfocada a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades y de manera excepcional de los particulares.

La tutela puede presentarse como una medida provisional o como un mecanismo transitorio que evite la vulneración de los derechos fundamentales y además se puede presentar contra sentencias judiciales. Al recaer la legitimación activa en la persona que está siendo afectada por la vulneración de los derechos fundamentales, esta puede incoar la tutela en virtud del artículo 7 del decreto 2591 del 91, que permite al juez cuando considere necesario y urgente para la protección de un derecho, suspender la aplicación del acto controvertido. Ello no necesariamente significa que el acto no se pueda ejecutar, sino más bien, el juez conforme su prudente criterio dirimirá si la suspensión de la ejecución vulnera también derechos fundamentales, pudiendo ordenar lo que considere conveniente para proteger los derechos.

Esta medida se evidencia en casos de suma urgencia de protección de derechos, siempre que el juez lo considere necesario, desde la presentación de la demanda puede ordenar la suspensión de un acto en concreto o específico que lo amenace o vulnere (Restrepo, 2009). La sentencia T-751 de 2005, es un claro ejemplo en el que se aplica la tutela como medida provisional, ya que en el caso tratado por la Corte, la Sala de conjueces resolvió admitir la presente demanda de tutela y, mientras se decidía de fondo, suspender temporalmente la sentencia sancionatoria emitida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el día 4 de agosto de 2004, dentro del proceso disciplinario seguido en contra de la accionante (Sentencia T-751/05, 2005).

Como mecanismo transitorio, la tutela actúa como un medio de excepción a lo contemplado en la Constitución de Colombia en su artículo 86, que ordena que la tutela no será un mecanismo alternativo y que procederá siempre y cuando el afectado no pueda ejercer otro mecanismo judicial, es decir la regla general que es la subsidiariedad puede romperse siempre y cuando exista la confluencia de tres requisitos: la existencia de otro recurso o medio judicial, la valoración y eficacia de dicho medio, y la existencia de un procedimiento facultativo. En este caso, la sentencia subsistirá solo durante el tiempo que la autoridad que en realidad es competente utilice para decidir el fondo del asunto. No obstante, la norma que regula este mecanismo fija como término máximo cuatro meses a partir del fallo de tutela.

## **2.6. Características**

Entre las características de la acción de tutela, destacan las siguientes: **a) subsidiaria** que significa que solo es aplicable si no existe otro medio de defensa judicial, **b) inmediata** porque tiene el propósito de proporcionar una rápida respuesta a la protección que se solicita, **c) sencilla** ya que no tiene dificultad para ser aplicada, **d) específica**, por ser la única destinada para la protección de los derechos fundamentales, **e) eficaz**, debido a la exigencia de que el juez estudie a fondo el caso previo a dar un veredicto, **f) preferente**, debido a que el juez la tramitará con prelación a otros asuntos, excepto la acción de habeas corpus. Los plazos son perentorios e improrrogables, y, **g) sumaria**, ya que es breve en sus formas y procedimientos.

En el caso de emergencia o si el que solicita la tutela no sabe escribir o es menor de edad, la acción se la podrá iniciar verbalmente. El juez deberá atender de manera inmediata al solicitante, además sin poner en riesgo el goce efectivo del derecho, podrá disponer su posterior presentación por escrito para tomar una declaración que facilite proceder con el trámite de la petición y disponer al actuario elaborar el acta correspondiente sin formalismo alguno (Blacio, 2012).

Cuenta con la figura del agente oficioso, lo que significa que a un tercero se le está permitido plantear acción de tutela a favor de otra persona, sin ser necesario el parentesco familiar y o poder por escrito que lo autorice para presentarla, en el caso de que el titular del derecho no pueda ejercer su defensa por sí mismo. El juzgador competente para solucionar este tipo de acción es el del lugar donde ocurren u ocurrieron los hechos o acciones que situaron en peligro o violaron el derecho fundamental que resguarda al individuo. El Defensor del pueblo y sus delegados también pueden interponer acciones de tutela, facultad atribuida debido a que las personas tienen derecho a ser representados (Banrepcultural, 2015).

### **3. ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

#### **3.1. Concepto**

El avance del constitucionalismo en el Ecuador individualizó al igual que en latinoamérica a los derechos de las garantías, los cuales en épocas pasadas eran identificados como sinónimos. Las garantías son mecanismos jurídicos mediante los cuales se protegen los derechos fundamentales, mismos que están estipulados en la Constitución, así como en los instrumentos internacionales que se encuentren vigentes (Salgado H. , 2004).

La acción de protección se contempla en la Constitución en su artículo 88. Está consignada para la defensa inmediata y eficaz de los derechos y garantías de orden constitucional, la cual permite que cualquier ciudadano en el uso o defensa de sus propios o personales derechos, así como los que puede representar de determinada institución, persona jurídica o colectivo social, pueda interponerla al existir una violación de derechos constitucionales, por acciones y omisiones de una autoridad no judicial o por personas particulares, o por el dictamen o ejercicio de políticas públicas que generen la privación del goce o limitación de derechos constitucionales (Salazar, 2016).

De su concepto se colige que en nuestro país cada proceso, sea este de índole constitucional o el ordinario, debe tener su naturaleza definida y esfera de cobertura de derechos, por lo que

la garantía motivo de estudio se refiere expresamente a la protección de derechos constitucionales, siendo la jurisprudencia la encargada de sentarlos con énfasis en los casos que se analicen.

Burneo (2010) indica que esta norma tiende a contrarrestar la situación de mayor vulnerabilidad de quienes por las razones expuestas pueden acogerse a ella, siendo la supremacía de la Constitución el fundamento de esta garantía (p. 226).

La acción de protección tiene la finalidad de reparar el daño causado o que cese, si se está produciendo. En el caso de darse la presunción de que el daño pueda causarse o cuando se haya causado el perjuicio o se pueda causar, el juez que tramita esta acción tiene amplias facultades para tomar a su vez las medidas cautelares conjunta o separadamente de la acción de protección, con la finalidad de evitar o terminar ya sea la violación o la amenaza de violación de ese derecho (Blacio, 2009).

Dentro del marco normativo de la acción de protección, se expresa que la prerrogativa busca el amparo inmediato y eficaz de los derechos constitucionales. El principio de celeridad garantiza que tanto la tramitación y resolución de la causa, así como la ejecución de lo decidido deberán ser rápidas, prioritarias y oportunas (Castro & Llanos, 2015). Sin embargo, se debe cuidar que la celeridad no afecte el mismo fin de esta acción, que requiere gran conocimiento de la violación producida para que se pueda reparar conforme con el daño ocasionado. No es suficiente que existan recursos que estén previstos en la Constitución y la ley, sino que los mismos sean verdaderamente idóneos. (Faúndez, 2004).

Dentro de las potestades otorgadas a la Corte Constitucional del Ecuador, como máximo organismo de control e interpretación constitucional del país, está la facultad de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante dentro de las garantías jurisdiccionales, al igual que la revisión de casos seleccionados; generando así seguridad jurídica, ya que dicha



jurisprudencia emerge como fuente constitucional que direccionará el juez en casos análogos (Salgado H. , 2010).

### **3.2. Competencia**

El Estado constitucional de derechos integra conceptos que rompen los paradigmas establecidos en cuanto a rigurosidad y formalismos muy propios de los procesos judiciales que retardan en la práctica el acceso a la justicia, en este caso, la inherente a derechos constitucionales. El juez, dentro del Estado constitucional de derechos, adquiere un doble ámbito, el de control de constitucionalidad y de protección directa de los derechos constitucionales.

Todos los jueces que integran la administración de justicia tienen competencia para tutelar derechos constitucionales, es decir están direccionados en la finalidad de garantizar el goce de estos en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 86 de la Constitución en concordancia con el artículo 6 de la LOGJCC que establece entre otros, la finalidad de las garantías jurisdiccionales, que es la protección eficaz e inmediata de los derechos contenidos por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sobre lo indicado, si contamos con una Carta Magna que proclama el buen vivir, es requisito indispensable que los administradores de justicia se mantengan atentos a la realidad en que nos encontramos, argumentando sus sentencias e interpretando los derechos de forma activa, evitando la discrecionalidad y poniendo límites entre la legalidad y la constitucionalidad para cada caso.

La acción de protección puede ser presentada ante cualquier juez de primera instancia en la circunscripción territorial donde ocurrió el acto u omisión lesiva de derechos constitucionales o, donde se produjeran los efectos de este. Los jueces que intervendrán en la acción de protección en virtud del Estado constitucional de derechos se encuentran debidamente investidos para tutelar la dimensión constitucional de los actos u omisiones que

presuntamente son lesivas, no obstante su especialidad. En segunda instancia, la competencia recae en las Cortes Provinciales de Justicia.

### **3.3. Derechos a tutelar**

La garantía jurisdiccional de protección tiene como objeto el tutelaje de los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando de la acción u omisión de una autoridad pública no judicial o particulares se tenga como resultado la lesión de estos. Para el derecho genérico a la tutela judicial efectiva contra la arbitrariedad y/o el abusivo uso lesivo del poder público o del poderío privado, perpetrado sobre los derechos protegidos por la Constitución el mecanismo tutelar es la acción de protección (Garaicoa, 2018).

La tutela de esta acción exceptúa de dicha protección a los derechos que se encuentren protegidos por otra garantía jurisdiccional distinta, por ejemplo, el hábeas corpus, el hábeas data, acceso a la información pública, son acciones jurisdiccionales que amparan derechos diferentes, como son, la libertad, la información personal y el acceso a la información pública.

Así las cosas, nuestro ordenamiento admite la acción de protección de todos los derechos reconocidos en la Constitución, excluyendo aquellos que no sustentan origen constitucional e incluyendo derechos constitucionales de naturaleza patrimonial, los derechos sociales y los relativos a la dignidad del ser humano (Abad, 2008). El sentido garantista además prevé la reparación integral de dicho derecho, con la finalidad de cumplir el fin teleológico de las garantías jurisdiccionales, esto es la protección eficaz e inmediata de los mismos, donde también es medular la participación del juez, ya que lo importante es restituir el derecho y también remediar la vulneración.

La LOGJCC, en sus artículos 41 y 42, enumera los casos en los que procede la acción y los de improcedencia, lo cual desarrolla lo expuesto en la Constitución de la República.

En este sentido, la Corte Constitucional se pronunció, manifestando que la acción de protección es la garantía que procede cuando efectivamente el juez verifica una real vulneración de derechos constitucionales, comprobando que no existe otra vía o procedimiento para tutelar los mismos, que no sean las garantías jurisdiccionales, atendiendo a que no todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen raigambre constitucional o merecen ser debatidas en el ámbito constitucional (Sentencia No. 098-13-SEP-CC, 2013).

Cabe recalcar además que las garantías jurisdiccionales no se concibieron con la finalidad de significar un mecanismo de superposición o sustitución a las instancias judiciales puesto que significaría el desconocimiento del sistema jurisdiccional instituido por la Constitución. (Sentencia No. 041-13-SEP-CC, 2013). La tutela de los derechos mediante la acción de protección permite al juez examinar la existencia o no de la vulneración de derechos constitucionales, otorgándole además la facultad de resolver la causa de forma definitiva y de ordenar la reparación integral material e inmaterial especificando las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión y las circunstancias en las que deben cumplirse (Sentencia No. 001-16-PJO-CC, 2016).

En el Estado Constitucional de Derechos, las garantías jurisdiccionales han sido instituidas para tutelar aquellos aspectos de los derechos de las personas y de la naturaleza relacionados con su dignidad. Si se trata de una vulneración de otra dimensión legal, particularmente del ámbito patrimonial del derecho, la vía procesal adecuada para resolver el conflicto está definida y desarrollada por el derecho ordinario (Ferrajoli, 2006).

Corresponde al juez constitucional, luego de su valoración probatoria y de los hechos controvertidos, determinar si del acto puesto ante su decisión emerge una violación a un derecho constitucional. La acción por lo tanto solo es posible cuando verse en una violación clara al contenido esencial de un derecho vinculado a la dignidad de las personas y de la naturaleza (Montaña Pinto, 2012).

El primer requisito que exige la LOGJCC es la existencia de la vulneración de un derecho constitucional, esto es que la autoridad pública o persona particular haya menoscabado, vulnerado o causado daño a un derecho de una o varias personas. Los efectos de esta acción u omisión de autoridad pública o persona particular deben producir un detrimento en el goce de un derecho constitucional. Si no puede verificarse la existencia de un daño, producto de la vulneración de un derecho constitucional, la acción de protección no procede (Sentencia No. 001-16-PJO-CC, 2016).

#### **3.4. Devenir de la Acción de Protección**

La acción de protección se origina y nace como consecuencia de la tendencia al abuso, despotismo y arbitrariedad del poder político y económico, implicando un límite del derecho de los ciudadanos (Bravo, 2015). Este tipo de garantía tiene su origen en dos grandes convenciones de derecho internacional sobre derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969 y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las cuales establecen que toda persona tiene derecho a una garantía judicial específica que se encuentre destinada a la protección de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos.

El primer instrumento internacional señala que las personas tienen derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, lo que incluye al amparo, estableciendo que es una obligación a cargo de los Estados partes, prestación estatal que no se reduce a una simple existencia de jueces y procedimientos judiciales, sino a resultados y respuestas respecto a la violación de derechos. Por su parte el Pacto, dispone que las personas cuyos derechos o libertades que consten reconocidos en el y que hayan sido vulnerados, podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación fuera realizada por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Ambos convenios se encuentran orientados a poner a disposición de las personas medios para la efectiva defensa de los derechos fundamentales. Por tanto, mecanismos como el recurso de amparo o acción de protección serán procesos sencillos, que tutelen todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados parte y por la Convención luego de cumplir con varios parámetros de idoneidad y efectividad, siendo aquello conveniente para proteger la situación jurídica de acuerdo con los principios de celeridad y concentración (Bravo, 2015).

De esta forma se proclama internacionalmente el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la resguarde contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y se fundan las garantías jurídicas de procedimiento necesarias e imprescindibles a fin de proteger el derecho interno, humano y las libertades públicas (Bandrés, 1998). Ahora bien, el antecedente que tiene la acción de protección en el sistema jurídico ecuatoriano es la llamada acción de amparo constitucional, estimándose que se introdujo esta nueva figura en tanto que la de amparo prestaba eficacia ya que en cuanto a procedencia se encontraba limitada por el reglamento dictado por la Corte Suprema de Justicia y por el comportamiento del Tribunal Constitucional al resolver estas acciones (Velázquez, 2010).

Cabe señalar que en todas las constituciones políticas ecuatorianas se contempla de manera expresa la posibilidad que tiene el ciudadano de reclamar a las autoridades públicas en el caso de soportar violaciones de sus derechos. Carlos Salmon (2001) indica que los antecedentes más cercanos de la acción de Amparo Constitucional están en la Constitución de 1945 cuando se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, confiriéndole entre las atribuciones el conocer las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica por el quebrantamiento de la Constitución o las leyes. (p. 23)

La Constitución del año 1998 reconoce el derecho al amparo constitucional conteniendo un capítulo de principios generales para alcanzar y poner en ejecución todos los derechos reconocidos, preceptuando que los legitimados pasivos son las autoridades públicas y los particulares en el supuesto que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública y, cuando su conducta afecte gravemente y en forma directa un interés comunitario, colectivo o de derecho difuso.

Se estipulaba también que los derechos, tanto civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos podrían ser amparados, con la posibilidad de, cuando se verifique una violación de derechos, el juzgador adopte medidas urgentes para cesar, evitar la comisión o remediar en el acto, las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos. El amparo tiene naturaleza cautelar, ya que remedia el daño grave o inminente procedente de una acción u omisión de los poderes públicos que violen o puedan violar un derecho humano, para luego enviar la decisión a los mecanismos ordinarios para la ejecución del fallo. Las Cortes Superiores y Supremas no gozaban de competencia para el conocimiento de los casos de amparo, puesto que la apelación la conocía el mismo Tribunal Constitucional, como órgano jerárquico superior en lo Constitucional.

Las diferencias entre el amparo y la acción de protección son notables, por ejemplo, la acción de amparo establecía una legitimación activa cerrada, que ordenaba ser incoada por el titular del derecho y, en caso de grupos colectivos, por un representante. No obstante, la interpretación progresiva abrió las aristas que permitió el ejercicio del amparo, aunque se mantenía la limitación al acceso de protección de derechos. En cuanto a la acción de protección, goza de modelo abierto, tal cual el Sistema Interamericano de Protección de Derechos, pudiendo ser activado por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, sin que se demande ser titular del derecho o comparecer con poder o representación (Avila, 2017).

Por otra parte, el amparo es una acción de naturaleza cautelar, ya que remedia el daño grave o inminente que procede de una acción u omisión de los poderes públicos que violan o podrían violar un derecho humano, es decir que se envía a los mecanismos ordinarios para la ejecución de la resolución de fondo, lo cual difiere de la acción de protección, puesto que se trata de una garantía de conocimiento, sin hacer remisión a la justicia ordinaria, por lo que el juzgador tiene la atribución de dictar sentencia en la cual declarará la violación del derecho, la responsabilidad estatal e inclusive las reparaciones, tomando en cuenta que la justicia ordinaria no se ha creado para resolver derechos humanos reconocidos en la Constitución.

### **3.5. Naturaleza jurídica**

En cuanto a la naturaleza de la acción de protección, las reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición en su artículo 46 disponía que esta garantía tiene el carácter de tutelar, así como directa, sumaria, preferente, inmediata, intercultural y reparatoria o preventiva, dependiendo del tema (Velázquez, 2010). La acción de protección se puede presentar contra cualquier acto u omisión de autoridad pública no judicial, e inclusive contra particulares, cuando ocurran situaciones de indefensión, discriminación y subordinación, con lo cual se muestra más garantista y enlaza los derechos de los particulares con respecto a los actos de los funcionarios de Estado.

Al poder de la índole que fuere, si infringe derechos fundamentales se le podría plantear una acción para protegerlos, con la excepción de la autoridad judicial, cuyas decisiones se encuentran controladas por la acción extraordinaria de protección. Cabe recalcar que en caso de acto u omisión lesivos de derechos constitucionales producido por una autoridad pública judicial, es necesario conforme la LOGJCC, demostrar que no existe otro mecanismo de defensa judicial para proteger el derecho violado, es decir inexistencia de otro procedimiento para acceder a la tutela del derecho.

Montaña Pinto destaca que la Constitución ecuatoriana garantiza la vigencia de una serie de derechos relacionados con el reconocimiento de la dignidad, varios de los que ostentan una acción específica, las cuales son el hábeas corpus, el hábeas data, la acción extraordinaria de protección, la acción de acceso a la información y la acción por incumplimiento. Cada uno de ellos tutela una arista referente a los derechos relacionados con la dignidad humana (Montaña Pinto, 2012).

El Art. 42 numeral 4 de la LOGJCC expresa que *“La acción de protección de derechos no procede: 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”*, de lo cual se desprende su naturaleza subsidiaria y, procede exclusivamente cuando de un profundo análisis de razonabilidad del caso concreto realizado por la jueza o juez, resulta la existencia de vulneración a derechos constitucionales (Sentencia No. 098-13-SEP-CC, 2013).

La acción de protección debe tutelar la dimensión constitucional del derecho de esta índole correspondiendo la dimensión infraconstitucional a la justicia ordinaria, puesto que existen vías pertinentes para conocer y resolver la legalidad de los actos y la constitucionalidad de los actos normativos, lo que equivale a decir que, el Estado tiene el deber de garantizar el efectivo goce de los derechos constantes en la Constitución, mediante la tutela de las dimensiones inherentes al mismo, mediante los órganos pertinentes y ejercitando el procedimiento adecuado para su protección, siendo el encargado de la dimensión constitucional el juez constitucional, a través de la acción de protección; y, de la dimensión infraconstitucional, el servidor administrativo o el órgano judicial de justicia ordinaria.

La jurisprudencia constitucional emanada de la Corte Constitucional define en su sentencia No. 001-10-PJO-CC, que la acción de protección procede cuando del proceso se dilucide la vulneración de derechos constitucionales provenientes de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que será declarada mediante sentencia por el juez constitucional, acción



que no procederá cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de la existencia de procedimientos judiciales ordinarios para la reclamación de los derechos, particularmente la vía administrativa (Sentencia No. 001-10-PJO-CC, 2010).

A partir de ello, han devenido los conceptos en cuanto a la procedencia de un asunto que deba conocer por acción de protección y, cuando acudir a la justicia ordinaria para resolver algún conflicto. Los derechos protegidos por la acción de protección son de rango constitucional y convencional en cuanto a derechos humanos, por tanto, esta garantía es la pertinente para lograr la reivindicación de un derecho de esa rama.

Ahora bien, en el auto de calificación de la acción, el juez debe pronunciarse exclusivamente sobre si la demanda reúne los requisitos de forma. En la sentencia, por el contrario, deberá resolver motivadamente sobre la procedencia, es decir sobre el fondo de la acción. Por ello, hay varias circunstancias por las cuales se manifiesta dentro de la sustentación de la acción de protección: admitirla al trámite la acción, inadmitirla, declararla procedente o improcedente en la resolución. Al admitirla al trámite es en la audiencia donde emite la resolución. En primera providencia cuando el juez es incompetente en razón del territorio o los grados se la inadmite. Y en el tercer caso, como los jueces están en la obligación de analizar en forma prolija y minuciosa observando desde luego si la acción contiene los requisitos de fondo y percatarse además si se tratan de asuntos de mera legalidad en revisión de la normativa vigente, al resolver deben decidir que la acción es procedente o improcedente según el asunto que se trata.

Es notorio que el Art. 42 de la LOGJCC confunde conceptos de procedencia con el de admisibilidad de la acción, con el título improcedencia de la acción, la disposición establece 7 causales de improcedencia, y el inciso final señala que en estos casos el juez de manera sucinta declarará inadmisibile la acción.

La Corte Constitucional en sentencia “conforme y condicionada” interpretó que únicamente las causales constantes en los numerales 6 y 7 del Art. 42 son de inadmisión, debiendo ser declarada mediante auto, por el juez al momento de calificar la demanda; y, en cuanto a las causales de los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 son de improcedencia, que deben ser establecidas mediante sentencia (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, 2013).

El juez constitucional es el competente para determinar si la vía constitucional es la idónea y procedente para resolver la controversia, por lo cual, de presentarse el caso que el juez encuentre que se trata de una *litis* enmarcada en providencias judiciales o de asuntos fuera de su competencia, deberá señalarlo en el auto de calificación. El juez constitucional se encuentra obligado a garantizar el debido proceso constitucional y la eficacia de la acción, procurando que el procedimiento sea sencillo, rápido y eficaz, ya que la acción de protección no ha sido incluida con la finalidad de adicionarse a la justicia ordinaria, sino para garantizar de manera directa y eficaz los derechos constitucionales (Andrade Q, 2013).

No obstante lo anterior, la acción de protección se erige en un proceso de conocimiento siendo las medidas cautelares de carácter provisional. La acción de protección constituye un juicio de conocimiento ya que es necesaria la demostración de la existencia de una violación a un bien jurídico revelada a través de un daño, por lo que, una vez probado el hecho, el Estado deberá responsabilizarse del cumplimiento de la obligación por el daño ocasionado a través de sus instituciones. (Ávila, 2011).

Las instituciones, ostentan atribuciones y facultades concedidas por la Constitución y la ley, lo que en contraposición al particular lo coloca en posición de garante y a la vez de vulnerar derechos, por tanto la conducta del Estado, a través de cualquier persona que actúe en ejercicio de su autoridad, es aquella que puede caracterizarse como una violación de los derechos humanos, dejando abierta la posibilidad de que los actos violatorios a estos podrían ser cometidos por particulares (Faúndez, 2004).

En corolario a lo anterior, el Estado constitucional de derechos, mantiene los principios de seguridad jurídica y debido proceso como sostén de la resolución de los distintos conflictos sociales, los cuales devienen en un sistema institucional que tiene procedimientos plenamente identificados en los diferentes cuerpos legales que regulan a estas entelequias. Como lo anterior, gira en torno a la Constitución, sus distintos funcionarios tienen la obligación y el deber de hacer cumplir los derechos contenidos en ella y asimismo las garantías y demás prerrogativas, lo cual no necesariamente se cumple, por ende es ineludible el acceso a la tutela constitucional en su totalidad.

### **3.6. Características**

La acción de protección puede ser interpuesta de forma independiente o en conjunto a medidas cautelares y termina con la ejecución integral de la sentencia. Al respecto, Bustamante expresa que esta acción se puede interponer cuando exista la vulneración de los derechos constitucionales y los derechos humanos establecidos en los diferentes tratados internacionales y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, a través de un trámite preferente y sumario, así como rápido, eficaz y oral, teniendo la competencia el juzgador de primer nivel para adoptar medidas cautelares urgentes con el objetivo de cesar, evitar la vulneración o remediar las consecuencias de un acto u omisión de una autoridad pública no judicial (Bustamante, 2011).

La acción de protección goza de un procedimiento informal, sencillo y oral mediante audiencias públicas, sin necesitar de un abogado para plantearla. Todos los días y horas son hábiles para su presentación. Se añade también que la autoridad o servidor público tiene el deber de cumplir la sentencia emanada de garantía jurisdiccional so pena de destitución del cargo. La acción de protección, por tanto, emerge como una garantía con identidad y características peculiares, como el ser pública y protectora, universal, directa e inmediata, diferente de otras acciones constitucionales (Bustamante, 2011).

La acción de protección es rápida, ágil, sin mayor formalismo en el procedimiento. La eficacia de este procedimiento depende de la informalidad en el acceso de la acción entre otros. Debe desarrollarse rápidamente, porque los plazos son cortos e improrrogables y además el juzgador debe priorizar los procesos constitucionales sobre los otros. No es residual y de aplicación subsidiaria (Gordillo Guzmán, 2015).

Así, la garantía jurisdiccional de acción de protección sustenta su razón de ser y asimismo la consecución de sus objetivos en sus caracteres dotados por el legislador constituyente y moldeados por la jurisprudencia constitucional. Entre los caracteres formales de la acción se distinguen, en primer lugar la universalidad, ya que la garantía tutela todos los derechos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, excepto los amparados por otras garantías. La característica de preferencia indica que el proceso debe llevarse de forma sencilla, rápida, eficaz y oral en todas sus fases, debiendo omitirse las normas procesales que retarden su ágil producencia.

La Corte Constitucional en este sentido es diáfana al expresar que la tutela de los derechos constitucionales exige un modelo procedimental que se encuentre desprovisto de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado (Sentencia No. 102-13-SEP-CC, 2013).

Se deducen además las características de fondo de la garantía, como son la subsidiariedad, que significa que la acción constitucional puede ejercerse de manera integral e independiente, cuando no existan otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos, adecuados o eficaces para la protección de un derecho violado. Este carácter nace del rango constitucional y extraordinario de la acción, puesto que se encuentra totalmente liberado de los procedimientos y normas de justicia ordinaria.

La acción finaliza solamente cuando haya cesado la violación y se haya reparado el derecho vulnerado, es decir con la ejecución integral de la sentencia (Trujillo, 2018). El juez puede

tomar las medidas que fueren necesarias incluso coercitivas para que se garantice el cumplimiento de una sentencia, además que el caso solo se archivará cuando se haya ejecutado de manera íntegra.

#### **4. DIFERENCIAS ENTRE ACCION DE TUTELA Y ACCION DE PROTECCIÓN**

El derecho internacional de los derechos humanos determina normas bajo las cuales debe funcionar la acción de protección y sus características, como son la sencillez, rapidez y eficacia para el resguardo de los ciudadanos; en latinoamérica se implementa la utilización de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia, como un recurso que proteja los derechos constitucionales o fundamentales (Bustamante, 2011).

Con base a la anterior premisa se tiene que tanto la acción de tutela como la de protección, devienen del desarrollo convencional internacional que con la finalidad de establecer un contrapeso al poder público, contempló la prerrogativa de una acción con características eficaces que permitan conseguir el objetivo de proteger un derecho fundamental, por tanto, de la deconstrucción de sus componentes se podrá dilucidar en que partes resultan semejantes y diferentes para la consecución del objetivo del presente estudio.

En primer orden, los derechos bajo amparo, desde la perspectiva de la acción de tutela, son los denominados fundamentales, es decir aquellos que se encuentren en la Constitución y en los instrumentos internacionales, basándose en criterios de clasificación donde en principio se tutelarán los derechos de aplicación inmediata enunciados por el artículo 85 de la Constitución, en segundo lugar los derechos subjetivos susceptibles de ser amparados directamente por el juez, contenidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución, en tercer orden, derechos fundamentales por expreso mandato constitucional; en cuarto lugar, los derechos que integran el bloque de constitucionalidad, los derechos innominados; y, los derechos fundamentales por conexidad.

Para el establecimiento de un sistema de protección como el colombiano es necesaria la asertiva participación de la Corte Constitucional mediante la jurisprudencia que en su desarrollo, destaca el concepto de los derechos innominados, que son aquellos los que no obstante de carecer de denominación de tal, dentro de la Constitución y/o en razón de que no rezan en ella, son reconocidos por resultar necesarios dentro del ámbito de protección de las normas primordiales (Ferreira, 2013).

Así, la Corte Constitucional colombiana ha incorporado derechos fundamentales innominados como la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, y, la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, mediante el desarrollo jurisprudencial, teniendo como referencia los fallos a continuación desglosados. Como referencia del desarrollo del derecho a la dignidad humana, la sentencia T-881/02, enfocada en las personas naturales, tiene como finalidad precautelar la autonomía individual, las condiciones materiales para una vida digna, y la integridad física y moral imprescindible para que una persona excluida sea incorporada al entorno social.

Otro de los derechos innominados, es el mínimo vital que se encuentra desglosado en los fallos T-005/95, T-500/96, SU-111/97, T-289/98, el cual se fundamenta en el derecho a la pensión o estipendio; la sentencia T-719/03, desarrolla el derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, por su parte, el fallo SU-256/96, esboza el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional por su condición física o laboral o por pertenecer a agrupaciones poblacionales disgregadas.

Las sentencias T-124 de 1993, T-426 de 1992 y T-380 de 1993, se esmeran en forjar una vía idónea para el desarrollo de las potencias vitales y de la personalidad, es decir, el derecho a desenvolverse en la vida. Aun cuando la Carta Magna no establece el derecho a la subsistencia, este deviene de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social (Jaimes, 2010).

En Ecuador también existe jurisprudencia relevante que tutela derechos básicos, ejemplo de ello es la sentencia No. 016-16-SEP-CC, de 1 de enero de 2016, donde se desarrolla el derecho a la salud, la estabilidad laboral reforzada y dignidad humana. En este caso se dio de baja a un miembro de la Policía Nacional que padece de VIH, a quien se dispuso se lo reintegre, devolver el dinero retenido de su remuneración al accionante, y se ordenaron medidas de rehabilitación, de no repetición.

Así mismo, la sentencia No. 287-16-SEP-CC, de 31 de agosto de 2016, mediante la cual la Corte Constitucional garantiza derechos a la seguridad social y la jubilación universal de la persona adulta mayor, en el caso de una persona que tuvo que trabajar como empleada doméstica para complementar las aportaciones a fin de jubilarse, ordenando medidas de reparación integral dirigidas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, medidas de restitución, rehabilitación, disculpas públicas y la garantía de no repetición.

Otro caso importante, es el contenido en la sentencia No. 172-18-SEP-CC, de 16 de mayo de 2018, en el que la Corte Constitucional tutela el derecho al trabajo de quienes tienen a su cargo personas con discapacidad, declarándose la inconstitucionalidad del Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, disponiéndose de que se abstendrán las autoridades del Estado de cesar las funciones mediante compra de renuncia obligatoria a personas con discapacidad o que tengan a su cuidado un familiar con discapacidad severa, con lo cual se garantizan en otros los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

En lo que respecta a la acción de protección está orientada a la tutela de los derechos constitucionales y los reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos. Se la admitirá cuando se haya vulnerado un derecho constitucional, debiendo verificar el juez que efectivamente se trata de la dimensión constitucional de un derecho, por ello denegará en caso de que el conflicto se constriña a asuntos de mera legalidad.

La doctrina comparada admite la tesis amplia y la tesis intermedia de derechos protegidos por el amparo. La tesis amplia admite el amparo en resguardo de todos los derechos reconocidos por la Constitución con excepción a la libertad individual que es tutelada por el hábeas corpus. En cambio, la tesis intermedia protege ciertos derechos reconocidos por la Constitución y se caracteriza por mencionar expresamente cuales son los derechos objeto de tutela (Sagués, 1991). Por tanto, podríamos colocar la acción de protección dentro de la tesis amplia y, la acción de tutela dentro de la tesis intermedia.

La naturaleza jurídica de la acción de tutela se puede determinar conforme el momento en que se presenta la circunstancia de vulneración. Si hay una amenaza, la tutela es preventiva, pero sí efectivamente existe vulneración, adquiere el carácter restitutorio. La restitución implica volver las cosas al estado anterior a la vulneración cuando fuere posible. En cuanto a la acción de protección, al ser una acción de naturaleza reparatoria y preventiva, permite al juez constitucional en su sentencia resarcir de forma íntegra los derechos constitucionales vulnerados, en su dimensión material e inmaterial, señalando el monto de indemnización de los daños y perjuicios sufridos, la obligación de pagar y el tiempo en el que se deberá ejecutar la sentencia en su integralidad.

La acción de tutela procede cuando la amenaza del daño sea seria, grave y cierta; en caso de amenaza se podrán dictar medidas para evitar la infracción del derecho fundamental. En el caso de la acción de protección se requiere que exista una vulneración real del derecho para que sea procedente, en cuanto a la amenaza de daño existe la acción de medidas cautelares.

Las acciones de tutela pueden ser presentadas por cualquier persona, porque constitucionalmente no existen restricciones en cuanto al sujeto al que se le pretende proteger su derecho, resaltando que puede intervenir incluso el sujeto denominado agente oficioso. La Constitución ecuatoriana en cuanto a las garantías jurisdiccionales en general, en su artículo 86.1 ordena que, pueda plantearse mediante cualquier persona, grupo, comunidad, pueblo o



nacionalidad, sin embargo la LOGJCC, que es la normativa que delimita el campo de acción y los parámetros en los que se desenvuelven las garantías jurisdiccionales, impide que persona ajena a la vulneración sea el sujeto activo de la acción, no obstante el sentido mismo del Estado constitucional de derechos y justicia.

Del anterior análisis se colige que tanto la acción de protección como la acción de tutela, permiten el acceso a la protección o tutela del Estado, de los derechos contenidos en la Constitución como en instrumentos internacionales de derechos humanos, basados en un modelo implantado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en la que se fija la obligación a los Estados parte de incluir en su ordenamiento una herramienta jurisdiccional sencilla y rápida que pueda hacer frente a los abusos de autoridades y particulares. A partir de ello, el ordenamiento jurídico de cada país ha incluido una acción que se desenvuelve de modo procedimentalmente distinto pero que persiguen el mismo fin, la protección de los derechos fundamentales.

Desde mi perspectiva, considero que el modelo implantado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es más eficaz en cuanto al acceso a la tutela de los derechos constitucionales, ya que todos los jueces del aparato judicial se convierten en constitucionales, por lo cual, el afectado podría enervar su acción en el lugar donde el daño ocurriera o donde podría ocurrir, esta posibilidad le permitiría al mismo de forma ágil solicitar la reivindicación de los derechos vulnerados. En cuanto a producción y calidad de jurisprudencia, la experiencia colombiana sin duda se encuentra a la vanguardia en el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales.

## **5. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS**

Sería importante que al igual que en la acción de tutela se diseñe un modelo donde pueda acudir directamente el afectado al juzgador en los casos que necesite ser atendido de manera verbal y este a su vez le conceda un trato preferente, ya que no se encuentra desglosado a

cabalidad la circunstancia en que el afectado por la gravedad del acto concurra prescindiendo del patrocinio de un abogado, a interponer la respectiva garantía jurisdiccional. La oralidad es uno de las características en las que se instituyen ambas garantías, no obstante en nuestros reglamentos no se encuentra si quiera contemplado el evento propuesto, reduciendo el derecho por asuntos formales.

Dentro de nuestro sistema constitucional no consta la figura del agente oficioso, el cual se encuentra instituido en la Constitución colombiana y otorga la facultad a un tercero para proponer en nombre de otro la acción de tutela; constituyéndose en imprescindible de ser incorporada en la acción de protección, con el objeto de que logren ser amparadas las personas que por impedimentos físicos, psíquicos o por indefensión, no estén al alcance de plantearlas por sí mismos, es decir permitiendo condiciones de igualdad en el acceso a la garantía y además propugnando la celeridad con el fin de restituir o reparar los derechos afectados.

En el Ecuador, sería oportuno que conforme con nuestras necesidades y la realidad social en que se vive, se genere una jurisprudencia al nivel de la colombiana, la cual destaca por la identificación de los “derechos fundamentales innominados”. La producción de jurisprudencia será fuente para el desarrollo de la protección de los derechos constitucionales, ya que mediante ella, podrán introducirse ciertas consideraciones tomadas por la Corte Constitucional colombiana en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales, a fin que nuestros jueces de primer nivel tengan una mayor concientización de la cobertura de los derechos constitucionales y del ámbito internacional de derechos humanos al momento de conocer las acciones de protección.

Difusión de las novedades jurisprudenciales de nuestra Corte Constitucional en el ámbito de la garantía objeto del presente estudio y de las demás garantías jurisdiccionales, porque si bien es verdad, se han reconocido derechos que se entiende son inherentes a la dignidad humana, no es menos cierto, que se requiere una información más contundente a la ciudadanía

para que se sienta familiarizada, a fin de que tengan la posibilidad de salvaguardar sus derechos constitucionales de una manera ágil y oportuna.

En conclusión, nuestro ordenamiento constitucional permite gozar de un sistema jurídico de avanzada en protección de derechos, pero también es claro que el sistema se encuentra en pleno desarrollo, por tanto la Corte Constitucional deberá ejercer sus facultades y atribuciones de desarrollo jurisprudencial, de forma tal que permita una eficiente protección de derechos constitucionales, porque esta dependerá del contenido del desarrollo de estos derechos que nacerán y asimismo mutarán en el discurrir del tiempo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abad, S. (2008). Los derechos tutelados por el amparo. *Academia de la Magistratura*, 13-23.
- Andrade Q, K. (2013). *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Ávila, R. (2011). *Los derechos y sus garantías ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Avila, R. (2017). Del amparo a la acción de protección. *Revista IUS*, 95-125.
- Bandrés, J. M. (1998). *Artículo 8 En: Asociación para la Naciones Unidas en España*. (1ª. ed.). Barcelona-España: Icaria Editorial.
- Banrepcultural. (2015). *Biblioteca Luis Ángel Arango*. (S. C. Banco de la República, Ed.)  
Obtenido de [www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/tutela](http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/tutela)
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blacio, G. (Jueves 10 de Septiembre de 2009). Acción de protección. *Derecho Ecuador*.  
Obtenido de <http://www.derechoecuador.com>
- Blacio, G. (04 de 2012). La acción de tutela en Colombia. *Ámbito Jurídico*, XV(99). Obtenido de BLACIO AGUIRRE, Galo Stalin. La Acción de Tutela en Colombia. In: *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponible em: [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11418](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11418): [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11418](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11418)
- Botero, C. (2012). *La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano*. Obtenido de [http://ridum.ummanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/956/Ocampo\\_Ramos\\_Luisa\\_F..pdf?sequence=1](http://ridum.ummanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/956/Ocampo_Ramos_Luisa_F..pdf?sequence=1)
- Bravo, M. S. (2015). *Acción de protección aplicación y eficacia*. Cuenca-Ecuador: Universidad de Cuenca. Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21973/1/TESIS.pdf>
- Burneo, R. E. (2010). *DERECHO CONSTITUCIONAL*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

- Bustamante, G. (09 de junio de 2011). El origen y desarrollo de la acción de tutela en Colombia. (I. A. Ciudadanía., Ed.) *Semana*. Recuperado el 14 de 09 de 2013, de <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-origen-desarrollo-accion-tutela-colombia/241093-3>
- Bustamante, G. (2011). *Nueva Justicia Constitucional*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Carrera, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *IUS*, 5(27 Ene-Jun), 72-94. Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472011000100005#nota](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100005#nota)
- Carrera, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *IUS*, 5(27 Ene-Jun). Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472011000100005#nota](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100005#nota)
- Castro, J., & Llanos, L. (2015). *La Acción de Protección como mecanismo de garantía de los derechos: configuración institucional, práctica y resultados en la ciudad de Quito*. Trabajo preparado para el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, Quito-Ecuador.
- Cifuentes, E. (2002). Jurisdicción Constitucional en Colombia. *Ius Et Praxis*, 8(1), 283-317. Obtenido de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000100015](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100015)
- Correa, N. (2005). *Derecho procesal de la acción de tutela*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Faúndez, H. (2004). *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, Aspectos institucionales y procesales* (3a. ed.). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y Garantías. La Ley del mas debil*. Madrid Trotta.
- Ferreira, A. C. (2013). Bogotá, D. C.: Universidad Sergio Arboleda.
- Garaicoa, X. (octubre de 2018). *Acción de protección y eficacia de las garantías jurisdiccionales en el Estado constitucional de Derecho y justicia*. Obtenido de CARLOS PARMA DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA: <http://www.carlosparma.com.ar/accion-de-proteccion-y-eficacia-de-las-garantias-jurisdiccionales-en-el-estado-constitucional-de-derechos-y-justicia-ecuador/>

- Gordillo Guzmán, D. (2015). *Manual Teórico Práctico de Derecho Constitucional*. Quito: Workhouse Procesal 1era edición.
- Hernández, M. (2005). *LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO INSTRUMENTO ESENCIAL DE LA DEMOCRACIA* (1a. ed.). Guayaquil: Offset Grabba.
- Jaimes, A. (20 de mayo de 2010). *Derecho Constitucional Colombiano*. Obtenido de <http://derconscol.blogspot.com/2010/05/criterios-de-interpretacion-de-los.html>
- Montaña Pinto, J. (2012). *Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección. Apuntes de Derecho procesal Constitucional*. Quito: CEDEC.
- Montoya, A. (2017). *Finanzas Personales*. Obtenido de Recomendaciones para conocer cómo funciona la tutela: <http://www.finanzaspersonales.co/consumo-inteligente/articulo/como-se-hace-una-tutela/65006#>
- Ortíz, J. C. (2006). *EnColombia.com*. Obtenido de La Acción de Tutela en la Carta Política de 1991: <https://encolombia.com/derecho/revistajurisdition/revista11/asomagister11206laaccion/>
- REDDHIFIC. (2017). Obtenido de Red de Derechos Humanos del Suroccidente Colombiano “Francisco Isaiás Cifuentes”: [http://www.reddhfic.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=61&Itemid=144](http://www.reddhfic.org/index.php?option=com_content&view=article&id=61&Itemid=144)
- Restrepo, M. (2009). *Manual de Acción de Tutela*. Bogotá: Intermedio.
- Sagués, P. (1991). *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Buenos Aires: Astrea.
- Salazar, J. (Miércoles 14 de Septiembre de 2016). *El Telégrafo*. Obtenido de <http://www.eltelgrafo.com.ec/noticias/punto-de-vista/1/la-accion-de-proteccion-de-derechos-constitucionales>
- Salgado, H. (2004). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones Legales S.A.
- Salgado, H. (2010). *La nueva Corte Constitucional del Ecuador*. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- Salmon, C. (2001). *EL RÉGIMEN PROCESAL DEL AMPARO CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR*. Guayaquil: Edino.

Trujillo, R. (30 de octubre de 2018). *La acción de protección como garantía constitucional de los derechos humanos*. Obtenido de INREDH: [https://www.inredh.org/archivos/boletines/b\\_accion\\_proteccion.pdf](https://www.inredh.org/archivos/boletines/b_accion_proteccion.pdf)

Velázquez, S. (2010). *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*. Guayaquil: Edino.

Viciano, R., & Martínez, R. (2010). *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Quito: Editora Nacional.

Vidal, J. (2003). *CORTE CONSTITUCIONAL 10 AÑOS BALANCE Y PERSPECTIVAS*. Bogotá: Universidad del Rosario.

## **JURISPRUDENCIA**

Acción de Tutela contra sentencias, C-543 (Corte Constitucional República de Colombia 1 de 10 de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1992/C-543-92.htm>

Auto 207/12, T-3505020 (Corte Constitucional Colombia 18 de septiembre de 2012).

Daño Consumado, T-456/1992 (Corte Constitucional de Colombia 14 de julio de 1992).

Derechos Fundamentales, T-451 (Corte Constitucional de Colombia 10 de Julio de 1992). Obtenido de Corte Constitucional República de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-451-92.htm>

Derechos Fundamentales, Sentencia T-227/2003 (Corte Constitucional de Colombia 17 de marzo de 2003).

Naturaleza, T-001/1992 (Corte Constitucional de Colombia 3 de abril de 1992).

Sentencia No. 001-10-PJO-CC, Caso No. 0999-09-JP (Corte Constitucional del Ecuador 24 de marzo de 2010).

Sentencia No. 001-16-PJO-CC, 0530-10-JP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de marzo de 2016).

Sentencia No. 041-13-SEP-CC, 047-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 24 de julio de 2013).

Sentencia No. 098-13-SEP-CC, Caso No. 1850-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 26 de Noviembre de 2013).

Sentencia No. 102-13-SEP-CC, Caso No. 0380-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 4 de diciembre de 2013).

Sentencia T-751/05, T-1098271 (Corte Constitucional de Colombia 14 de julio de 2005).